

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO

João Victor Nardo Andreassa

PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL DE 2015 NO COMBATE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Marília, SP  
2021

João Victor Nardo Andreassa

PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL DE 2015 NO COMBATE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. César Augusto Luiz Leonardo

Marília, SP  
2021

Andreassa, João Victor Nardo

Processo civil democrático: inovações do Código de Processo Civil de 2015 no combate ao protagonismo judicial / João Victor Nardo Andreassa; orientador: César Augusto Luiz Leonardo. Marília, SP: [s.n.], 2021.

164f.

Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2021.

1.Fundamentação da decisão judicial. 2.Jurisdição. 3.Negócio jurídico processual. 4.Neoconstitucionalismo. 5.Princípio da cooperação processual.

CDD: 341.4608

Autor: João Victor Nardo Andreassa

Título: PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO COMBATE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 04 de março de 2021.

---

Prof. Dr.<sup>a</sup> Samyra Haydêe Dal Farra Napolini – UNIVEM – Coordenadora

---

Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo – UNIVEM – Professor Orientador

---

Prof. Dr. Paulo Cezar Dias – UNIVEM – Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Daniel Marques de Camargo – UNIFIO – Membro da Banca Examinadora

Aos meus pais, João Batista Andreassa e Patrícia da Silva Nardo Andreassa.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor César Augusto Luiz Leonardo, por todo empenho, dedicação e atenção que desempenhou esta função. Seus ensinamentos foram extremamente valiosos e fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho, e, de igual forma, valerão para toda minha vida acadêmica e profissional. Muito obrigado por exercer com tanta dedicação a mais nobre missão de ser professor.

Agradeço ao Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, por ter contribuído de maneira significativa para o meu desenvolvimento acadêmico. Cumprimento especialmente, por terem ministrado as aulas das disciplinas cursadas, as professoras e professores Edinilson Donisete Machado, Mário Furlaneto Neto, Roberto da Freiria Estevão, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior, Raquel Cristina Ferraroni Sanches e Lafayette Pozzoli. Congratulo, a professora Gabriela Natacha Bechara e os professores Lafayette Pozzoli e Horácio Wanderlei Rodrigues, que desempenharam a função de coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito do UNIVEM no período em que cursei o mestrado. Meus sinceros agradecimentos, igualmente, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior – CAPES, pela concessão do benefício Auxílio para Pagamento de Taxas por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares – PROSUP.

Aos colegas de mestrado que levarei por toda vida, muito obrigado, destacando especialmente meus grandes amigos Jesus Nagib Beschizza Feres, Pedro Rodrigues de Freitas Lippe, Iris Rabelo Nunes e Marco Aurelio Ranieri. Pela amizade e apoio, enfatizo igualmente meus amigos da graduação Rodrigo Augusto Rubin Tonon e Gustavo José Calil.

Pelo fundamental incentivo, agradeço aos professores de minha graduação no Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – Uni-FIO, Ricardo Pinha Alonso, Daniel Marques de Camargo e, especialmente, Elisângela Padilha, que teve participação vital no início do desenvolvimento de minha trajetória acadêmica.

Aos meus pais, João Batista Andreassa e Patrícia da Silva Nardo Andreassa, devo toda minha gratidão, pois sem a disposição e vontade deles,

nenhuma destas conquistas seria possível. À minha noiva, Letícia Cornélio Antônio, exalto e agradeço a atenção, companheirismo, carinho e por ser a força que me incentiva a ir sempre adiante.

Para todos que me ajudaram, muito obrigado. Nenhum sucesso é apenas fruto de esforço e mérito individual. Sem a ajuda de vocês, nada teria sido possível.

## RESUMO

A sociedade brasileira sofreu diversas mudanças, e, com os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a ser reclamado com maior frequência, reclamando-se a implementação daqueles direitos que são deficitariamente praticados pelo Poder Executivo e Poder Legislativo. Desta preocupação verifica-se voluntarismos, no sentido de se ter decisões conforme as convicções pessoais do julgador acerca do caso difícil posto ao Estado-juiz. Isto faz com que se crie um ambiente inseguro e inadequadamente discricionário. O direito que depende da consciência do julgador não é democrático, pois não é controlável. Há clara necessidade de superação destes pensamentos, elevando a força normativa da Constituição. É nisto que reside a importância de estudo do tema proposto. Desta finalidade, explicita-se que o problema de pesquisa desta dissertação se perfaz na elucidação de que forma o Código de Processo de 2015 trouxe inovações eficazes no combate à discricionariedade, ao subjetivismo e ao ativismo exacerbado, buscando um processo civil mais democrático. O objetivo geral se consubstancia em se chegar a uma conclusão acerca das maneiras como o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações eficazes no combate a discricionariedade, subjetivismo e ativismo exacerbado, buscando um processo civil mais democrático. Já com relação aos objetivos específicos, têm-se o intento em examinar o constitucionalismo brasileiro a partir do advento da Constituição Federal de 1988, pela análise do constitucionalismo contemporâneo e a primazia pelos direitos fundamentais, bem como do contexto brasileiro e a busca dos direitos básicos perante o Poder Judiciário. O estudo do protagonismo judicial e a insegurança jurídica, por meio do estudo do papel do juiz no processo civil brasileiro e de teorias filosóficas acerca da decisão judicial, também constituem objetivos específicos, de igual forma, como a análise dos dispositivos relativos à cooperação processual, vedação a decisão surpresa, negócios jurídicos processuais, elementos essenciais da sentença e a necessária fundamentação das decisões, constantes no Código de Processo Civil de 2015. Utiliza-se, para o desenvolvimento do trabalho, o método indutivo, com pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos. Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 contribui para um processo mais democrático quando proclama que o processo somente é devido quando se tem a cooperação entre todos os sujeitos; a participação das partes, com o contraditório que

possibilite influir na decisão final, sem que haja surpresas; na importância que dá à vontade das partes e sua capacidade de autorregularão dos procedimentos que irá culminar no direito material que lhe são de interesse; na fundamentação adequada das decisões judiciais, que da legitimidade ao ato decisório, e que culmina na integridade e coerência, prezando pela segurança jurídica. A democracia processual civil, pois, manifesta-se pela possibilidade efetiva de participação no processo e de controle do que é decidido pelos magistrados.

**Palavras-chave:** Fundamentação da decisão judicial; Jurisdição; Negócio jurídico processual; Neoconstitucionalismo; Princípio da cooperação processual.

## **ABSTRACT**

Brazilian society has undergone several changes, and, with the fundamental rights established by the Federal Constitution of 1988, the Judiciary began to be complained of more frequently, the implementation of those rights that are deficiently practiced by the Executive Branch and Legislative Power. Of this concern, there are voluntarism, in order to have decisions according to the personal convictions of the judge about the difficult case put to the Judge State. This creates an unsafe and inadequately discretionary environment. The right that depends on the conscience of the judge is not democratic, because it is not controllable. There is a clear need to overcome these thoughts, raising the normative power of the Constitution. This is where the importance of studying the proposed theme lies. From this purpose, it is explained that the research problem of this dissertation is part of the elucidation of how the 2015 Process Code brought effective innovations in combating discretion, subjectivism and exacerbated activism, seeking a more democratic civil process. The overall objective is to reach a conclusion on the ways in which the 2015 Code of Procedure has brought effective innovations in combating discretion, subjectivism and exacerbated activism, seeking a more democratic civil process. With regard to the specific objectives, the intention is to examine Brazilian constitutionalism since the advent of the Federal Constitution of 1988, by the analysis of contemporary constitutionalism and the primacy for fundamental rights, as well as the Brazilian context and the pursuit of basic rights before the judiciary. The study of judicial protagonism and legal uncertainty, through the study of the role of the judge in the Brazilian civil process and philosophical theories about the judicial decision also constitute specific objectives, in the same way, such as the analysis of provisions relating to procedural cooperation, sealing of surprise decision, legal matters, essential elements of the judgment and the necessary reasoning of the decisions contained in the 2015 Code of Civil Procedure. For the development of the work, the inductive method is used, with bibliographic and documentary research as methodological procedures. It is concluded that the 2015 Code of Civil Procedure contributes to a more democratic process when it proclaims that the process is only due when cooperation between all subjects; the participation of the parties, with the contradictory that makes it possible to influence the final decision, without surprises; the importance it gives to the will of the parties and their ability to self-regulate the procedures that will culminate

in the material law of interest to them; the proper reasoning of judicial decisions, which give legitimacy to the decision-making act, and culminating in integrity and coherence, valuing legal certainty. Civil procedural democracy, therefore, is manifested by the effective possibility of participation in the process and control of what is decided by the magistrates.

**Keywords:** Rationale for the court decision; Jurisdiction; Procedural legal business; Neoconstitutionalism; Principle of procedural cooperation.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	14
2 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA INEFICIÊNCIA ESTATAL A PARTIR DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	18
2.1 O constitucionalismo do pós-guerra e a primazia pelos direitos fundamentais... ..	18
2.2 A busca dos direitos sociais perante o Poder Judiciário .....	29
3 PROTAGONISMO JUDICIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA .....	43
3.1 O papel do juiz no processo e a jurisdição .....	43
3.2 A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy e a hermenêutica de Ronald Dworkin.....	58
3.2.1 A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy e a sua inadequada aplicação .....	58
3.2.2 A hermenêutica de Ronald Dworkin .....	67
3.3 A decisão judicial como ato de vontade do julgador e a falta de integridade e coerência .....	73
4 O COMPROMISSO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO .....	80
4.1 A cooperação processual e a vedação às decisões surpresas.....	88
4.2 Negócios processuais e o respeito ao autorregramento da vontade no processo .....	111
4.3 Os elementos essenciais da sentença e a necessária fundamentação das decisões .....	122
4.3.1 Elementos essenciais da sentença: o relatório e o dispositivo .....	126
4.3.2 Elementos essenciais da sentença: fundamentação .....	130
4.3.2.1 O que não se deve considerar como uma decisão adequadamente fundamentada?.....	133

4.3.2.2 Fundamentação adequada das decisões judiciais e a integridade e coerência .....	144
5 CONCLUSÃO .....	154
REFERÊNCIAS .....	157

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira sofreu diversas mudanças, muitas advindas do fim de um período ditatorial, e, com os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a ser reclamado com maior frequência, reclamando-se a implementação daqueles direitos que são deficitariamente praticados pelo Poder Executivo e Poder Legislativo.

Desta preocupação, muitas vezes com fins nobres, verifica-se voluntarismos, no sentido de se ter decisões conforme as convicções pessoais do julgador acerca do caso difícil posto ao Estado-juíz. Isto faz com que se crie um ambiente inseguro e inadequadamente discricionário, dado que, o provimento, ou não, de uma tutela pretendida, se dará de acordo com o julgador, e não de acordo com o direito.

Somado a isto, têm-se a inserção forçada de teorias estrangeiras, sem levar em consideração o contexto histórico e sociológico brasileiro, fazendo emergir interpretações errôneas destas teorias alienígenas, como pode-se ver com a inadequada aplicação dos ensinamentos do autor alemão Alexy.

Para além das decisões ativistas que surgem do íntimo do julgador, há algumas crenças por parte dos protagonistas do direito que favorecem discricionariedades, como pensar na decisão judicial como um ato de vontade do julgador, mais alinhado à teoria de Kelsen.

Com isto, verifica-se o grave problema para o Estado Democrático de Direito de que advém do protagonismo judicial exacerbado. O direito que depende da consciência do julgador não é democrático, pois não é controlável. Há clara necessidade de superação destes pensamentos. Devem ser destinatários do processo todos os integrantes da relação jurídico-processual, e não somente o juiz, havendo-se de adotar uma postura mais alinhada ao policentrismo e a coparticipação.

Para perseguir um processo mais constitucional e democrático, é necessário estudos críticos, com a finalidade de se fazer efetivar a força normativa da

Constituição Federal, como Lei Maior a que todo ordenamento deve respeito. É nisto que reside a importância de estudo do tema proposto.

O Código de Processo Civil de 2015 tem um claro alinhamento ao processo constitucionalmente adequado, trazendo inovações nesta persecução, sendo que, esta pesquisa visa contribuir com o saber teórico acerca do problema, e, na esfera prática, procura-se trazer à luz dispositivos normativos constantes neste código, que sejam capazes de influir na superação do protagonismo judicial.

Desta finalidade, explicita-se que o problema de pesquisa desta dissertação se perfaz na elucidação de que forma o Código de Processo de 2015 trouxe inovações eficazes no combate à discricionariedade, ao subjetivismo e ao ativismo exacerbado, buscando um processo civil mais democrático. Contudo, o trabalho não abordará, integralmente, apenas a literatura sobre o tema processual, fazendo-se uso, igualmente, de estudos voltados ao Constitucionalismo Contemporâneo e à filosofia jurídica que trata de assuntos ligados ao direito, decisão judicial e papel do juiz no processo.

Utiliza-se, para o desenvolvimento do trabalho, o método indutivo, para que, a partir de premissas particulares, seja possível se chegar a uma conclusão geral acerca do problema de pesquisa proposto. Utilizar-se-á, como procedimentos metodológicos, de pesquisas bibliográficas e documentais, primando pela literatura acerca do direito, mas não somente em relação às obras de cunho processual propriamente, pois o tema demanda uma análise da literatura de temas que versam sobre a sociologia e filosofia jurídica.

Com relação aos objetivos do trabalho, o objetivo geral se consubstancia em se chegar a uma conclusão acerca das maneiras como o Código de Processo de 2015 trouxe inovações eficazes no combate à discricionariedade, ao subjetivismo e ao ativismo exacerbado, buscando um processo civil mais democrático.

Já com relação aos objetivos específicos, têm-se o intento em examinar o constitucionalismo brasileiro a partir do advento da Constituição Federal de 1988, pela análise do constitucionalismo contemporâneo e a primazia pelos direitos fundamentais, bem como do contexto brasileiro e a busca dos direitos básicos perante

o Poder Judiciário. O estudo do protagonismo judicial e a insegurança jurídica, por meio do estudo do papel do juiz no processo civil brasileiro e de teorias filosóficas acerca da decisão judicial, também constituem objetivos específicos, de igual forma, como a análise dos dispositivos relativos à cooperação processual, vedação a decisão surpresa, negócios jurídicos processuais, elementos essenciais da sentença e a necessária fundamentação das decisões, constantes no Código de Processo Civil de 2015.

Com relação ao caminho percorrido neste trabalho, por primeiro, se fará um estudo sobre o constitucionalismo do pós Segunda Guerra Mundial, com a primazia dos direitos fundamentais, de origem europeia e focado na dignidade da pessoa humana, bem como o novo constitucionalismo latino-americano, nas redemocratizações ocorridas nos anos 1980, após a ruína das ditaduras militares, e focado nos direitos de grupos excluídos e no pluralismo jurídico. Será dado o devido enfoque à Constituição Federal de 1988, marco histórico da redemocratização brasileira e do Constitucionalismo Contemporâneo nacional.

Aborda-se também a busca da efetivação de direitos sociais perante o Poder Judiciário, tratando-se de temas como ativismo judicial, judicialização de políticas públicas, o papel contramajoritário e representativo do judiciário, abraçando-se, nisto, o conceito de parcialidade positiva do juiz. Isto pois, o objetivo deste trabalho não é demonizar qualquer atuação positiva do julgador. Não se defende o juiz que lava suas mãos diante da sociedade, pleiteia-se que haja democracia processual e mecanismos de controle, o que não são excludentes, ao contrário, ajudam a reforçar o direito constitucionalmente estabelecido.

No segundo capítulo é realizado um exame do protagonismo judicial e a insegurança jurídica, por meio do estudo do papel do juiz no processo, abordando-se a legitimação de seu poder por meio da jurisdição. Igualmente neste capítulo, observa-se as teorias de Alexy, e a errônea aplicação de sua máxima da proporcionalidade, o direito como integridade de Dworkin, e seu romance em cadeia como padrão de respeito ao passado, olhando-se, de igual forma e importância, para o futuro, bem como a apreciação do conceito de decisão como ato de vontade, advindo da teoria

pura do direito de Kelsen, e os problemas ocasionados por esta visão, intimamente relacionados à discricionariedade judicial.

O terceiro e derradeiro capítulo, trata do processo constitucional pregado pelo Código de Processo Civil de 2015, com vistas à se clarificar como, com suas inovações, o novo Código tem a finalidade de reforçar o processo participativo, reforçando o importante papel das partes na persecução de se chegar a uma decisão produzida por um devido processo constitucional e democrático.

Esta finalidade de um processo mais democrático se verifica com o estudo dos institutos da cooperação processual, em todos os seus aspectos, entre as partes e entre estas e o juiz, e a vedação às decisões surpresas, pronunciamentos decisórios atozes e que atentam diretamente contra o princípio constitucional do contraditório.

Os negócios jurídicos processuais evidenciam a importância das partes, com o reconhecimento do próprio regramento de suas vontades em relação ao andamento processual e com o direito material que pretendem ou com potencial de pretensão, perante o Estado-juiz. Nisto, destaca-se que há o papel fundamental do juiz em assegurar a democracia processual em determinadas situações que deve agir.

Por fim, elucida-se sobre os elementos essenciais da sentença, e das demais decisões judiciais, como corolários da democracia processual, pois garantem parâmetros de controle e asseguaração de todo o devido processo legal. Foca-se, por sua importância, no elemento essencial da fundamentação das decisões judiciais, dado que é o elemento que legitima o juiz à decidir os casos na sociedade, ato após ato, abordando-se o que não se deve considerar como uma decisão fundamentada e, do mesmo modo, a importância da estabilidade, integridade e coerência nos tribunais pátrios.

Com esta introdução, elucida-se os intentos desta dissertação que, sem a pretensão de esgotar qualquer um dos temas abordados, busca-se contribuir com o desenvolvimento do processo constitucionalmente democrático, com um melhoramento do acesso à ordem jurídica justa, com respeito aos padrões decisórios, afastando-se de discricionariedades e atos abusivos que possam ser praticados pelo Estado-juiz.

## **2 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA INEFICIÊNCIA ESTATAL A PARTIR DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Para o intento desta dissertação, mostra-se indispensável demarcar, pela história, sociologia e, claro, pelo direito, o movimento constitucionalista que desaguou no atual Constitucionalismo Contemporâneo, que permeia as codificações pátrias e, de maneira quase fundante, o Código de Processo Civil de 2015.

Neste capítulo, vislumbra-se descrever uma introdução do papel do Poder Judiciário diante dos anseios trazidos, e não corretamente implementados, pelo constitucionalismo consequente da Constituição Federal de 1988. Contudo, primeiramente, será explorado o contexto histórico do constitucionalismo pós-guerra, seu contexto sociológico, alinhando, após, diretamente com a conjuntura brasileira, conforme se desenvolve abaixo.

### **2.1 O constitucionalismo do pós-guerra e a primazia pelos direitos fundamentais**

A noção de movimentos constitucionais perpassa por toda uma construção das Cartas em decorrência dos anseios advindos das mudanças na história, não podendo ser aludidas rupturas totais em cada um destes momentos. O constitucionalismo brasileiro, como não poderia ser diferente, provém de uma série de acontecimentos históricos sociais. Mas se começa com demarcações gerais, antes de chegar à realidade nacional.

Os movimentos constitucionais, que geraram a atual noção de constitucionalismo, se dão em vários momentos da história (CANOTILHO, 2003, p. 51). Canotilho (2003, p. 51) conceitua o constitucionalismo como a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social em uma comunidade”. Como marcos do constitucionalismo no ocidente, pode-se citar os constitucionalismos inglês, francês e norte-americano.

O constitucionalismo inglês, marcado pela garantia de direitos do “binômio subjetivo” *liberty and property*; na estruturação dos direitos de forma corporativa, pertencendo ao indivíduo como membro de um estamento; e a regulamentação por meio de contratos de domínio, como, por exemplo, a *Magna Charta* (CANOTILHO, 2003, p. 55).

Já o modelo francês de constitucionalismo se diferenciava da tradição britânica, sendo marcado por novas categorias políticas, como palavras de combate expressas nas noções de Estado, nação, poder constituinte, soberania nacional e constituição escrita (CANOTILHO, 2003, p. 57). Canotilho (2003, p. 57-58) também expressa que uma diferenciação do movimento francês para o britânico é que, neste, não se havia rompido totalmente com o modelo de estamentos, mesmo no século XVIII, o que contrariava as pretensões revolucionárias francesas de se solidificar uma ordem calcada nos direitos naturais do indivíduo, bem como a vontade de auferir a legitimidade do poder no contrato social pactuado entre indivíduos livres.

Por fim, o constitucionalismo americano implementou um novo elemento, de grande relevância, a de noção de um povo (CANOTILHO, 2003, p. 58). Este é o momento em que o povo toma as decisões, em que os colonos americanos adotam a ideia de democracia dualista, modelo em que, haveria decisões que deveriam ser tomadas pelo povo, e outras que deveriam ser tomadas pelo governo (CANOTILHO, 2003, p. 58-59).

Convém destacar um importante elemento da história do constitucionalismo, principalmente nos movimentos do século XVIII em diante, o poder constituinte do povo. Como expressa Müller (2004, p. 21-22), desde a retirada de Deus da vida política como poder fundante, este papel ficou vago, sendo preenchido pelo “povo”. Apesar de parecer haver uma grande ruptura, ao povo, foi designado o mesmo que o poder divino como legitimador de movimentos de determinadas classes. Ainda no que prega Müller (2004, p. 22), o povo foi usado nos campos de batalhas, assim como Deus, com igual interesse no poder-violência, sem nenhuma real consulta ao povo.

Após a revolução francesa, diversos países da Europa Continental buscaram, por intermédio da codificação, a identificação plena do direito com a lei,

com um legislador onisciente e onipotente (CAMBI, 2018, p. 101). Era o início do positivismo jurídico.

Para os novos interesses decorrentes dos movimentos revolucionários, a legislação deveria ser íntegra, havendo uma rígida separação entre judiciário e legislativo, cabendo àquele, nos momentos de dúvida, conflito, obscuridade ou ausência de lei, comunicar o legislativo, para que autorizasse uma interpretação normativa (CAMBI, 2018, p. 332).

Analisando-se o contexto histórico, esta separação se mostrava coerente com os anseios franceses pós-revolução. Como preleciona Jorge Neto (2019, p. 52), depois da Revolução Francesa, os juízes eram tidos como interessados conservadores no sistema político, tendendo a manter, em suas decisões, o status quo, ou seja, o regramento do Antigo Regime em prejuízo das modificações produzidas pelos legisladores, que seriam os legítimos representantes do povo.

Buscava-se, deste modo, afastar-se da desordem normativa do *Ancien Régime*, e a codificação era a consagradora de uma razão universal pelo princípio da igualdade, contra privilégios estatais (dos quais os magistrados do antigo regime gozavam), sendo que, para este objetivo, o direito deveria ser único, geral e abstrato, de forma a garantir a segurança jurídica e a defesa da economia capitalista de expansão (CAMBI, 2018, p. 101).

O povo como legitimador do poder, como apresentado por Müller, citado acima, ganha corpo. Nos países de sistema jurídico romano-germânico, esta visão correspondeu ao período do “logocentrismo”, em que a lei era a vontade geral do povo, e o juiz seria mero reproduzidor daquela (BINENBOJM, 2014, p. 61-62)

Como prescreve Bonavides (2019, p. 464) o método predominante de interpretação no século XIX era o objetivista, em que nomeava uma autonomia total das leis, de forma que se afastava de suas origens, sendo que era plena e capaz de se amoldar as mudanças sociais que se iriam aplicar.

Exponente deste modo de interpretação, a Escola da Exegese tinha por fundamento o ideal de razão, consubstanciando nas ditas leis e códigos, em atividade

humana contraposta à natureza, com um corpo normativa capaz de regulamentar, com nitidez, a vida humana na sociedade (JORGE NETO, 2019, p. 55).

Demonstra-se que, o positivismo jurídico decorrente tinha como característica primordial a separação entre o direito e a moral, devendo o direito ser definido de modo que não inclua elementos morais (ALEXY, 2009, p. 3). Ao conceito positivista, basta que se tenha dois elementos de definição, a “legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e a eficácia social”, bastando algo estabelecido legalmente e/ou eficaz para ser direito (ALEXY, 2009, p. 4).

Também como característica, o positivismo buscava se distanciar do direito natural, em razão de uma visão romântica da ciência, e, sendo o direito uma ciência humana, ela não obedece a uma ordem natural (JORGE NETO, 2019, p. 57). Nas exatas palavras de Jorge Neto (2019, p. 57), “o positivismo de algum modo opõe-se ou, pelo menos, não reconhece a ordem natural, na medida em que pretende conformá-la, dominá-la, recriá-la”.

Desta rígida separação do conceito positivista de direito, que, apesar de necessária ao contexto histórico estatal que se iniciou, se mostrou um legitimador de legislações preconizadoras de preceitos discriminatórios, autoritários, antidemocráticos e que desrespeitavam a condição humana. O maior fato histórico que demonstra isto é o período que desaguou na Segunda Guerra Mundial. Da barbárie vista neste acontecimento histórico insurgiu a necessidade de estabelecimento de limites jurídicos para as ações estatais, incluindo-se a do parlamento (BINENBOJM, 2014, p. 62).

Estes limites jurídicos dizem respeito, primeiro, aos direitos humanos, que ganharam caráter fundamental, servindo de freio às ações dos poderes estatais, sendo que este obstáculo alcança, inclusive, o poder constituinte originário, devendo este observar os princípios fundamentais para a realização da lei organizacional da sociedade (LEONARDO; ANDREASSA, 2019, p. 4-5).

Da nova perspectiva de proteção da dignidade da pessoa humana, surge uma ruptura, da qual decorre uma nova forma de constitucionalismo, em que as Cartas

deixam de ser meras declarações políticas e passam a ter força normativa. Inicialmente, denomina-se este movimento de neoconstitucionalismo.

Sobre o neoconstitucionalismo, Cambi (2018, p. 25) demonstra que a Constituição deve prever os fundamentos mínimos para os direitos e liberdades que definem a cidadania, e, pela supremacia da Constituição, os direitos fundamentais se tornam barreiras frente a decisões políticas que visem infringir as conquistas sociais.

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de Direito Positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais (CAMBI, 2018, p. 28).

Nisto demonstra-se o caráter limitador das constituições europeias do pós-guerra, servindo a dignidade da pessoa humana como uma diretriz estatal e barreira a possíveis vontades totalitárias da maioria que governe um Estado.

Sobre o neoconstitucionalismo europeu, Barbosa e Teixeira (2017, p. 1120) descrevem que este é fortemente carregado por Constituições que representam valores conferentes de dimensão jurídico-normativa à condição humana, e, daí exsurge o discurso constitucional em torno da “dignidade humana”.

Ainda no que prescrevem Barbosa e Teixeira (2017, p. 1120), o constitucionalismo europeu pós-guerra é marcado pelo modelo normativo-principiológico, em resposta aos regimes autoritários e totalitários que resultaram no holocausto. Pelo neoconstitucionalismo, questões ético-morais ostentam patamar diferenciado, orientando o direito como ordem normativa voltada aos direitos fundamentais, inclusive, como mecanismo material de aferição de validade do direito (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1120).

Barroso (2005, p. 2), expoente do tema no Brasil, ao discorrer sobre as transformações do direito constitucional causadas pelo neoconstitucionalismo, separa as mudanças em três marcos. O primeiro é o marco histórico, caracterizado principalmente, na Europa, pelo constitucionalismo pós-guerra, em que se redefiniu a importância da Constituição e a influência do direito constitucional nas instituições a partir de então, sendo a principal referência a Lei Fundamental de Bonn, a

Constituição da Alemanha de 1949 e a subsequente criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951 (BARROSO, 2005, p. 3).

O segundo marco apontado por Barroso (2005, p. 6) é o marco filosófico, caracterizado pelo pós-positivismo, que buscava respeitar a legalidade escrita, contudo, indo além desta, incluindo a moral do Direito, inspirada por uma teoria de justiça. Nisto, mostra-se o efetivo afastamento do ideal positivista de distanciamento de questões morais no direito.

O marco teórico é o terceiro marco importante descrito por Barroso (2005, p. 5), dividido em outras três grandes transformações: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sobre a força normativa atribuída às constituições, prescreve o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal que esta é uma das grandes mudanças ocorridas no século XX, superando-se, deste modo, o modelo que vigorava na Europa até a metade do século passado, em que, as constituições, por serem documentos essencialmente políticos, tinham sua concretização condicionada à liberdade do legislador ou à discricionariedade de quem administrava (BARROSO, 2005, p. 5). Já a expansão da jurisdição constitucional se consubstancia na constitucionalização dos direitos fundamentais, ficando imunes ao processo político majoritário, cabendo ao Poder Judiciário realizar este controle (BARROSO, 2005, p. 6). Por fim, a nova interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, reconhecendo que as normas constitucionais são normas jurídicas e, apesar de não romper integralmente com os modelos tradicionais de interpretação, deve se atentar a uma nova realidade das Constituições (BARROSO, 2005, p. 8-11).

Apesar de não ser o objeto principal deste trabalho, fazem-se necessárias tais exposições sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, para entender o maciço ingresso no Judiciário com a finalidade de implementação de direitos fundamentais. As lições de Barroso permearão todo o primeiro capítulo desta dissertação, embora constituam importante delineamento doutrinário para a matéria no Brasil, não estão livre de críticas.

Diversas críticas são dirigidas ao neoconstitucionalismo no Brasil, seja em relação somente à terminologia, ou em relação à forma como é apresentada e aplicada em território pátrio. Streck (2017b, p. 68) tece ressalvas à esta nomenclatura, pois este termo representaria uma contradição a um direito realmente novo, que não existe no Brasil, pois não há a condição que esta nomenclatura foi realmente pensada, ou seja, o pós-guerra com a necessidade da incorporação de valores, da Escola Livre do direito e da Jurisprudência dos Valores.

Ademais, Streck (2017b, p. 68) consigna que a ideia de um neoconstitucionalismo pode levar ao erro de se pensar que houve uma superação do constitucionalismo, o que não é verdade, uma vez que o Constitucionalismo Contemporâneo é o simples processo de continuidade e desenvolvimento por novas conquistas que passaram a integrar a estrutura do Estado Constitucional após a Segunda Guerra Mundial. Tal crítica pode ser reforçada pelas palavras de Bello (2015, p. 52), em que, a modernidade, pelo simples fato de se ter esta nomenclatura, é erroneamente considerada como sinônimo de progresso, avanço ou inovação.

A expressão utilizada acima, “Constitucionalismo Contemporâneo”, com letras maiúsculas, foi cunhada por Streck (2017b, p. 90) para designar o constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial, afastando-se dos vícios que entende existir na designação “neoconstitucionalismo”.

Especificamente em relação à obra de Barroso, Santos, B. (2017, p. 24) descreve críticas em diversos aspectos, cabendo, para os fins deste trabalho, destacar que o autor expõe que a pesquisa de Barroso foi realizada predominantemente nos Estados Unidos da América, tendo fortes características do ordenamento jurídico estadunidense.

Ao discorrer as críticas tecidas ao marco teórico de Barroso, Santos, B. (2017, p. 32-33) enfatiza que não há, de fato, uma imperatividade inédita da constituição, pois o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal estaria esquecendo do *judicial review* dos norte-americanos, praticado desde 1803, além de outras formas de valoração da constituição na Europa e no Brasil.

Santos, B. (2017, p. 34-35) também repreende a imagem, apresentada por Barroso, de que os tribunais constitucionais seriam mais hábeis a proteger os direitos fundamentais. Tal reprimenda é apresentada sob o argumento de que os tribunais constitucionais podem limitar a atuação dos tribunais inferiores na proteção destes direitos e não há nenhuma garantia de que os tribunais guardiões das constituições serão protetores dos direitos fundamentais, havendo a possibilidade de variação da posição destes tribunais (SANTOS, B., 2017, p. 35). Por tais razões, Santos, B. (2017, p. 35) afirma: “Não há uma consequência lógica entre a criação de uma corte constitucional e maior proteção de direitos fundamentais”.

Apesar deste não ser o tema específico deste trabalho, as apresentações dos conceitos e críticas aos constitucionalismos apresentados pela doutrina se mostram de grande relevância para entender o contexto em que se insere a Constituição Federal brasileira, seus direitos positivados e a forma de implementação destes. Fazem-se necessária algumas considerações de como tratar-se-á o Constitucionalismo Contemporâneo no decorrer do desenvolvimento do trabalho, não tendo, de modo algum, como pretensão o esgotamento do tema.

O termo neoconstitucionalismo, em sua perspectiva de ser uma ruptura total, apresentando algo integralmente original, mostra-se incorreto. O direito desenvolve-se das lutas, anseios e necessidades sociais, sendo um acúmulo das experiências experimentadas pela história. O constitucionalismo presente atualmente não é uma reinvenção do modo como se deve interpretar o direito, mas um resultado da própria narrativa histórica dos movimentos que o antecederam.

Contudo, não há como ignorar as contribuições doutrinárias de autores que utilizam a terminologia neoconstitucionalismo. Desta forma, utilizar-se-á, no transcorrer deste trabalho, as expressões neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Contemporâneo como sinônimas do constitucionalismo consequente dos eventos da Segunda Guerra Mundial e que balizaram as constituições ocidentais. Tal utilização terminológica não implica na aceitação de todos os fins dos andamentos descritos pelos autores que tecem a literatura sobre o tema, como Barroso. Oportunamente, será apresentada críticas aos subjetivismos decursivos do modo de implementação do constitucionalismo no direito pátrio.

Partindo do neoconstitucionalismo pós-guerra europeu, para o desenvolvimento do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, faz-se necessário discorrer sobre o constitucionalismo latino-americano.

Se na Europa o marco histórico para a mudança do paradigma constitucional foi a Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, na América Latina o momento de ruptura é o final do mesmo século. A partir do colapso dos regimes militares e autoritários nos anos 80, passou-se a identificar um momento semelhante ao vivido na Europa no pós-guerra, por ser um período de transição para a redemocratização, havendo uma imperiosidade de proteção de liberdades individuais e dos direitos sociais nas cartas latino-americanas (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1125).

Este Novo Constitucionalismo Latino Americano é caracterizado, também, por dispositivos que preconizam a proteção de grupos sociais historicamente discriminados, tais como as mulheres, negros, crianças, índios, jovens, idosos, entre outros, havendo-se de se ter, para a devida proteção, garantias de que efetivamente resguardassem os direitos conferidos e reconhecidos (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1129-1130).

Bello (2015, p. 55) expõe que a partir dos anos 80, os debates sobre o conceito de cidadania avançaram em comparação à perspectiva democrático liberal de idealizar o cidadão como o sujeito individual e com direitos a serem reclamados perante o Estado. Passou-se, pois, a ampliar esta visão para congregar as vertentes do reconhecimento-pertencimento e da participação política (BELLO, 2015, p. 55).

Afastando-se da perspectiva europeia, calcada mais na dignidade da pessoa humana, as novas instituições da América Latina propunham espaços para o pluralismo jurídico normativo, por meio do reconhecimento dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos de subjetividades coletivas-sociais, partindo de um referencial epistemológico biocêntrico (BELLO, 2015, p. 56).

É neste cenário histórico que emerge a Constituição Federal brasileira de 1988, apesar de a Carta brasileira se distanciar bastante das demais constituições

latino-americanas, como a equatoriana e boliviana, que prescrevem, com grande afinco, a questão da descolonização (BELLO, 2015).

O marco histórico do Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil é a Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2005, p. 3). A Constituição de 1988 teve, nos direitos fundamentais, a sua base de formação, sendo que, estes direitos devem pautar todas as relações do Estado para com os cidadãos e entre estes, nas relações particulares. Todo o ordenamento jurídico brasileiro teria de passar pelo crivo desta nova perspectiva imposta pelos constituintes.

A dignidade da pessoa humana funda toda essa base, até pela função de ser a Carta Política responsável pela redemocratização do país, após o período de ditadura militar. O constitucionalismo pátrio passou a dar a merecida relevância aos direitos fundamentais, pela primeira vez na história (SARLET, 2015, p. 64).

Há de se dar a devida caracterização para a Lei Maior. Como esta designação expressa, a Constituição não pode ser vista como uma simples lei, mas sim, como o próprio direito de um Estado Democrático de Direito. Ensina Bonavides (2019, p. 613) que, ao compreender a Carta Política como o direito, e não uma simples lei, faz-se oposição ao positivismo legalista, significando o rompimento dos laços silogísticos e dedutivistas, que continham a normatividade e a restringiam a uma posição destituída de normatividade.

Como articula Leonardo (2013, p. 19), a Constituição não é mais limitada a sustentar a validade de normas infraconstitucionais, mas, principalmente pela força normativa atribuída a princípios constitucionais, haverá de se ter um diálogo na aplicação de todas as normas, inclusive as processuais, com os ditames da Carta de 1988.

De fato, à constituição, somente lhe era dado o papel político. Isto fica claro nas palavras de Lassalle (apud HESSE, 1991, p. 9), ao ditar que esse documento chamado Constituição jurídica não passava de *ein Stück Papier*, ou seja, um pedaço de papel. Esta máxima também era difundida no Brasil, como se pode verificar na expressão “O Direito Constitucional passa. O Direito Administrativo Fica”, de Otto Mayer (1923 apud MARQUES NETO; FREITAS, R., 2018, p. 622).

A força normativa da Constituição é conferida pois, dotada de força cogente, ela é a reguladora do modo de vida social do Estado. A afirmação de que a Constituição pressupõe apenas intenções políticas, não mais prospera. Claro que, as normas constitucionais guardam relação com a cultura de determinado país, como disserta Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas (HESSE, 1991, p. 14-15).

Ainda, apesar de se verificar esta correlação com a realidade social, a força normativa da Lei Maior não é totalmente submissa aos ditames do que ocorre na economia, governo ou costumes. Estes não são irrelevantes para a normatividade, mas não podem ser confundidos com aquela. Seguindo no que prescreve Hesse:

Mas, – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo [...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-político e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

O Estado Constitucional de Direito preconiza, como ponto basilar de sua estrutura, a dignidade da pessoa humana. Sucedendo um período de diversas ausências de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe o espírito da jurisdição constitucional, calcada na proteção de direitos fundamentais.

Diante disto, pode-se constatar que a Lei Maior brasileira é influenciada primariamente pelo constitucionalismo do pós-guerra europeu, pois disciplina diversos direitos característicos das cartas europeias, mas também é notável a importância do novo constitucionalismo latino-americano, servindo de exemplos a este viés os artigos 226 ao 230, que concernem à família, criança, adolescente, jovem e ao idoso e os artigos 231 e 232, relativos aos índios brasileiros, ou seja, mandamentos

constitucionais de proteção a grupos socialmente excluídos ou com proteção deficiente pela sociedade.

Outro exemplo marcante da mistura entre os constitucionalismos é a importância dada aos direitos sociais na Lei Maior de 1988. Para que se tenha uma vida minimamente digna, há de se ter a realização dos direitos fundamentais sociais. São estes mandamentos constitucionais que determinam a obrigatoriedade de concretização de direitos básicos como a propriedade, educação, saúde, transporte, lazer, entre outros que são disciplinados na Carta Política brasileira.

Por característica essencial, os direitos sociais necessitam de uma atuação mais acentuada por parte do Poder Público. Como regra, os direitos sociais são satisfeitos por meio de políticas públicas. Ocorre que, a realidade brasileira demonstra que estes direitos não estão sendo implementados de forma satisfatória.

O cidadão, em face de lhe ser declarado um direito na Lei Maior, mas não sendo cumprido efetivamente, recorre ao Poder Judiciário, como maneira última de ver seus direitos sendo satisfeitos. Disto decorre a judicialização das políticas públicas e a atuação por intermédio do ativismo judicial. É o que se passa a estudar.

## **2.2 A busca dos direitos sociais perante o Poder Judiciário**

Os Tribunais brasileiros, em todas as suas instâncias, estão inundados de ações cuja finalidade é buscar a efetivação dos direitos sociais negligenciados pelo Executivo e Legislativo. Desta busca diante do Poder Judiciário, surgiu a discussão sobre a legitimidade do Judiciário em decidir sobre estas questões que, tipicamente, pertenceriam aos outros poderes.

A separação dos Poderes, defronte os novos anseios que são postos ao Estado, demonstram uma mutação que, apesar de constante, de acordo com o período histórico, apontam para o Poder Judiciário como um personagem principal da democracia brasileira. Em comentário a este protagonismo, Coelho preleciona:

[...] a separação dos poderes, desde sua primitiva formulação, até os dias atuais, tem assumido configurações distintas, ao sabor das transformações políticas e sociais. Ora ela expressa o predomínio do

Legislativo, ora o do Executivo e, mais recentemente, nas democracias ocidentais, um acentuado *protagonismo* do Judiciário, que deixou de ser o “ente inanimado” e “de certa maneira nulo” ou, enfim, “a boca que pronuncia as palavras da lei” – como dizia Mostesquieu –, para se assumir como *poder político*, defensor da Constituição, árbitro dos conflitos institucionais e fiador dos direitos fundamentais (COELHO, 2018, p. 227-228).

Com relação a possibilidade de provocar o Judiciário em casos de omissões estatais relativas a direitos fundamentais, Lopes (2001, p. 113) instrui que a teoria do direito ocidental está fundada, há algum tempo, sobre uma mesma categoria: o direito subjetivo. O direito subjetivo é o direito de ação, sendo que a falta de ação disponível significa a inexistência ou inexigibilidade do direito (LOPES, 2001, p. 113). Observa-se um despreparo jurídico para lidar com o tema, que parece ser um problema tão grande quanto a gravidade das questões sociais brasileiras (LOPES, 2001, p. 114).

Lopes (2001, p. 129-130) ao discorrer sobre o Judiciário como arena de conflitos contributivos e a política pública como objeto de demandas populares, dita que, os direitos sociais, para terem uma eficácia completa, demandam uma ação concreta do Estado, e não simplesmente uma possibilidade de agir em juízo.

Destaca-se que há uma complexidade na organização das contas públicas e, normalmente, as políticas públicas que proporcionam que o cidadão usufrua de um direito social, tem custos significativos aos cofres públicos e, apesar de serem necessários, dependem de um preparo. Sobre o tema, Lopes preleciona:

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada [...]. A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começemos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos (LOPES, 2001, p. 131-132).

Apesar disto, quando o Poder Judiciário é chamado a decidir nestes casos, muito pouco disto é levado em consideração. Em razão disto, há de se analisar, também, as formas como vêm se nominando a atuação judicial, pelo ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas.

Por princípio, faz-se necessário expor que os dois institutos não são sinônimos. Barroso (1996, p. 25) explica que o ativismo é uma escolha pelo modo mais proativo de se interpretar o texto constitucional, de forma a potencializar o seu alcance e resolver de forma mais efetiva as demandas judiciais. Já a judicialização é um fato que é próprio do estado constitucional adotado depois da Constituição Federal de 1988, não sendo uma vontade política do julgador, mas uma obrigação que lhe incumbe, sem alternativa (BARROSO, 1996, p. 25).

Tratando-se dos direitos sociais, um exemplo de judicialização são as demandas que objetivam a concessão de medicamentos não prescritos em políticas públicas (MACHADO, 2011, p. 47), já que, a judicialização se põe na seara da falta de realização de políticas públicas governamentais. Tal definição de judicialização vai ao encontro do conceito dado por Carvalho (2018, p. 52), em que, especificadamente em relação ao direito à saúde, a judicialização é “*o ato de levar ao exame do poder judiciário demandas relacionadas à promoção da saúde, com o propósito de concretizar o direito fundamental de cada indivíduo nessa área*”.

Em uma crítica ao conceito de ativismo, e a necessidade de estudo sobre a separação conceitual entre estes dois institutos, Streck (2017b, p. 87) proclama que o ativismo pode ter consequências graves em regime democrático, razão pela qual, há de fazer o dito afastamento conceptual. Nas palavras de Streck:

É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “*corrupção*” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites da atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2017b, p. 87).

A diferenciação fornecida por Streck promove a interpretação de que a judicialização da política não apenas é normal ao regime democrático, como desejável, em vista de que, na ausência de vontade dos Poderes Legislativo e Executivo, não se teria mecanismos de mutação dos paradigmas das políticas públicas promotoras de direitos. No entanto, o ativismo representaria a anomia do

sistema democrático, dada sua capacidade de interferência nos demais Poderes, sem apego aos limites constitucionalmente estabelecidos.

Também tecendo críticas à operação destes institutos, Carvalho (2018, p. 49) dispõe que, a despeito da atuação relação saudável e responsável dos Poderes exigir, em qualquer hipótese, limites postos pela Lei Maior, tendo-se como válida a utilização do princípio do *checks and balances*. Contudo, observa-se que os freios e contrapesos têm se mostrado falhos no objetivo de obstar o avanço do Judiciário sobre os demais Poderes (CARVALHO, 2018, p. 52).

A atuação do Poder Judiciário como controlador da administração é típica do sistema de freios e contrapesos, sendo necessária para coibir abusos ou atos ilegais. Entretanto, verifica-se pouca preocupação com o exercício desta função, havendo-se, na maioria das vezes, a decisão do caso concreto posto ao Estado-juiz. Sobre isto, Carvalho expressa:

O que se pretende-se mostrar é que as decisões proferidas em sede de ações mais recorrentes, que envolvem o direito à saúde, guardam pouca relação com a atividade de controle que deveria ser exercida pelo Poder Judiciário. Na fundamentação dos magistrados, via de regra, inexistente avaliação sobre a legalidade dos atos administrativos adotados para a construção e implementação de cada política pública de saúde ou sobre a conduta de um determinado agente público, que tenha concorrido para a negativa do fornecimento de medicamento ou de serviço de saúde ao requerente da ação (CARVALHO, 2018, p. 53).

O ativismo é comumente suscitado na atuação judicial voltada à resolução de demandas difíceis, em que o julgador se baseia em uma interpretação desafixada do texto positivado, com a finalidade de solucionar, de forma mais adequada, o caso concreto.

A despeito de ter uma finalidade digna, o ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas merecem algumas ressalvas. Um dos problemas que pode se apresentar é a utilização deste instituto como uma maneira de decidir de acordo com apegos pessoais, afastando-se do procedimento original (SANTOS, 2016, p. 153). Streck (2017b, p. 126) também adverte que a concretização da Constituição não pode depender de subjetivismos.

Contudo, com os devidos cuidados, pode-se pensar no ativismo e, no caso mais específico dos direitos sociais, a judicialização das políticas públicas, como ferramentas na defesa daqueles que estão esquecidos pelo Poder Público. Cambi (2018, p. 25) ressalta que “a função básica da Constituição é suprimir certas decisões do processo político”.

O Judiciário pode agir para reequilibrar a balança quando um grupo subjuga o outro. Destaca-se nisto que, o Judiciário, quando provocado adequadamente, pode ser um instrumento de formação de políticas públicas, permitindo-se, pelo debate judicial, o avanço da democracia ao permitir discussões de temas relevantes, exigindo, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes (LOPES, 2001, p. 136-137).

Rodriguez (2011, p. 183), em vista à filosofia do direito, preceitua críticas à percepção de separação rígida dos papéis dos Poderes e, conseqüentemente, dos conceitos de ativismo judicial e judicialização das políticas públicas pois não se mostra capaz de se amoldar à realidade, razão pela qual preceitua que:

[...] se trata, na verdade, uma visão *normativista* do direito que naturaliza sua gramática institucional e não abre espaço para a transformação do código do direito, tanto do ponto de vista de sua capacidade explicativa como de seu enraizamento na realidade social contemporânea. Uma visão normativa forte como essa pode perfeitamente se manter como “ideal” a ser perseguido pelos atores sociais. Mas não pode servir de base a um diagnóstico do tempo presente. E permanece como um “ideal” no sentido utópico da expressão, já que não está em condições de mostrar quais elementos concretos da atual configuração do estado democrático de direito poderiam ser mobilizados pelos atores sociais para atingir o objetivo de fazer o Parlamento o efetivo centro da política (RODRIGUEZ, 2011, p. 183-184).

O modelo democrático prescrito pela Constituição de 1988 trouxe esta carga maior ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, de fato, é o guardião da Lei Maior do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o que gera, por si só, um enfoque maior e um papel mais destacado na manutenção dos direitos.

Neste sentido que Rodriguez (2011, p. 198-199) expressa que deveria ser deixada de lado as questões normativistas dos termos ativismo e judicialização, porquanto, está-se diante de uma nova instância do processo de desenvolvimento das

instituições, e que favorece a busca por melhores fórmulas de regramento democrático.

Desta maneira, permitindo-se que o Judiciário atue de forma a implementar direitos fundamentais, seja pela atuação atípica do ativismo judicial ou pela judicialização de políticas públicas, há de se estudar uma possível mudança de papel do Judiciário e, junto a isto, uma reinterpretação da imparcialidade do juiz.

Uma vez que os direitos sociais não são satisfatoriamente implementados pelo Poder Público e há uma grande demanda pela realização daqueles perante o Poder Judiciário, faz-se necessário discorrer sobre a legitimidade deste na promoção de direitos.

Como herança deste positivismo exegético, criou-se a figura do juiz não mais como a boca da lei, mas ainda um julgador distante da realidade social que o cerca, passando do preceito fundamental da imparcialidade do juiz, para um estado de indiferença com as partes que estão diante do Estado-juiz.

Souza (2018, p. 144) descreve que esta neutralidade de julgamento, defronte aos conflitos, tanto internos, quanto externos ao magistrado, o eleva a uma imagem pública de um corolário de super-humano. Esta imagem divina do juiz, é, na verdade, “um produto de manipulação da imaginação coletiva que passa a assimilar e exigir uma conduta do juiz nessa perspectiva” (SOUZA, 2018, p. 144).

Em razão do quadro de desigualdade social existente no Brasil, o juiz apático e distante da realidade brasileira não mais atende aos anseios da jurisdição constitucional. Decidir, sem levar em conta as disparidades existentes, pode não ser a solução mais justa ao caso levado ao Judiciário. Sobre a necessidade de mudança de postura do juiz no processo, Souza expõe:

Em decorrência dessa composição socioeconômica que perpassa o processo penal e civil moderno brasileiro, não se pode mais continuar numa visão clássica e retórica de que o juiz deve permanecer neutro e imparcial diante dessa carga ideológica capitalista neoglobalizada que se constata empiricamente no meio social, econômico e cultural, e que gera reflexos na relação jurídica processual (SOUZA, 2018, p. 205).

Com relação à jurisdição constitucional, Barroso (2018, p. 259) expressa que “o Tribunal tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos”.

O Poder Judiciário exerce, precipuamente, um papel contramajoritário. Isto significa que o julgador deverá decidir de acordo com a teoria do direito, sendo justo, sem se deixar levar pela tirania que a maioria possa querer impor. Esta função é o que assegura a democracia no direito.

Sobre o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2018, p. 260) destaca que este continua sendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional assentada na proteção de direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo democrático. Contudo, pode-se vislumbrar que o aspecto contramajoritário, isolado, não basta para garantir a efetivação dos direitos fundamentais para todos. Ganha força, em razão disto, também o aspecto representativo.

Abordando-se o papel representativo do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2018, p. 265) disserta que é fora de dúvida que o modelo tradicional de separação dos Poderes já não dá mais conta de justificar a estrutura de funcionamento do constitucionalismo contemporâneo.

Uma das maneiras de se exercer este papel representativo na promoção de direitos é por meio da parcialidade positiva do juiz. Este modo de agir tem como “finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal” (SOUZA, 2018, p. 237).

A imparcialidade tem grande importância no Estado Democrático de Direito, prestando-se “à defesa e proteção do interesse social e do interesse público em geral” (NERY JUNIOR, 2016, p. 162). A independência do juiz, de igual forma, está intimamente ligada à imparcialidade e é a revelação do juiz natural (NERY JUNIOR, 2016, p. 174), estando presente na Constituição Federal de 1988, como se pode vislumbrar no artigo 5º, inciso XXXVII expressando que “não haverá juízo ou tribunal

de exceção” e inciso LIII, que diz: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

Não há como se discutir a importância desta vertente negativista do princípio da imparcialidade como o consectário do liberalismo do século XVIII, uma vez que as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz asseguram o exercício livre de interesses da função jurisdicional exercida no processo (SOUZA, 2018, p. 236). Porém, não basta que o princípio da imparcialidade seja validado apenas por critérios negativos ou proibitivos (SOUZA, 2018, p. 236).

Segundo Souza (2018, p. 205), há necessidade de que o juiz possa reconhecer as diferenças sociais, culturais, econômicas e, de igual forma, a carga ideológica neoglobalizante que manipula os resultados do processo. Ainda, há de se reconhecer que a visão simplesmente idealista e abstrata do processo, em que este é guiado apenas pela igualdade meramente formal, somente piora as desigualdades reais e materiais na relação jurídica processual (SOUZA, 2018, p. 206).

Portanto, tratar de forma igual o Estado, que deveria promover os direitos sociais fundamentais, e o cidadão, que está em situação de ausência de dignidade, promovendo uma ação judicial para que possa ter satisfeito um direito básico, como a saúde, é propagar a dessemelhança.

A parcialidade positiva do juiz seria a atuação para igualar as partes na relação processual. Mais do que isto, haveria o desempenho ativo para igualar o indivíduo em situação de hipossuficiência social aos demais cidadãos que usufruem de tais direitos que aquele não desfruta.

A função positiva, por sua vez, informa materialmente o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.* (SOUZA, 2018, p. 238).

A redução das desigualdades sociais, na promoção do desarraigamento dos males sociais existentes no Brasil, é uma tarefa de todos, sejam eles os atores públicos ou privados. O Poder Judiciário, desta forma, não está imune a este dever constitucional.

Sendo dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a *realização desses fins e a execução dessas tarefas* também não de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal (SOUZA, 2018, p. 238).

Ademais, para além de um papel puramente representativo, as cortes desempenham um papel de mover a história adiante, quando esta está emperrada (BARROSO, 2018, p. 270). Neste sentido, Lopes (2001, p. 143) complementa ao expressar que, ao Judiciário cabe desempenhar seu papel histórico num Estado Democrático, dar conta do modelo de Estado, sociedade e dos conflitos em que está inserido, escapando da ilusão liberal mais simples de que seu objetivo se reduz a proteger a propriedade privada em detrimento das reformas sociais que se necessita.

A aplicação de um juízo de justiça distributiva fica prejudicada com o sistema social que não consegue distribuir proporcionalmente, premiando os mais espertos, bem-nascidos etc. (LOPES, 2001, p. 141). Este aspecto do Poder Judiciário ganhou força após a Constituição Federal de 1988, principalmente no principal Tribunal pátrio.

O Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar, de forma simultânea, o papel contramajoritário habitual e uma função representativa, atendendo demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário (BARROSO, 2018, p. 279-280). Ainda segundo Barroso, (2018, p. 279-289) a Corte está comprometida com a promoção de valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social, o qual se desempenha atualmente pelo caminho do meio, sem timidez, nem arrogância (BARROSO, 2018, p. 279-280).

Destaca-se que a jurisdição constitucional somente deve se impor nos casos em que a contrariedade à Constituição for evidente, e se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2018, p. 276). Por se tratar de uma competência perigosa, deverá ser exercida com grande cautela, ante o risco democrático que ela representa (BARROSO, 2018, p. 270).

Disto, também cumpre destacar o conceito de mutação constitucional, um método de interpretação em que, sem se alterar o texto normativo, traduz-se novamente o sentido legal, adequando às novas realidades sociais. Este método de interpretação tem sua importância residida na imperiosidade de se manter a Lei Maior atual, conservando-a.

Pedra (2018, p. 18) expõe que, apesar da importância da mutação constitucional, há de se ter limites à estas mutações, sendo a medida de necessária prudência para que não se caia em um estado de anomia diante do texto constitucional. Dispõe-se ainda que a mutação constitucional não tem limites previstos expressamente, sendo que estes decorrem da supremacia e da força normativa da Constituição (PEDRA, 2018, p. 18).

Pedra (2018, p. 19) posiciona que a Constituição deve ser tanto normativa quanto dinâmica e, enquanto a forma normativa da Lei Maior será responsável pela conformação da sociedade, conferindo dinamicidade às normas constitucionais nas situações concretas. A Constituição normativa exige que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a realidade, havendo marcos balizadores das mutações da jurisprudência constitucional (PEDRA, 2018, p. 19). Esta dicotomia entre conformação à realidade, a necessidade de controle e pacificação social, tendo esta como consequência daquela, fica clara nas palavras de Hesse:

[...] uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente (HESSE, 1991, p. 23).

O primeiro marco balizador é a elasticidade do texto, pois o texto constitucional se impõe como o mais peculiar limite, destacando-se que, em certos

casos, a elasticidade do texto permite uma extração de norma distante da letra da Constituição, sem que implique em um rompimento (PEDRA, 2018, p. 19-20).

Pedra (2018, p. 21) estabelece que as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional se constituem também como limitações, haja vista que estas decisões se mostram como limites à interpretação de outros intérpretes, excluindo-se o próprio Tribunal Constitucional, que não se vincula às suas próprias decisões. Destaca-se que as decisões vinculantes não constituem obstáculo insuperável, pois se assim fosse, não haveria mutação constitucional (PEDRA, 2018, p. 21).

A progressividade e a vedação ao retrocesso para direitos fundamentais evidenciam outro limite às mutações constitucionais, dado que não se proíbe apenas o retrocesso, como também se exige os avanços possíveis (PEDRA, 2018, p. 22-23).

De forma mais destacada, no século XXI, há uma caminhada no sentido de um direito supranacional, em relações comerciais, econômicas, sociais e cultural, que acabam influenciando na supremacia estatal, e, este direito internacional deve ter como base fundamental a proteção internacional dos direitos humanos, consubstanciando uma outra limitação à mutação constitucional (PEDRA, 2018, p. 25).

A mutação constitucional deve, de igual forma, ser legitimamente aceita pela sociedade se orientar no sentido apostado por esta, ou seja, a interpretação judicial não pode prescindir da participação popular, sem, contudo, defender uma ideia de magistratura escolhida pelo povo (PEDRA, 2018, p. 26-27).

Outro parâmetro imposto às mutações constitucionais que deve ser evidenciado é a necessidade de as decisões serem devidamente fundamentadas e razoáveis, havendo a imperiosidade de um procedimento argumentativo racional e controlável, lutando-se contra a discricionariedade exacerbada do intérprete (PEDRA, 2018, p. 28).

Há também o diálogo e a tensão entre os intérpretes da constituição, que são diversos, tendo-se a figura do Tribunal Constitucional como o capaz de assumir os direitos das minorias e, desta forma, efetivar a democracia que respeita o

pluralismo e a diversidade (PEDRA, 2018, p. 29). Em complemento, faz-se oportuna as palavras de Häberle:

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (*“nicht-zünftige” Interpreten*). Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente (HÄBERLE, 2002, p. 34).

Por fim, a alteração da interpretação pode causar insegurança jurídica, razão pela qual é imperioso que as mudanças à interpretação da Constituição se apliquem apenas a fatos posteriores, vedando-se a insegurança retroativa (PEDRA, 2018, p. 31).

Estas reservas devem ser lembradas, uma vez que, o papel representativo, bem como a parcialidade positiva na promoção de direitos sociais, são ferramentas a serviço destes que se mostram possíveis aos julgadores. Todavia, não se está a apresentar uma carta branca para que o julgador decida conforme sua consciência e padrões morais íntimos.

A atuação totalmente discricionária do juiz, de forma desapegada à teoria do direito, fere a democracia. As decisões judiciais que utilizem estes mecanismos apresentados devem respeitar a integridade e coerência nos julgamentos. Não se pode deixar a promoção de um direito como se fosse uma loteria, em que o resultado dependerá do julgador, e não do direito.

Por fim, destaca-se que, os direitos sociais, uma vez que fundamentais, devem ser realizados pelo Estado. Pelas suas características prestacionais, exigem uma atuação ativa do Poder Público para a criação de políticas públicas, como meios para a satisfação dos preceitos sociais.

Defronte às desigualdades materiais existentes na sociedade brasileira, e a não implementação por parte dos entes públicos dos direitos sociais de forma satisfatória, o Poder Judiciário poderá atuar de maneira positiva. Isto poderá se dar

por intermédio de uma parcialidade positiva do juiz e a manifestação de um papel representativo na promoção dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal.

O caráter fundamental dos direitos sociais é indiscutível. Os mandamentos constitucionais que os resguardam, o fazem pelo motivo de serem os garantidores do mínimo que se espera em uma democracia social. A igualdade material depende diretamente da realização das políticas públicas essenciais à utilização dos bens sociais.

Apesar deste aspecto basilar, a realidade é a de insatisfatória efetivação dos direitos disciplinados na Constituição Federal. Esta prestação deficitária se dá por diversos fatores, como interesses econômicos de alguns, que se alimentam da desigualdade brasileira, ou mesmo a incapacidade administrativa de diversos entes públicos no país.

A população, que observa seu direito social encartado na Lei Maior, quer a sua concretização, independentemente do motivo de o seu direito não ter sido atendido. Ocasiona-se, desta forma, a judicialização das políticas públicas e a atuação pelo ativismo judicial.

Com exceção das decisões solipsistas, que impõem a consciência do magistrado ao caso posto diante do Estado-juiz, a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial podem contribuir para a satisfação e evolução dos direitos sociais. Vários direitos são efetivados somente após uma discussão judicial, com diversos atores da sociedade apresentando suas visões sobre o tema, como amigos da corte.

A atuação do julgador, pois, ganha destaque na consumação dos direitos sociais. O juiz afastado da realidade social, que decide apenas pela igualdade formal, não mais atende os anseios sociais atuais. O papel representativo do Poder Judiciário adquire mais importância na jurisdição constitucional.

Como maneira de externar este papel representativo, a parcialidade positiva do juiz, como uma ferramenta garantidora de equidade processual, equiparando aqueles que são socialmente desiguais, mostra-se como uma possibilidade de atuação judicial. Há de se fazer, novamente, a ressalva de que não se defende a discricionariedade exacerbada. A atuação do julgador terá de

obedecer aos limites constitucionalmente estabelecidos, como forma, inclusive, de democracia no processo. A integridade e coerência são essenciais à Justiça.

Expressa-se, desta forma, que os direitos sociais dispostos na Constituição Federal são direitos fundamentais, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e não estão sendo desempenhados de modo suficiente. Expõe-se, de igual forma, que esta não concretização dos direitos sociais leva os cidadãos a recorrerem ao Poder Judiciário, gerando a judicialização das políticas públicas e o desempenho da função julgadora com ativismo.

Da análise destas duas premissas, é possível chegar-se à conclusão inicial de que o papel representativo e a parcialidade positiva do juiz são legitimadores de uma atuação ativa do Poder Judiciário na promoção de direitos sociais, pois esta forma de decidir pode ser a única maneira de o cidadão ver o seu direito social evoluir em grau satisfatório.

### 3 PROTAGONISMO JUDICIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA

No processo, o juiz é figura central das atividades, juntamente com as partes. Sua atuação é de fundamental importância para o cumprimento dos preceitos fundamentais do direito, desde a administração da sala de audiência, até a prolação da decisão de mérito que pacifica a sociedade.

Em eras passadas, a figura do juiz já se confundiu a outras figuras que não apenas relacionadas às atividades julgadoras, como a de um sacerdote ou oráculo, que, como disserta Calamandrei (2018, p. 39), pedia ajuda e inspiração à superstição e à magia. A força de Deus era a garantia de imparcialidade, lembrando-se, como caso expoente desta, do método do juiz Bridoye de Rabelais, que se utilizava de uma balança com os escritos dos litigantes e dava procedência àqueles escritos que pesavam mais (CALAMANDREI, 2018, p. 39).

Os magistrados, dotados de sua função julgadora, integram os Tribunais, as casas do Poder Judiciário, onde residem aqueles que tem “competência para administrar a justiça em nome do povo”<sup>1</sup>. Segundo Canotilho (2003, p. 657), “os tribunais são *órgãos constitucionais* aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por *juízes*”.

Impossível de ser afastada da concepção do papel do juiz no processo da jurisdição, até pela razão de que esta dá a base de legitimidade para o poder-dever de julgar dos magistrados em um Estado Constitucional, e, por este motivo, é que se passa a expor sobre.

#### 3.1 O papel do juiz no processo e a jurisdição

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada no artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa para designar a função jurisdicional: “1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (PORTUGAL, 1976).

Em comento à jurisdição, esta é diretamente associada como a atividade de dizer o direito em um caso concreto, devendo-se, sempre, ser observadas as obrigações e limites estabelecidos pela ordem jurídica. Canotilho, com vistas ao direito português, mas podendo ser aplicado à ordem jurídica brasileira, desta forma conceitua a jurisdição:

A **jurisdição** (*jurisdictio, jus dicere*) pode, em termos aproximativos, ser qualificada como a actividade exercida por juizes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do *direito* num caso concreto. Essa actividade não pode caracterizar-se tendo em conta apenas critérios materiais ou substantivos. Está organizatoriamente associada ao **poder jurisdicional**, e é subjectivo-organizamente atribuída a titulares dotados de determinadas características (juizes). Está ainda jurídico-objectivamente regulada quanto ao modo de exercício por regras e princípios processuais (processo) (CANOTILHO, 2003, p. 661).

Como disserta Dinamarco (2020, p. 406), o vocábulo jurisdição é aperfeiçoado da união de duas palavras de origem latinas, “*juris* (*jus, juris* = direito) e *dictio* (substantivo derivado do verbo *dico, dicere*, que significa *dizer*). Em sentido etimológico, significaria expressar que o juiz diz o direito ao exercer a jurisdição (DINAMARCO, 2020, p. 406).

Claro que, apesar da etimologia, ao juiz não cabe apenas se pronunciar sobre o direito, mas fazê-lo efetivar-se por meio dos atos coercitivos e executórios. O conceito legal incorporado pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 16, dita que a “jurisdição civil é exercida pelos juizes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

É uma legítima função estatal em que resolve-se causas enviadas à apreciação do Estado-juiz. Nas exatas palavras de Câmara (2016, p. 33), jurisdição “é a *função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta*”. Já de Neves (2019, p. 57), extrai-se que a jurisdição é “*atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social*”. Por sua vez, Dinamarco (2020, p. 397) preceitua que a jurisdição estatal “*como função do Estado, destinada à solução*

*imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.*

Didier Jr. (2020, p. 194), em seu conceito sobre a jurisdição, destaca certos elementos que são a ela inerentes, sendo o primeiro que a jurisdição é a resolução de conflitos por heterocomposição, ou seja, o órgão julgador deve ser terceiro e desinteressado.

Tem-se, nisto, a imparcialidade do juiz. Este é o mandamento de que o magistrado deve se manter equidistante das partes, não tomando partido na causa que está posta diante do Estado-juiz. A imparcialidade se afigura como assecuratória de tratamento isonômico às partes.

Calamandrei (2018, p. 38) reconhece a imparcialidade como a qualidade proeminente da própria ideia de juiz, devendo este “ser estranho e indiferente às solicitações das partes e ao objeto da lide: *nemo iudex in re propria*”.

Igualmente reconhecendo a grande relevância da imparcialidade, Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 257) a colocam diretamente no conceito básico da jurisdição, ao expressar que, objetivando a pacificação social, o Estado substitui a vontade das partes para, imparcialmente, buscar a justiça. Colocado como este sujeito imparcial do processo, investido de tal poder de resolução da demanda, o juiz se coloca *super et inter partes*, acima da questão posta ao Estado-juiz (*au dessus de la mêlée*) (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 376).

Claro que não há como se defender a figura neutra do juiz, pois esta inexistente. No que preleciona Didier Jr. (2020, p. 195), não se pode confundir a neutralidade com a imparcialidade, pois aquela é o desinteresse na administração geral da justiça, importando somente os interesses das partes, com um juiz desprovido de vontade consciente e abnegativo ao resultado da instrução.

Uma outra questão de grande importância com relação à jurisdição é a de que se ela é uma atividade de aplicação da lei, declaratória de um direito já existente que se pleiteia perante o Estado-juiz, ou se a jurisdição é criativa, ou seja, se por meio dela se cria normas a serem aplicadas ao caso concreto ou a casos semelhantes futuros.

Didier Jr. (2020, p. 195), preleciona que “a jurisdição é, essencialmente, criativa”. Esta função criativa seria limitada e, em verdade, assemelha-se a uma atividade de reconstrução, recriando a norma jurídica no caso concreto, ou mesmo recriando a regra abstrata que deve regular o caso concreto (DIDIER JR., 2020, p. 200). Para o autor, a criatividade judicial advém, também, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que veda a recusa de prestação jurisdicional, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e, igualmente, no artigo 140 do Código de Processo Civil (DIDIER JR., 2020, p. 203).

Ainda no que descreve Didier Jr. (2020, p. 201-202), este destaca de igual forma que, a formulação da norma individualizada não basta para que o julgador promova a norma geral e abstrata para o caso concreto, necessitando-se verificar os pormenores da causa, tendo-se especial atenção às normas constitucionais e aos direitos fundamentais.

Neste sentido também disciplina Cappelletti (1993, p. 22), quando expressa que o intérprete dá vida a um texto que por si mesmo é morto, “mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”. Igualmente segundo Cappelletti:

Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar (CAPPELLETTI, 1993, p. 21).

Nery Junior (2016, p. 36), em seu conceito de norma, dispõe que a normatividade não se relaciona com o texto da norma, mas é resultado da interpretação. Norma, deste modo, para o autor, é o sentido dado a qualquer disposição, e disposição é parte de um texto ainda a interpretar (NERY JUNIOR, 2016, p. 36).

Já para Câmara (2016, p. 34), a jurisdição tem natureza declaratória, sendo esta uma das características essenciais daquela. Destarte, por intermédio da jurisdição, o Estado não cria direitos subjetivos, mas apenas reconhece os preexistentes, pois, segundo o autor, ninguém ingressa perante o Judiciário em procura de um direito que será atribuído pelo juiz (CÂMARA, 2016, p. 35). O que se

buscaria, apenas, é o reconhecimento e a aplicação prática de um direito que se tem, mas não foi reconhecido (CÂMARA, 2016, p. 35).

A atividade jurisdicional como atividade declaratória dá um peso maior à legislação legalmente positivada, priorizando um maior silogismo na aplicação das normas aos casos concretos. Isto pode ser verificado, de igual forma, na preleção de Dinamarco, Badaró e Lopes:

Como a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na *jurisdição estatal*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em casos concretos de conflito entre pessoas ou grupos – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente a cada um desses casos (fase de conhecimento do processo) e impondo medidas para que esse preceito seja efetivado – o que é feito, conforme o caso, no processo ou na fase de execução (cumprimento de sentença). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que entre outras finalidades ela tem a de assegurar a prevalência do direito positivo no país (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 63).

Theodoro Júnior (2016, p. 12) parece seguir o mesmo posicionamento de se trata de que se trata de uma atividade declaratória, ao destacar que a jurisdição “é a função estatal de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida, que constitui atividade própria do Poder Judiciário”.

A maior diferença de posicionamentos reside no grau de atividade criativa do juiz. Para os que defendem a jurisdição como atividade criativa, o texto não é norma, e passa a sê-lo apenas com a interpretação. Aos que amparam a atividade jurisdicional como declaração de direitos pré-existentes, a jurisdição exerce, mais notadamente, o papel de verificar o direito positivado que cabe à pretensão tratada defronte o Estado-juiz.

As duas correntes servem à aplicação do processo democraticamente constitucional, pois, a interpretação apenas voltada à aplicação da vontade legal pode gerar injustiças, dado que na sociedade, as diferenças são a regra e, segundo a máxima de que tratar os desiguais de forma igual é desigualdade, não se pode observar apenas a letra fria da lei, isto sem contar que, quando se interpreta, está-se

criando algo novo, pois mesmo o silogismo mais básico ainda carrega traços de seu hermeneuta.

Por outro lado, o julgador não pode imprimir suas convicções pessoais ao objeto do caso, pois haveria o risco de desembocar em discricionariedade. A ordem legalmente positivada e constituída contribui com limites à atividade criativa necessária dos magistrados.

Imperiosamente, cumpre destacar os princípios inerentes à jurisdição estatal, sendo que, estes, independentemente de estarem escritos ou não em lei, são universalmente reconhecidos (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 264). Estes princípios se consubstanciam na: investidura; aderência ao território; indelegabilidade; inevitabilidade; inafastabilidade; juiz natural; e inércia (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 264).

Iniciando-se com o princípio da investidura, esta se dá pela razão de que o Estado, detentor do poder jurisdicional, tem de exercê-lo por meio de pessoas investidas para tal função, no caso, os magistrados. Até em motivação a isto é que se diz Estado-juiz. Acerca da investidura, Dinamarco, Badaró e Lopes informam:

A jurisdição é uma função pública do Estado e este, que é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes – e essas pessoas físicas são os juízes. É claro pois que sem ter sido regularmente investido como juiz, ninguém será a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais. O mesmo sucede se o juiz já se aposentou, circunstância em que não é mais juiz: ocorrendo a aposentadoria, os processos então a seu cargo serão redistribuídos a outro juiz (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 264).

O princípio da aderência ao território tem relação direta com a soberania do Estado. Quer dizer que, a jurisdição una, é exercida em todo território nacional. É, em verdade, uma limitação ao exercício legítimo da jurisdição e, em decorrência do elevado número de juízes e do grande território nacional, são necessárias normas jurídicas que limitem o exercício à uma porção delimitada de território (NEVES, 2019, p. 60).

Didier Jr. (2020, p. 223) lembra que o Código de Processo Civil mitigou, em certa medida, o princípio da territorialidade, como no caso do artigo 60, em que,

tratando-se de imóvel disputado que estiver localizado em mais de uma comarca, seção judiciária ou subseções judiciárias, a competência se estenderá sobre todo imóvel, mesmo que extrapole os limites territoriais; e no caso do artigo 225, que admite atos de comunicação processual e executivos em comarcas contíguas ou que sejam de mesma região metropolitana, sem a necessidade de carta precatória.

Pelo princípio da indelegabilidade se tem a vedação da transposição da atividade jurisdicional para aquele que não detém a investidura necessária para praticá-la. Esta vedação vale, inclusive, para o próprio Poder Judiciário, que não pode delegar, segundo suas próprias conveniências, suas funções para outros órgãos. Dinamarco, Badaró e Lopes, sobre o tema, dissertam:

Além disso, no âmbito do próprio Poder Judiciário não pode juiz algum, segundo seu próprio critério e talvez atendendo à sua própria conveniência, delegar funções a outro órgão. É que cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste). O Estado o investiu, mediante determinados critérios de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, alterando os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 266).

Há claras exceções a este princípio, como na expedição de cartas de ordem pelos Tribunais e no caso em que a Constituição Federal, por meio de seu artigo 102, I, “m”, prevê a possibilidade de delegação pelo Supremo Tribunal Federal, de atos executivos oriundos de seus julgados, aos juízes de primeiro grau, aplicando-se esta regra a todos os Tribunais (NEVES, 2019, p. 61). No tocante à impossibilidade de o órgão jurisdicional delegar suas funções para outro sujeito, Didier Jr. disserta que

Essa vedação se aplicaria com mais força no caso do poder decisório. Em relação a outros poderes judiciais, como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões, as possibilidades de delegação são mais claras (DIDIER JR., 2020, p. 220).

As decisões do Estado-juiz se sobrepõem à vontade das partes, e é exatamente isto que expressa o princípio da inevitabilidade. Ninguém poderá negar o resultado da atividade jurisdicional, resolvendo não cumprir o que impôs a decisão. A

situação das partes diante o Estado-juiz é de sujeição, independentemente de suas vontades e consistindo, desta forma, na impossibilidade de embaraçar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se cumpra a autoridade do Estado (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 266). Ainda sobre a inevitabilidade, se fazem oportunas as lições de Dinamarco:

Não é inevitável o poder de entidades particulares, às quais as pessoas se filiam e das quais se desligam segundo sua vontade e por expressa permissão constitucional (Const., art. 5º, inc. XX). O sócio de uma companhia, o membro de uma comunidade religiosa, o associado de um clube esportivo etc. podem forrar-se aos atos de exercício do poder exercidos pelos órgãos diretivos dessas entidades, demitindo-se delas quando bem entenderem, mas ao membro de uma população não é permitido desligar-se do Estado, declarar-se dissidente ou retirante e com isso ficar imune ao exercício do poder estatal (DINAMARCO, 2020, p. 400-401).

Tais características da inevitabilidade demonstram o poder do Estado de impor seus mandamentos aos cidadãos, membros da comunidade formada pelo pacto social, razão pela qual a atividade do Estado-juiz, dotada da possibilidade de infringir este importante poder, deve ser controlada e não estar ao arbítrio da personalidade de quem está investido na função jurisdicional. Mas a inevitabilidade tem também seu caráter democrático, uma vez que, ao prescrever seus resultados a todos, sem distinção, demonstra uma igualdade formalmente estabelecida para que uns não sejam mais privilegiados do que outros. Isto, logicamente, em seu aspecto formal, sem levar em conta todas as barreiras de acesso à justiça.

Passando-se ao princípio da inafastabilidade, este está diretamente ligado com a vedação ao *non liquet* que encontra respaldo na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), e no próprio Código de Processo Civil no 3º caput e 140 caput, que expressam, respectivamente, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”; e “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (BRASIL, 2015).

Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 376) ditam que, a jurisdição, como função estatal, tem o seu exercício como um dever do Estado, não podendo o juiz deixar de atuar no processo, desde que adequadamente provocado. Isto decorre pelo

fato de que, no processo moderno, não se admite o *non liquet* defronte uma causa complexa, o que degradaria a garantia constitucional de inafastabilidade do controle judicial (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 376).

O princípio da inafastabilidade é, de igual forma, intimamente relacionado ao direito de acesso ao Estado-juiz, por meio do direito de ação, e ao direito ao acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a prestação jurisdicional adequada e de qualidade, e não meramente o direito ao ingresso no Judiciário.

Por primeiro, no tocante à inafastabilidade, cumpre dizer que, pelo direito de ação, um direito fundamental, deve se ter o acesso à uma gama de situações jurídicas, como o direito a provocar o Judiciário, escolher o procedimento, a tutela jurisdicional e o recurso, como disciplina o exemplo de Didier Jr. (2020, p. 224). Há de verificar que, o direito de ação independe de se ter a possibilidade de lesão, ou seja, nas palavras de Didier Jr. (2020, p. 224), o “direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court*”.

Com relação ao acesso à ordem jurídica justa, Neves (2019, p. 21) preleciona que o acesso à ordem jurídica justa, ou à tutela jurisdicional adequada, cuida, em primeiro lugar, de “ampliar o máximo possível o acesso ao processo, permitindo-se que eventuais obstáculos sejam mínimos, senão inexistentes”. Ampliado este acesso, dever-se-á verificar o máximo respeito ao devido processo legal, principalmente no que concerne ao contraditório real e a cooperação processual, que possibilitam a influência cabal das partes no andamento processual e, por fim, terá de se garantir a eficácia das decisões judiciais, concretizando a promessa de inafastabilidade, por intermédio do afastamento do perigo de ineficácia no período de desenvolvimento do processo, aumentando os poderes dos juízes para efetivarem as decisões, e garantir a razoável duração do processo (NEVES, 2019, p. 21-22).

Ainda, de nada adianta todas as garantias se ainda se tiver uma predileção a um tecnicismo exacerbado, com um procedimento demasiadamente custoso e dificultoso, que impossibilita o acesso à justiça por parte de seus consumidores, até pela razão de serem excluídos do entendimento de que direitos lhe são garantidos. Sobre este problema, Canotilho ensina:

Como conteúdo *constitucional e internacional mínimo*, exige-se que a *protecção jurisdiccional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma **determinação legal** da via judicial adequada. Além deste conteúdo mínimo, é de questionar se bastará o facto de a lei assegurar, de qualquer forma, mesmo vaga e imprecisa, a abertura da via judiciária. Se a *determinação dos caminhos judiciais* for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competência) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária (CANOTILHO, 2003, p. 497).

Tratando-se do princípio do juiz natural, este tem duas ramificações. Primeiramente diz respeito à vedação de tribunais de exceção, que são instituídos para julgar pessoas por determinados atos, sem o devido amparo por qualquer disposição constitucional (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 267), como os ilustres Julgamentos de Nuremberg, criados após a Segunda Guerra Mundial exclusivamente para julgar militares do Terceiro Reich, acusados de praticarem crimes nazistas (NEVES, 2019, p. 62) sendo que, tal vedação, encontra-se disposta pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVII (BRASIL, 1988).

A outra forma pela qual se materializa o princípio do juiz natural é a de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, como disciplina o artigo 5º, inciso LIII, da Lei Maior (BRASIL, 1988). Não se poderá, pois, escolher o juiz para a demanda, devendo esta designação ser aleatória em decorrência da aplicação de leis gerais, abstratas e impessoais de competência, sendo estas proibições atinentes a todos, sejam juízes, partes, o próprio Poder Judiciário etc. (NEVES, 2019, p. 61).

E no tocante à inércia, diz-se que o juiz não poderá decidir de ofício, ou seja, o processo começa por iniciativa da parte e que, uma vez provocado, o processo se desenvolve por impulso oficial, salvo nas causas autorizadas por lei, como dispõe o artigo 2º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Em consequência à inércia da jurisdição, Câmara (2016, p. 34) expõe que há a imperiosidade de congruência entre a demanda e o resultado, não podendo este ser mais amplo, objetiva ou subjetivamente do que a demanda protocolada. Disto decorre as vedações às decisões “*citra petita* (a que fica aquém da demanda), *ultra*

*petita* (a que concede mais do que se pediu) e *extra petita* (a que concede algo diverso daquilo postulado)” (CÂMARA, 2016, p. 34).

Alguns destes princípios, como a territorialidade e a inércia, são também referidos na doutrina como características da jurisdição, contudo, utilizou-se neste trabalho o termo princípios da jurisdição por ser mais abrangente e demonstrar que não importa sua positivação, em consequência de que são inerentes à jurisdição.

Os princípios da jurisdição são postulados básicos de análise da atividade jurisdicional, que é um poder e, como tal, deve ter limites. Os limites são causas democráticas de controle contra abusos e, por isto, traduzem-se em pilares do Estado Democrático Constitucional.

No processo civil brasileiro, é importante destacar que o dispositivo normativo que disciplina os poderes e deveres do juiz é o 139 do Código de Processo Civil<sup>2</sup>. Logo de início, é criticável o mandamento do caput, no qual dita que o juiz “dirigirá” o processo.

Estabelece o art. 139 que ao juiz cabe “dirigir” o processo. O verbo aí empregado certamente é um resquício da ideologia do protagonismo judicial, consagrada na (aqui repudiada) teoria da relação processual. Na verdade ao juiz não cabe dirigir o processo, como se fosse um timoneiro. O juiz não é – e isto vem sendo dito insistentemente ao

---

<sup>2</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular (BRASIL, 2015).

longe deste trabalho – o polo central do processo, em torno do qual orbitam os demais sujeitos. Na verdade, deve-se ver o processo como um fenômeno *policêntrico*, em que o juiz e as partes têm a mesma relevância e junto constroem, com a necessária observância do princípio constitucional do contraditório, seu resultado (CÂMARA, 2016, p. 108).

A figura do juiz como o protagonista da relação processual é o que se busca rechaçar neste trabalho e, em razão disto, a redação do caput do citado artigo não é compatível com o processo constitucionalmente adequado, visto que, na incompatibilidade mais latente, está a contrariedade à cooperação processual que, entre outros preceitos, deixa todos os participantes do processo em igualdade.

Theodoro Júnior (2016, p. 195) aponta para o mesmo sentido, ao ditar que, em um mesmo momento, o legislador põe nas mãos dos magistrados os poderes de dirigir o processo e os deveres de observar o conteúdo das normas do referido artigo 139. Contudo, às partes também lhe assistem o direito de exigir do juiz o uso destes poderes, sempre que se tiver a causa longe dos rumos do direito processual (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 195).

Sobre estes poderes conferidos aos juízes, Dinamarco, Badaró e Lopes prelecionam:

[...] o Código de Processo Civil outorga ao juiz uma série de poderes complementares ao poder de comandar o processo, decidir a causa e promover a execução, todos eles destinados a propiciar um eficiente exercício da jurisdição e a impor a autoridade de suas decisões (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 268).

No que Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 376) ditam, estes poderes se agrupam em duas categorias principais: a) poderes jurisdicionais, que consistem os ordinários referentes ao simples andamento processual, os instrutórios de formação e convencimento do juiz, e poderes-fim, que se dirigem aos atos decisórios e de execução; b) poderes administrativos, ou de política, que tratam daqueles exercidos pelo juiz do processo para impedir tumultos e para assegurar a ordem e decoro.

Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 376-377) falam também dos poderes-deveres, pois o juiz não só tem o dever de sentenciar, como de seguir a ordem estabelecida pelo devido processo legal, dando às partes as oportunidades para

exercerem o contraditório, dialogando com estas por meio de decisões e despachos proferidos no menor tempo possível, com as devidas e adequadas motivações.

A concepção contrária à combatida neste trabalho, de que o protagonismo do processo pertence ao juiz, já foi muito defendido, e ainda se encontra exemplos desta defesa. Historicamente, convém lembrar o que Calamandrei expressa sobre o assunto:

O mais importante entre os personagens do processo, o verdadeiro protagonista, é o juiz. Ele assiste mudo e impenetrável a todo o desenvolvimento do drama, sempre presente, ainda quando se limita a escutar em silêncio a disputa dos outros personagens. Mas, ao final, a última palavra, a palavra resolutiva, é a sua. Tudo aquilo que foi dito no curso dos debates se resume e se dissolve na sua decisão. O epílogo do drama, o último ato do rito, é a sentença. “*ite, missa est*”: “*ite, iudicatum est*”. O juiz é o *deus ex machina*: como aparição purificadora de Atenea na catarse de Oresteia (CALAMANDREI, 2018, p. 38).

Há argumentos para a defesa de um magistrado protagonista no processo, até por fins nobres. Pense-se na efetivação dos direitos sociais denegados pelo Estado, por meio da efervescência do papel representativo do Poder Judiciário ou pela imparcialidade positiva do juiz.

Calamandrei (2018, p. 48-49) defende que o simples silogismo é algo que empobrece a atividade julgadora e que a justiça é algo melhor, ela surge da consciência viva, sensível e humanamente vigilante. Esta seria necessariamente o que se precisa verificar em um juiz para que fosse responsável.

Aqueles que defendem o juiz como ator principal da relação processual, em sua maioria, defendem a antítese da indiferença de quem está em um grau elevado na sociedade e decide acerca desta. Demandam uma consciência coletiva do juiz, para que este não enxergue seres humanos apenas como números que determinam sua produtividade.

O perigo maior que, em uma democracia, ameaça aos juízes e, em geral, a todos os funcionários públicos, é o perigo do vício, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata, os homens deixam de ser pessoas vivas e se transformam em números, cédulas, fascículos: uma “prática”, como se diz na linguagem dos escritórios, isto é, uma pasta dentro da qual estão

agrupadas varias folhas protocolizadas e, em meio a elas, um homem dissecado (CALAMANDREI, 2018, p. 48-49).

Como dito no capítulo anterior, o juiz indiferente às causas sociais não mais é compatível com o Estado Democrático Social de Direito. Não há, na busca da efetivação dos direitos fundamentais em si, o problema do protagonismo judicial, pois esta é requerida para o desenvolvimento do bem-estar social.

Deste modo, deve-se, por princípio ético, reconhecer a existência das desigualdades sociais, econômicas e culturais (SOUZA, 2018, p. 244). Souza, ao destacar a concepção filosófica da “racionalidade do outro”, em sua tese sobre a parcialidade positiva do juiz, explica que:

É na alteridade do outro “como outro” que o sistema ético crítico se impõe. É a alteridade da vítima como oprimida (classe) ou como excluída (pobre). É o descobrimento do “outro” que se encontra encoberto pelo mito da modernidade. Trata-se de uma ética que demonstra o terror uma razão fechada na totalidade, entre outras, a razão da modernidade (SOUZA, 2018, p. 245-246).

O que se demonstra é que não há Estado realmente Democrático de Direito, se o aspecto social não for levado em conta. Ainda no que preleciona Souza (2018, p. 243), o Poder Judiciário é um instrumento de ética existencial, dado que é uma instituição que atua mediante princípios éticos, devendo pautar sua ação prática racional, em sua atividade básica e essencial, pelo princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

Para Cambi (2018, p. 332), o protagonismo judiciário responsável não é censurável quando se está defronte de inércia e omissão estatais, em que a sociedade exige uma postura jurisprudencial mais criativa e positiva na primazia da Constituição Federal.

Ainda no que disserta Cambi (2018, p. 328), não seria correto afirmar que o juiz não poderia impor ao administrador público o que analisa ser a utilização mais correta e conveniente do dinheiro público, pois, seria mais perverso manter as situações de descumprimento de direitos fundamentais, como a superlotação dos presídios, não aplicação de recursos mínimos na saúde e educação etc.

Apesar de haver um acesso desigual à justiça, dado que aqueles mais abastados terão melhores condições de êxito, para as minorias, é de certa forma vantajosa a interferência do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais (CAMBI, 2018, p. 329). Isto se verificaria pela possibilidade de se ter o direito analisado por meio de uma decisão fundamentada, o que, pela ditadura da maioria, nem isto se vê nos poderes Legislativo e Executivo, estabelecendo a justiça constitucional, em razão disto, “um *compromisso constante* entre a maioria e a minoria, em favor a paz social” (CAMBI, 2018, p. 329-330).

Em conformidade com tais posicionamentos, é de se destacar as normas concernentes aos direitos sociais, que por terem uma maior abertura, aceitam a atividade mais discricionária do juiz, como expõe Cappelletti:

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

A atividade primordial do juiz é, também, como não poderia ser diferente, a mais importante e a aquela que impacta na sociedade de forma fulcral. É este que exerce, no seu papel de Estado-juiz, a resolução e aplicação do direito, buscando-se uma resposta correta ao caso concreto submetido.

Comentando o significado de julgar, tendo como amparo a literatura, Pêpe (2019, p. 14) diz que julgar implica no surgimento de novas vivências, orientadas por fragmentos de memórias, tanto individuais quanto coletivas, sendo que, estas redes de sentidos estabelecem nexos causais em que convicções elaboradas pessoalmente se confundem com as determinações externas determinadas por normas e regras heterônomas, como, por exemplo, discursos jurídicos, religiosos ou costumeiros.

Também na literatura jurídica, uma passagem de Calamandrei (2013, p. 149), referindo-se a fala de leito de morte de um magistrado, expressa toda a dificuldade e peso que se tem na atividade julgadora. O magistrado assim disse:

Senhor, queria, ao morrer, ter a certeza de que todos os homens que condenei morreram antes de mim, pois não posso pensar que fiquem nas prisões deste mundo, a sofrer penas humanas, os que lá foram metidos por ordem minha. Queria, Senhor, que quando me apresentasse ao Teu juízo, encontrasse-os à Tua porta, para que me dissessem que os julguei com justiça, segundo aquilo que os homens chamam de justiça, se para com alguém fui injusto, nesse, mais do que outro, desejaria encontrar ao meu lado, para lhe pedir perdão e para lhe dizer que nem uma só vez, ao julgar, esqueci ser uma pobre criatura humana, escrava do erro; que nem uma só vez, ao condenar, consegui reprimir a perturbação da consciência, tremendo perante um ofício, que em última instância apenas pode ser Teu, Senhor! (CALAMANDREI, 2013, p. 149-150).

Demonstra-se, desta forma, a grande relevância que a figura do julgador tem para o Estado Democrático de Direito. Sua atividade é intimamente ligada à prestação do direito que se prescreve nas leis, e, por esta razão, é que se torna imperiosa a demonstração desta importância por meio dos elementos da jurisdição. De igual relevância, é a explanação das teorias sobre a decisão judicial e sobre o direito propriamente, que entusiasma intensamente os julgadores nacionais.

### **3.2 A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy e a hermenêutica de Ronald Dworkin**

A atividade julgadora, nos Tribunais brasileiros, é fortemente influenciada pelas teorias de Alexy, Dworkin e de Kelsen que, apesar de não dissertarem exatamente sobre a teoria da decisão judicial, mas sobre a teoria geral do direito, oferecem em suas teorias dos direitos fundamentais, integridade e coerência e teoria pura do direito, respectivamente, pilares da atividade judicante brasileira, razão pela qual se faz necessário o estudo específico de cada um dos autores.

#### **3.2.1 A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy e a sua inadequada aplicação**

Alexy faz um estudo mais focado à teoria geral do direito, contudo, tais posicionamentos se mostram com grande importância e influência para o direito brasileiro. Suas teorias, principalmente a máxima da proporcionalidade, é citada, direta ou indiretamente, em diversas decisões judiciais nos tribunais pátrios. Ver-se-á adiante, neste trabalho, se a aplicação de sua teoria é realizada, ou não, conforme pensado originalmente pelo autor alemão.

Em primeiro momento, cumpre estabelecer que Alexy é um autor diretamente ligado ao pós-positivismo, pois, apesar de aceitar certos preceitos do pensamento positivista, elege este como insuficiente. Em relação ao conceito e validade do direito, Alexy diz:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais e apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 151).

Os elementos que se relacionam ao positivismo jurídico são normas com pretensão à correção e estabelecidas por uma ordem socialmente legal e constituída, que seja reconhecida por todos, podendo ter, desta forma, eficácia perante o corpo social.

Alexy introduz o conceito de uma norma não extremamente injusta. Isto é um conceito moral e, em razão disto, não pertence ao conceito positivista. Tal preceito moral é necessário pois, os estabelecimentos puramente objetivistas podem gerar as ditas injustiças extremas, sendo exemplo destas, as legislações provenientes do regime nazista.

Desta forma, o conceito jurídico de validade reclama, necessariamente, uma validade social e, se estes elementos englobam elementos de validade moral, ou seja, a validade moralmente justificada, estar-se a tratar de um conceito não positivista de validade jurídica (ALEXY, 2009, p. 103-104).

Interessante, de igual forma, notar que Alexy (2009, p. 64) rejeita a concepção de princípios absolutos, uma vez que, para o autor, a persecução de um princípio absoluto contém uma certa dose de fanatismo, até mesmo se este princípio for a segurança jurídica.

Alexy (2009, p. 84) também anexa ao conceito de direito os princípios, pois estes são argumentos jurídicos, contrapondo-se a concepção positivista, principalmente a de Kelsen, que defendia a possibilidade de o juiz decidir com uma margem de abertura, servindo-se de argumentos não jurídicos ou extrajurídicos em casos difíceis, criando um direito novo.

Feitas tais considerações sobre o conceito e validade do direito para Alexy, cumpre, destarte, evidenciar sua teoria dos direitos fundamentais, com enfoque no que prescreve sobre as regras e princípios.

Para Alexy (2011, p. 54) uma norma é o significado de um enunciado normativo. Estas normas de direitos fundamentais consubstanciam em regras e princípios, sendo que a distinção destes “é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 85).

As regras e princípios são normas, em razão de ambos poderem formular enunciados deônticos, ou seja, de dever, permissão e proibição, e a distinção destas, pois, é uma distinção de duas espécies de normas (ALEXY, 2011, p. 87).

Havendo vários critérios para a diferenciação entre regras e princípios, Alexy (2011, p. 87) destaca o da generalidade em que, “segundo este critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Contudo, o que define a diferença entre estas espécies de normas de direitos fundamentais é que, os princípios são mandamentos de otimização, e as regras devem ser sempre satisfeitas ou não. Nas palavras de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depender somente

das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível [...] (ALEXY, 2011, p. 90-91).

As diferenciações destas espécies de normas de direitos fundamentais impactam diretamente na forma de resolução proposta por Alexy para os conflitos entre regras e as colisões entre princípios.

O conflito entre regras de direitos fundamentais, no que prescreve Alexy (p. 92) se define no plano da validade, uma vez que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. O conflito também pode ser resolvido por regras como a lei posterior derroga a anterior e lei especial derroga a lei geral, importando, apenas, que seja uma decisão de validade, “ou uma norma jurídica é válida, ou não é” (ALEXY, 2011, p. 92-93).

Já no que concerne à colisão entre princípios, esta é resolvida de forma inteiramente diferente. O autor alemão preleciona que, em uma colisão de princípios, esta não se resolve no plano da validade ou da exceção, como acontece no conflito entre regras, mas sim na declaração de precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições (ALEXY, 2011, p. 93).

Isto acontece pela restrição das possibilidades jurídicas, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, recusando a resolução da colisão por relações de precedência absoluta de um princípio em relação ao outro, podendo haver, apenas, a precedência de maneira condicionada (ALEXY, 2011, p. 96-97).

O corolário da resolução da colisão de princípios de Alexy é a máxima da proporcionalidade, que, em decorrência de sua má aplicação, como será demonstrado adiante, reside sua necessidade de exposição. No que Alexy preleciona:

Já deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da

necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2011, p. 116-117).

No que concerne à adequação, esta é uma análise de possibilidade fática, ou seja, a medida tem de ser adequada para a realização do objetivo colimado e, entre as medidas adequadas, deve-se observar aquela menos gravosa ao princípio precedido (ALEXY, 2011, p. 120).

Os princípios, como mandamento de otimização em face de possibilidade fáticas e jurídicas, têm na proporcionalidade em sentido estrito a relativização das possibilidades jurídicas e, quanto à adequação e necessidade, estas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Com a relação à necessidade, esta descreve que a medida a ser adotada deve ser aquela menos gravosa ao outro direito fundamental. Para a análise da necessidade, cumpre fazê-la em conjunto com a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, com a lei da colisão (ALEXY, 2011, p. 120).

Uma vez que Alexy (2011, p. 97-98), com base no que decide o Tribunal Constitucional Alemão, recusa a precedência absoluta de um princípio sobre outro, haverá de se ter uma precedência condicionada a determinadas circunstâncias, nominada de “condição de precedência”.

Alexy (2011, p. 119) ensina que se ambas as medidas são adequadas, para o princípio precedente, elas são indiferentes, mas, em relação ao princípio precedido, haverá de se adotar a forma que lhe menos afeta.

O resultado da aplicação da máxima da proporcionalidade, com as máximas parciais da adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, é uma regra (ALEXY, 2011, p. 98), que pode se consubstanciar em um enunciado.

Como preleciona Streck (2017a, p. 60) este enunciado, uma regra geradora da norma de direito fundamental atribuída é que está apta a resolução da qual se teve

a colisão entre princípios, resolvendo colisão em sua forma abstrata. Importante ressaltar este ponto pois, passar-se-á a demonstrar a crítica à inadequada recepção de teoria de Alexy.

Alexy não prescreve um mandamento para se colocar dois princípios em uma balança para decidir qual vale mais. No que ressalta Streck (2017b, p. 81-83), os tribunais modificaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando esse conceito como um enunciado performático, capaz de fundamentar múltiplos posicionamentos diversos, como no caso *Ellwanger*, em que, com base na ponderação, tiveram-se votos discrepantes.

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que *é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso*. A ponderação – em termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic)*, algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (*sic*) (STRECK, 2017a, p. 60).

A crítica prolatada por Streck demonstra um dos perigos de se aplicar inadequadamente a máxima da proporcionalidade, que é a manifestação da discricionariedade judicial. Ao invés de aplicar a teoria de Alexy nos moldes que este prescreve, o que se observa é, na verdade, uma carta branca para decidir conforme as convicções pessoais do julgador, fazendo-se, com isto, que um princípio tenha maior peso do que o outro na decisão do caso posto ao Estado-juiz.

Morais (2018, p. 180-181) após analisar 189 decisões do Supremo Tribunal Federal, constatou certas dissonâncias entre o que é exarado pela Corte e o que disserta Alexy. Por início, verificou que não há um padrão para a máxima da proporcionalidade ser clamada, bastando, apenas, que se tenha um princípio violado e, relacionando-se a isto, constatou que a máxima é utilizada para resolver qualquer tipo de colisão, “seja ela entre princípios, princípios e valores, valores com valores, interesses com valores, direitos fundamentais com interesses, bens e outras possibilidades” (MORAIS, 2018, p. 180-181).

Em seus estudos, Moraes (2018, p. 181) também não pode constatar a utilização da lei de colisão como produto do sopesamento realizado no caso concreto,

podendo-se constatar um problema de fundamentação, com falta à responsabilidade argumentativa racional.

No que concerne à próxima constatação apresentada por Moraes, há de se destacar a imprecisão conceitual na confusão realizada pelos Tribunais pátrios, entre a máxima da proporcionalidade e a razoabilidade, sendo, mais uma vez, produto do deciosionismo judicial arbitrário.

Em sua sexta constatação, o autor demonstra que se tem referência à proporcionalidade em conformidade com um padrão jurídico que indica abuso do poder estatal (MORAIS, 2018, p. 182). No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, no tocante à coibição de abuso do Estado, aquele equipara a proporcionalidade com a razoabilidade, entendendo que esses dois preceitos normativos decorrem do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, derivando do devido processo legal substancial (MORAIS, 2018, p. 182). Contudo, a interpretação dada pela Corte deflagra concepções de origens diferentes, sendo a proporcionalidade oriunda das decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão, e a razoabilidade nativa dos pronunciamentos decisórios da Suprema Corte norte-americana (MORAIS, 2018, p. 182).

Disto se pode concluir que, no que se decide amiúde nos tribunais pátrios sobre a máxima da proporcionalidade Alexy, na verdade, não é a teoria de Alexy, mas outra coisa. A teoria de Alexy tem mandamentos bem descritos para sua aplicação, que não são seguidos nas decisões judiciais. Faz-se crer, em decorrência, que o sistema judiciário brasileiro possui seu próprio princípio da proporcionalidade (como normalmente é nominado nas decisões), com forma própria e que deve se desvincular da teoria original do doutrinador alemão.

Entretanto, o princípio da proporcionalidade criado pelos tribunais brasileiros não é um método hermenêutico de resolução de colisões de princípios de direitos fundamentais, mas, sim, uma ferramenta a serviço da discricionariedade exacerbada, que se pretende combater pelos fundamentos expostos neste trabalho. Em consonância do que preleciona Streck (2017a, p. 63) “portanto, a tarefa da teoria do direito é a de construir as condições para diminuir e/ou eliminar os espaços de discricionariedade judicial. Menos subjetivismo é igual a mais democracia”.

Como exemplo de um dispositivo normativo que é antagonista ao objetivo deste trabalho, pois fomenta o protagonismo judicial, é oportuno citar o artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil, que em seu texto normativo exara: “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” (BRASIL, 2015).

Uma vez que esta norma é um exemplo inadequado ao fim colimado neste trabalho, este é citado neste momento e não no terceiro e derradeiro capítulo. Tecendo críticas ao citado parágrafo, Streck dita:

Lamentavelmente, o atual Código de Processo Civil, promulgado em 2015, institucionalizou a ponderação no artigo 489, parágrafo segundo, estabelecendo que o juiz fará a ponderação de normas. Este dispositivo é flagrantemente inconstitucional. O Brasil é o único país do mundo que colocou uma tese ou teoria (pela metade, na verdade, uma vulgata da original) no texto de seu CPC. Imagine-se a hipótese de o legislador ter colocado a tese do “Juiz Hércules” ou “os juízes de fundamentação prévios” de Habermas no texto do Código. Pareceria a todos despropositado, pois não? Pois é isso que ocorre com a introdução da ponderação no aludido dispositivo (STRECK, 2017a, p. 61-62).

Câmara (2016, p. 284-285), igualmente, expressa esta norma processual não estaria em acordo com o escopo de constitucionalização do direito processual, residindo o problema no termo “ponderação” utilizado no texto, que está comumente à uma certa corrente de pensamento jurídico (de Alexy), uma vez que isto não é elogiável, por passar a impressão de está se impondo um determinado pensamento.

Continuando-se no que dita Câmara (2016, p. 284-285), ainda é defensável, do ponto de vista da interpretação conforme o ordenamento constitucional, o referido parágrafo, dado que isto se daria com a devida fundamentação substancial da decisão judicial que decidiu o conflito, demonstrando-se a construção discursiva do juiz.

Como ensinam Meira e Rodrigues (2015), não se teve uma preocupação qualitativa ou formal da norma que é passível de colisão e, por consequência, ensejadora de ponderação, podendo ocorrer diversas confusões deste texto normativo.

O dispositivo normativo, em sua imprecisão, dá a entender que é possível a resolução de conflitos de regras e colisões de princípios pela ponderação, o que, segundo a máxima da proporcionalidade de Alexy, deve ser rechaçado.

Neves (2019, p. 886) tece que há de se verificar as devidas ressalvas ao § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, explicitando que este dispositivo não pode ser aplicado em qualquer caso de conflitos entre normas, ainda que o juiz fundamente suas razões de decidir, em decorrência de que as regras e princípios, espécies diferentes de normas, reclamam formas distintas de resolução. Neves (2019, p. 887) ainda ressalta que não está a defender que os outros conflitos de normas não necessitem de exposição de motivos do juiz, mas apenas que, nestes casos, não deverá se utilizar da ponderação como o critério a ser observado.

Extrai-se que a expressão “ponderação” do artigo 489, § 2º, é inadequada, em consequência de aludir a máxima da proporcionalidade de Alexy, e, pior, como se exarou acima, de forma dissonante da prescrita originalmente pelo doutrinador Alemão. As críticas direcionam a aclarar que se positivou de forma manca a teoria de Alexy.

Convém também exprimir que, ao que parece, verifica-se exatamente a colocação em texto normativo do princípio da proporcionalidade brasileiro, aquele citado acima, antidemocrático e sem uma delimitação exata de seus termos, o utensílio do solipsismo judicial.

O mencionado § 2º do artigo 489 merece repreensão, seja pela positivação (malfeita) de uma teoria, impondo uma corrente determinada, ou pela autorização para o uso da ponderação em qualquer tipo de conflito/colisão, o que evidencia o emprego inadequado da teoria de Alexy.

Seria mais apropriado que tal dispositivo normativo não existisse, vez que trabalha mais a favor da discricionariedade do para o devido processo constitucional. A desnecessidade desta norma também se evidencia na força da dita decisão pela ponderação residir na fundamentação adequada, e não no método utilizado para se chegar à conclusão judicial.

A máxima da proporcionalidade, juntamente com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, fortalecem o estudo da teoria geral do direito e não há qualquer óbice para a sua utilização nas decisões produzidas pelos magistrados. O que não se pode aceitar, são simulacros de fundamentação, que fazem uso indevido da proporcionalidade como um truque de mágica que legitima a escolha do julgador por um dos princípios (isto quando não regras e valores) colidentes no caso concreto.

### **3.2.2 A hermenêutica de Ronald Dworkin**

Dworkin é um dos filósofos do direito que mais influenciam as gerações de juristas atuais. Sua preocupação principal era com o desenvolvimento da teoria geral do direito, por meio de estudos relacionados desde a igualdade até as formas de decidir pelos magistrados.

Como descreve Bonavides (2019, p. 282), Dworkin, com a sua doutrina marcante no mundo anglo-americano desafiou as concepções positivistas, principalmente as de Hart, com seu conceito conexo de direito e moral, rompendo com a dualidade existente entre princípio *versus* norma, reconhecendo, pelo novo discurso metodológico, que a norma é o gênero, dos quais as espécies vêm a ser os princípios e as regras.

No que disserta Jorge Neto (2019, p. 93) também sobre Dworkin, apesar deste não se identificar como tal, seus posicionamentos se relacionavam com a corrente pós-positivista, tendo padrões morais integrando os princípios, ainda que não expressamente no ordenamento jurídico e, com base nesta concepção, pode-se verificar que Dworkin buscava estudar, ainda que não como foco principal, a indeterminação do direito e a discricionariedade judicial.

Para os fins desejados neste trabalho, cabe destacar sua obra no que concerne aos seus métodos hermenêuticos apresentados, mais notadamente, as três concepções antagônicas sobre a interpretação da prática jurídica, concernentes no convencionalismo, pragmatismo jurídico e o direito como integridade (DWORKIN, 2014, p. 118).

O primeiro destes padrões interpretativos que trata Dworkin é o convencionalismo. Dworkin (2014, p. 142), para apresentar sua estrutura, logo de começo profere o hino deste tipo de hermeneuta: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”. Essa é a máxima do conservadorismo do direito.

Dworkin (2014, p. 142) explica que o convencionalismo prega que a força coercitiva do direito somente pode ser aplicada quando alguma outra decisão política do passado assim autoriza expressamente, de tal forma que advogados e juízes se encontram em concordância, não importando suas convicções políticas e morais. O convencionalismo rege que direito é somente aquilo que a prática jurídica compreende como respeito às convenções do passado e tira destas suas conclusões (DWORKIN, 2014, p. 142).

Mas como deve agir um juiz diante de um caso em que as convenções políticas do passado, como as decisões e leis, nada trataram sobre o tema? Nestes casos, o convencionalismo não roga a cruzada de braços dos magistrados, mas dita que estes devem recorrer a argumentos extrajurídicos, exercitando seu poder discricionário, para criar um novo direito, que, a partir desta nova decisão, se torna uma convenção precedente em um direito antigo a ser seguido em casos futuros (DWORKIN, 2014, p. 145).

Esta concepção interpretativa convencionalista, que trata do direito anglo-americano, se aproxima da teoria pura do direito de Kelsen (a ser tratada adiante), concernente aos países de *civil law*. É um padrão rígido, cuja finalidade é a de afastar as convicções pessoais do julgador, mas, defronte de casos difíceis, deixa à livre discricionariedade deste para que construa o novo direito a ser aplicado.

Em exatas palavras de Dworkin (2014, p. 158), o “convencionalismo estrito afirma que os juízes estão liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos”.

Pode-se verificar um apego demasiado à coerência do sistema jurídico passado na estrutura convencionalista. Esta é a chamada coerência estratégica, que é o cuidado com as regras positivas do sistema jurídico, para que este funcione regularmente após a nova decisão, o que realmente se deve dar a devida atenção.

Dworkin separa a coerência em coerência estratégica e coerência de princípio. Por início, descreve que qualquer um que participe da produção do direito deve se preocupar com a coerência de estratégia, devendo atentar para que as novas regras que está a estabelecer se amoldem de forma suficientemente bem às regras constituídas por outros, ou mesmo as que venham a ser estabelecidas futuramente, de tal maneira que o aglomerado de normas trabalhe em conjunto (DWORKIN, 2014, p. 162). Já a coerência por princípio seria outra coisa, ela exige que os múltiplos padrões decisórios que “regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça”, havendo uma preocupação com as leis e seu lugar ocupado também na doutrina (DWORKIN, 2014, p. 163-164).

A coerência como princípio é rechaçada das fontes do direito para o convencionalismo, o que o difere, de forma cabal, do dito direito como integridade, pois, para qualquer jurista que reconheça a coerência como princípio, terá se afastado de forma definitiva do convencionalismo, mesmo que não pense desta forma (DWORKIN, 2014, p. 164-165).

O convencionalismo enfrenta os mesmos problemas do positivismo em sua forma exegética. Com a alcunha de livre de convicções morais dos julgadores, na verdade, cede a estes a máxima liberdade para decidir como querem, por fatores extrajurídicos, os casos que fogem à normalidade da prática forense. Isto faz com que não se atenda às necessidades oriundas das mudanças das sociedades e nem atende o chamado destas pela a análise do sistema jurídico íntegro.

Passando-se ao próximo método interpretativo descrito na obra de Dworkin (2014, p. 185), o pragmatismo representa o oposto do convencionalismo, é uma concepção nominada de cética, pois “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”.

Há no pragmatismo uma liberdade ainda maior aos juízes, dado que se estimula os julgadores a decidirem de acordo com seus próprios pontos de vista, assumindo que, esta prática transportará a comunidade para um posto melhor. (DWORKIN, 2014, p. 186). Explica Dworkin (2014, p. 186) que os seguidores do pragmatismo acreditam que este modo de agir servirá mais à uma sociedade feliz, justa e imparcial do que um ponto de vista de aplicação da coerção por meio de decisões já tomadas no passado, seja pelos juízes ou por legisladores. Basicamente, o direito só existe se os juízes declararem que eles existem (DWORKIN, 2014, p. 187).

É possível se notar uma aproximação do pragmatismo com o utilitarismo, uma vez que rejeita a preexistência do direito, tendo-se este, apenas, quando se puder entrever uma sociedade melhor com a declaração de tal pretensão que pode ser realizada por meio coercitivo. Sobre esta característica do pragmatismo de ter “direitos sem direitos”, Dworkin descreve:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. [...] Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significaria uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. [...] Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direito atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (DWORKIN, 2014, p. 195).

O pragmatismo poderia ser vantajoso para implementar pretensões necessárias advindas das mudanças que ocorrem naturalmente na sociedade, e que não estavam amparadas pelas deliberações passadas. Contudo, tem o problema de deixar à escolha do magistrado a decisão do caso posto defronte ao Estado, segundo suas concepções pessoais do que entende por uma sociedade melhor, desconsiderando-se (daí seu ceticismo) qualquer direito amparado por decisões políticas passadas.

O terceiro método interpretativo, e aquele que Dworkin considera como o melhor à sociedade, é o direito como integridade. Segundo Dworkin (2014, p. 229),

desde a comunidade o aceite, a integridade é o meio pelo qual se terá uma transformação orgânica na sociedade, mesmo que nem sempre eficaz, mas melhor que qualquer outra faria.

A integridade seria capaz de, ao mesmo tempo, respeitar as decisões políticas do passado, por meio da coerência, e seguir adiante no avanço dos direitos que são reclamados pelas mudanças na sociedade, sem apego demasiado às concepções do passado.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 2014, p. 264).

Rejeitando a ideia de uma coerência cega, a integridade reclama o respeito aos princípios, de forma que, ao legislativo, reclame um respeito ao sistema coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2014, p. 266).

As interpretações que se fazem no direito, pela integridade, rejeitariam o descobrimento ou a invenção do direito, sendo que os magistrados utilizariam as compreensões de todo o sistema para julgarem tanto com respeito ao passado quanto ao futuro.

Insiste 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 em desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2014, p. 271).

Dworkin (2014, p. 274), por meio da integridade, rejeita o ponto de vista da dicotomia entre encontrar e inventar a lei, e isto é possível em razão dos princípios. Como explica Streck (2013, p. 359), os princípios para Dworkin representam norteadores comuns da sociedade, não havendo casos em que não se teria um direito a ser aplicado, pois sempre existiriam os princípios, havendo sempre uma resposta constitucionalmente correta, contrapondo-se a um juízo discricionário.

Nisto, ainda no que expressa Streck (2013, p. 348), estaria uma das diferenças entre Alexy e Dworkin, uma vez que, enquanto este procura excluir a discricionariedade, para aquele, ela seria tolerada, dado que Alexy racionalizaria a discricionariedade por meio da argumentação, ficando claro, pois, que o juiz “escolhe” quando há uma colisão entre princípios.

Dworkin concebe os princípios como produtores e limitadores do direito, havendo-se de observar a integridade e a coerência com o direito criado politicamente, ou seja, de leis e de decisões judiciais passadas, demonstrando sua interpretação hermenêutica, ao contrário de Alexy e sua teoria argumentativa, que aumenta o sentido do direito por meio de princípios.

Bonavides (2019, p. 287), disserta que Dworkin “entende de maneira mais restritiva os princípios, fazendo dos bens coletivos meras *policies*, ao contrário de Alexy, que alarga o conceito e insere nestes os referidos bens”. Para Dworkin, os princípios tratariam somente dos direitos individuais, o que não ocorreria com Alexy, em razão de seu conceito mais amplo de princípios (BONAVIDES, 2019, p. 287).

Para esclarecer a forma de interpretação por intermédio da integridade, com que Dworkin afastaria a discricionariedade, este utiliza o exemplo do romance em cadeira, fazendo-se uma conjectura entre direito e a literatura.

No romance em cadeira, um grupo de romancistas deverá escrever um romance e, para isto, deverão, cada um, interpretar os capítulos que receberam para, deste modo, escrever um novo capítulo, acrescentado e enviado ao próximo romancista, continuando a cadeira assim por diante (DWORKIN, 2014, p. 276). Cada intérprete haverá de produzir seu capítulo de maneira a criar, do melhor modo possível, o romance em elaboração, sendo que esta complexidade reproduz a dificuldade de decidir um caso difícil com a integridade (DWORKIN, 2014, p. 276).

Os romancistas deverão verificar, igualmente, que se pretende criar um só romance a partir do material que recebera, do que o intérprete atual acrescentar e daquilo que os seus sucessores irão querer ou serem capazes de contribuir, exigindo um avanço geral da parte do romancista atual, ou mesmo uma série de avaliações gerais na medida em que escreve ou reescreve (DWORKIN, 2014, p. 276-277).

O exemplo do romance em cadeia de Dworkin fornece um interessante parâmetro para se verificar decisões judiciais ativistas, com drástica ruptura do direito que era praticado até esta decisão. Com estas, parte-se do início, sem respeito às práticas do passado e, igualmente, ao futuro, pois, por não fazer parte da cadeira de decisões do direito até então, o consumidor da justiça não terá segurança quando a um direito que entender ter.

Contudo, é importante expressar que um método hermenêutico específico não há como se tornar uma norma cogente de interpretação, até pela dificuldade de se aplicar esta no cotidiano. Sobre o tema, Jorge Neto preleciona:

Uma teoria da decisão judicial não pode ser uma teoria do uso correto deste ou daquele método hermenêutico, mas deve ser uma teoria valorativamente neutra com relação aos métodos hermenêuticos, já que parece epistemologicamente impossível, de antemão, fixar correção, verdade ou eficácia deste ou daquele método hermenêutico (JORGE NETO, 2019, p. 133).

Apesar de não poder ser uma norma imperativa de interpretação, a hermenêutica fornece caminhos adequados ao desenvolvimento do direito praticado nos tribunais, de forma que se possa ter mais controle sobre as razões de decidir postas nos pronunciamentos judiciais decisórios.

Deste modo, a hermenêutica de Dworkin e a argumentação de Alexy, apesar de distintas, podem contribuir, de fato, para uma racionalização da decisão judicial de forma a possibilitar, por consequência, uma maior influência das partes no processo, até porque, quando se esclarece os motivos decisórios, estes são postos as claras, premiando, por sua vez, os preceitos fundamentais do processo.

Tais métodos se contrastam com aqueles que, a despeito de pregar uma rigidez do ordenamento jurídico, autorizam a livre discricionariedade do julgador quando este estiver diante de casos difíceis, como a teoria pura do direito de Kelsen.

### **3.3 A decisão judicial como ato de vontade do julgador e a falta de integridade e coerência**

Kelsen, de igual forma a Dworkin e Alexy, influenciou e, ainda hoje, influencia diretamente o modo de se aplicar o direito. A ênfase que se dará a seu trabalho é com relação à interpretação, mais especificadamente, o Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito.

Por primeiro, cabe expressar que, para Kelsen (2009, p. 387), a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

A interpretação que cria o direito, de fato, seria, para Kelsen, apenas aquela representava pelo que os tribunais (órgãos competentes) decidiam, ou seja, interpretando, de forma que, as interpretações dos demais setores da sociedade não teriam força de, efetivamente, cunhar o direito.

A única interpretação autêntica, pois, para Kelsen (2009, p. 394-395) é a realizada pelo órgão aplicador do direito, apenas esta designa o direito, e, por consequência, toda e qualquer outra interpretação, não poderia ser autêntica. Quando um indivíduo observa uma norma que regula seu modo de vida, haverá de escolher uma conduta dentre as diversas possibilidades, não sendo, por não ser uma interpretação autêntica, uma criação do direito, não se tendo a vinculação do órgão que irá aplicar o direito, podendo ocorrer consequências a este indivíduo por ter se baseado em uma conduta incorreta (KELSEN, 2009, p. 395).

Kelsen, ao contrário do que Dworkin pregou, diz não haver uma resposta certa às questões postas diante do Estado-juíz, mas, sim, diversas possibilidades que se designariam como corretas. Disto decorrem o conceito de moldura do direito e a decisão como ato de vontade.

Em casos em que não se poderia verificar a única resposta correta, para se controlar a decisão judicial, haveria de se conceder certo grau de discricionariedade ao intérprete para que, a partir de conceitos alheios ao direito, decidisse. Nas palavras de Kelsen:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a

sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).

Segundo Streck (2017b, p. 38), em Kelsen, a interpretação como ato de vontade produziria, da aplicação, as normas. Para Kelsen, a abertura à discricionariedade e subjetivismo do intérprete, por intermédio da moldura da norma, é um desvio impossível de se corrigir.

De forma que o intérprete não se perdesse por estes conceitos não concernentes ao direito, a moldura do direito de Kelsen, funcionaria como uma contensão, ou barreira de possibilidades que, desde que se mantivesse dentro desta, poderia o intérprete escolher.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Sendo, para Kelsen (2009, p. 393), o juiz um criador do direito, sua função seria relativamente livre e, por tal razão, é que a aplicação da lei para a obtenção de uma norma individual no processo é, dentro da moldura proposta, “uma função voluntária”. A decisão judicial, pois, seria um ato de vontade do magistrado.

Santos (2016, p. 116), ressalva que, Kelsen, apesar da austeridade voltada à busca da cientificidade do direito de forma objetiva, em sua Teoria Pura do Direito, afirmava que a decisão é um ato de vontade, reservando um espaço para a discricionariedade judicial, a partir da cognição do intérprete em uma relação sujeito-objeto. Disto, resulta o positivismo normativista de Kelsen, uma vez que as normas seriam produzidas por este ato de vontade dos que aplicam o direito nos órgãos jurídicos competentes (SANTOS, 2016, p. 117).

A discricionariedade é um traço marcante da teoria de Kelsen, dado que, rejeitando uma solução correta, ao magistrado caberia, de acordo com a sua consciência sobre o que seja o direito, resolver o conflito. Isto fica claro nas palavras de Kelsen ao descrever que:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre

e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizado aproximadamente (KELSEN, 2009, p. 396).

Kelsen, apesar do que possa parecer, não é o maior representante do positivismo exegético. Como expressa Santos (2016, p. 119), há, no senso comum jurídico, uma ideia de que Kelsen é o grande autor que prega o juiz boca da lei, o que se demonstra errôneo. Sobre isto, Streck complementa:

Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou, diante da sua inexorabilidade, o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Nunca foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei” (STRECK, 2017b, p. 39).

Ao contrário do positivismo exegético, de uma interpretação objetiva do texto da lei, Kelsen abraça a discricionariedade, a relação sujeito-objetivo, aquela de faz com que o intérprete imponha que pensa no caso concreto. Faz necessária, ainda, a seguinte citação da obra de Kelsen:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente (KELSEN, 2009, p. 390-391).

Se não há uma única solução que se possa dizer como a correta, há, de acordo com as convenções pessoais e íntimos pensamentos do magistrado, a possibilidade de este instituir a solução de acordo com sua consciência. Ao se permitir a discricionariedade como padrão, rejeita-se, por consequência, a primazia por segurança jurídica e previsibilidade por parte dos jurisdicionados.

Isto vai contra a uma necessária objetivação do direito, pois é inegável que haverá casos com diferentes possibilidades de decisão, entretanto, estas devem ser tomadas por meio argumentos racionais, não por apelos emocionais, retórica, ou mesmo da força (RODRIGUES, 2010, 91-92).

Com a falta de implementação adequada dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados na Constituição Federal, como se expôs no primeiro

capítulo, há, para além da devida solução a ser aplicada pelo judiciário, que exerce uma função de controle dos atos administrativos e de implementador de direitos, uma crença de que todas as questões devam ser postas ao Poder Judiciário.

O ingresso perante o Estado-juiz, para ver um direito satisfeito, é, de fato, uma importante via para os direitos que não são devidamente praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da judicialização das políticas públicas. Contudo, há de se verificar também o fenômeno da aposta no protagonismo judiciário, em um exercício ativista, para que se tenha a implementação de direitos.

Tal aposta neste protagonismo do Poder Judiciário, evidencia o problema da discricionariedade judicial, pois, em resquício ao pensamento de Kelsen, na decisão como ato de vontade, poderia o magistrado, dentre as várias possibilidades de decisão, escolher uma, de acordo com sua consciência, e a esta não é o direito. Citando as palavras de Streck (2017a, p. 24), “[...] *o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja*”.

A decisão como um ato de vontade se mostra fortemente presente no imaginário jurídico, sendo expresso em decisões judiciais até em tempos atuais, como no exemplo abaixo, oriundo de uma decisão sobre embargos de declaração, proferida em junho de 2019.

Ora, não configura omissão o Juízo não rebater todos os fundamentos expendidos pelas partes ou deixar de analisar individualmente todos os elementos probatórios dos autos, pois a sentença é um ato de vontade do Juiz, como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o Juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio "causa de pedir/pedido" inexistente omissão (BRASIL, 2019).

Mas qual seria, de fato, o problema com a decisão como ato de vontade, a crença no judiciário paladino da Justiça, na filosofia da consciência ou na relação sujeito-objeto? O mais latente, é o abandono da democracia processual.

Fazendo-se um paralelo com as instituições que demandam um Estado Democrático, para Dahl (2001, p. 99), a democracia de grande escala exige

funcionário eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação das mais diversificadas; autonomia para as associações; e cidadania inclusiva.

Trazendo-se para o processo, é possível tirar a lição de que a concentração de poder em um único sujeito, ou seja, na figura do juiz, é antidemocrática. Isto se dá, pois, com o protagonismo judicial, reduz-se a participação das partes e a possibilidade de controle por parte da sociedade, dado que, a decisão que se funda na consciência do magistrado não se funda no direito, apesar de, em alguns casos, estes convergirem.

Um exemplo desta postura pode ser verificado no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889/AL, julgado em 03/04/2001 (apud STRECK, 2017a, p. 24), no qual expressou:

*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins d Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.*

Esta postura talvez seja o maior exemplo de protagonismo judicial que se quer combater, pela sua aversão à democracia. O julgador é elevado a figura daquele que diz o que é o direito, sem que se tenha a participação da comunidade jurídica neste processo.

A resolução de conflitos por posturas ativistas dos magistrados também gera outros problemas, também de índole antidemocrática, como o direito lotérico. Esta expressão se justifica em razão de que, o direito a ser prestado, muitas vezes, depende de quem irá julgar, gerando insegurança jurídica e a prestação deficiente do direito.

Desta forma, a decisão como ato de vontade, proposta por Kelsen, não se mostra adequada ao processo constitucional e democrático. Mostram-se, mais promissoras, os ideais de Dworkin e Alexy.

Com Dworkin e seu método hermenêutico, assegura-se um respeito ao passado, pela coerência, e uma possibilidade de abertura ao futuro e aos novos anseios advindos das mudanças da sociedade, por intermédio da integridade. Há o controle e a primazia pela pacificação social e a segurança jurídica, uma vez que, o julgador, como um romancista em cadeia, deverá acrescentar um novo capítulo na história do direito, em consonância com o que as instituições definem como sendo o direito.

Em Alexy e seu método de argumentação racional, apesar de certa abertura à discricionariedade, seu método de resolução de colisão de princípios proporciona a possibilidade de controle das decisões judiciais, desde que, logicamente, seja corretamente aplicada.

Não se está a defender um apanhado de teorias para estabelecer o que seja democracia processual, entretanto, o estudo destas teorias se mostra valioso para estabelecer parâmetros de controle dos atos dos julgadores. Nisto, mostra-se a chave para a democracia processual, mecanismos de controle.

Se a imposição do poder jurisdicional sem controle, com a consciência do magistrado sendo o guia das decisões judiciais que modificam a sociedade, seja a antítese do processo democrático e com a participação de todas as partes da relação processual, o seu antídoto está nestes mecanismos de controle do que o magistrado possa fazer.

O estudo para o desenvolvimento destas ferramentas se mostra, deste modo, de grande importância para a democracia processual e para o estabelecimento do processo constitucionalmente adequado. Os institutos que devem ser ressaltados são, por consequência, aqueles que proporcione a cooperação processual, a vedação de atos surpresa e abusivos, parâmetros para as decisões judiciais fundamentadas e instrumentos de elevação de patamar da autonomia da vontade das partes.

#### **4 O COMPROMISSO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO**

A constitucionalização do processo é um movimento que pode se perceber em diversas Constituições do pós-guerra, com a inclusão textual de dispositivos de natureza processual, podendo-se destacar o devido processo legal e os seus mandamentos decorrentes, como o da ampla defesa e do contraditório.

Streck (2017b, p. 117) posiciona que pela força normativa da Constituição, antes mesmo do período pós-guerra, sempre se teve uma concentrada relação entre a justiça constitucional na proteção dos direitos fundamentais e sociais prevista na Lei Maior, verificando-se isto, inclusive, pelo papel dirigente e compromissório das Cartas. Tal afirmação se constata pela análise de decisões dos Tribunais Constitucionais e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (STRECK, 2017b, p. 117).

Este movimento caracteriza-se, também, por reconhecer o status de direitos fundamentais aos preceitos processuais, conhecendo, igualmente, de sua importância para o desenvolvimento da sociedade, na pacificação social e na persecução de justiça.

Na conceituação de Dinamarco (2020, p. 259), “*direito processual constitucional* é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”. Ainda segundo Dinamarco (2013, p. 26), a ideia síntese se consubstancia na preocupação com os valores constitucionalmente consagrados, mais notadamente a liberdade e a igualdade, que são, afinal, manifestações de algo dotado de mais espectro: o valor justiça.

Já Rodrigues e Lamy (2019, p. 202), prelecionam que se pode dizer, “[...] de forma ampla, que o processo é o meio pelo qual são garantidos os valores individuais, coletivos e difusos que a ordem constitucional vigente abarca”.

O processo, inserindo-se dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode ser visto como uma matéria isolada do direito, devendo-se respeitar os

preceitos constitucionais e, além disto, dos próprios dispositivos normativos processuais contidos no texto da Lei Maior de 1988.

Canotilho (2003, p. 965-966) aborda a temática, com vistas ao direito português, separando os conceitos de direito processual constitucional e direito constitucional processual. O direito processual constitucional tratar-se-ia do conjunto de normas positivadas na Constituição e outras fontes, que se destinam a regular os procedimentos juridicamente classificados como questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional português (CANOTILHO, 2003, p. 965). Já o direito constitucional teria como escopo os “princípios e regras de natureza processual positivadas na Constituição e materialmente constitutivos do *status activus processualis* no ordenamento constitucional português (CANOTILHO, 2003, p. 966).

Canotilho (2003, p. 967) ainda expressa que o paradigma constitucional da Lei Maior portuguesa obriga a se estudar o processo em sua conformidade com as normas constitucionais, e não apenas de acordo com os códigos processuais ordinários, vinculando a um paradigma constitucional de processo.

Neste trabalho serão utilizadas as expressões direito constitucional processual e direito processual constitucional como sinônimas, sem se fazer a distinção apontada pelo autor português, até pelo motivo de que, na doutrina nacional, estas expressões abarcam tanto os procedimentos no Supremo Tribunal Federal, como nos demais tribunais e procedimentos.

Com relação à constitucionalização do direito processual civil no Brasil, como expõe Sica (2011, p. 21), esta é mais recente do que em outros países, tão recente que à época da entrada em vigência do Código de Processo Civil de 1973 não existia quase nenhum rastro de garantias processuais que hoje estão presentes na Constituição Federal de 1988. Citado como exemplo, o direito a ampla defesa, que foi introduzido em 1969 no texto constitucionais, era destinado aos acusados no processo penal, restringindo-se a este e, para que se pudesse aplicar no processo, era preciso realizar uma difícil argumentação com base na inafastabilidade da jurisdição e no devido processo legal inerente à ela (SICA, 2011, p. 21).

Em promoção desta vertente, o legislador deixou bem claro que pelo artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, “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).

Destaca-se que deste artigo 1º do Código de Processo Civil, pode-se verificar o compromisso do direito processual constitucional civil, com vistas a tutelar os princípios constitucionais fundamentais do processo e a dar máxima efetividade da efetivação dos direitos fundamentais da Constituição.

Nisto, faz-se oportuna a citação de algumas definições, com algumas diferenças, mas que se complementam, do direito processual constitucional, iniciando-se pelas palavras de Dinamarco, Badaró e Lopes:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucional do processo toma o nome de *direito processual constitucional*. Não se trata de um ramo autônomo do direito processual mas de uma colocação científica, ou de um suporte metodológico e sistemático a partir do qual se pode examinar o processo e suas relações com os grandes valores políticos, sociais, econômicos, culturais e humanos de uma nação. O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e de outro (b), a jurisdição constitucional (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 128).

Já no que disserta Didier Jr. (2020, p. 57-58), a constitucionalização do direito processual pode ser vista por duas dimensões, sendo que a primeira se dá pela incorporação de normas processuais nos textos constitucionais, inclusive de forma a estabelecer o patamar de direitos fundamentais e, de outro lado, os institutos processuais passam a ser examinados pela doutrina como normas de efetivação das disposições constitucionais. Já na obra sobre as instituições de direito processual de Dinamarco, sobre o direito processual constitucional, este expressa:

Em resumo: a) o direito processual constitucional é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) as relações entre a Constituição e o processo operam em dois sentidos: a Constituição cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema

processual servindo de instrumento de atuação dos preceitos contidos na Constituição (DINAMARCO, 2020, p. 262).

Didier Jr. e Dinamarco, em sua obra solo, destacam o caráter constitucional do processo civil, enquanto o trecho citado da obra de Dinamarco, Badaró e Lopes trata da teoria geral do processo, entretanto, optou-se por citar ambos, uma vez que são complementares na possibilidade de se explicar o compromisso do novo Código com o processo constitucional.

Tratando-se do artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, Didier Jr. (2020, p. 58), do ponto de vista normativo, este artigo reproduz uma obviedade, mas, apesar disto, é uma disposição pedagógica e oportuna, que alerta para a imperiosidade de se aplicar as normas processuais civis de acordo com as normas constitucionais, ainda mais se tratando do caso brasileiro e seu vasto sistema de normas processuais. Nas exatas palavras de Didier Jr. (2020, p. 59), “ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição”.

Neves (2019, p. 19-20) também reconhece esta obviedade, mas exclama que por vezes é preciso dizer o óbvio expressamente, para aqueles que manuseiam o direito possam ver a obviedade e aceitá-la. Deste modo, o Código de Processo Civil deverá ser interpretado de forma a prevalecer os preceitos da Constituição Federal, com otimização das normas fundamentais do texto constitucional (NEVES, 2019, p. 20).

Câmara (2016, p. 7), por sua vez, denomina o processo civil brasileiro a partir do modelo da Constituição da República de modelo constitucional de processo civil, expressão esta que designa os princípios disciplinadores do processo no Brasil, começando pelo devido processo legal, sendo composto, igualmente, pelos princípios da isonomia, juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, contraditório, motivações das decisões judiciais e razoável duração do processo.

Analisando-se primeiramente a tutela dos direitos processuais pela via da positivação destes no texto constitucional, a Constituição Federal de 1988, seguindo as outras Cartas do segundo pós-guerra, implementou os direitos processuais como mandamentos fundamentais ao Estado. Para citar os principais exemplos explícitos,

a Constituição prescreve em seu texto o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), do promotor e juiz natural e vedação ao tribunal de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII e LIII), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI), acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (XXXV e LXXIV), razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) e fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX).

A intenção do legislador de se ter um processo civil de acordo com a Constituição, é tão clara que o primeiro capítulo inteiro do Código de Processo Civil se destina a disciplinar, de forma não exaustiva, as normas fundamentais do processo civil, em seus artigos 1º ao 12.

Há de se destacar, também, o aspecto da jurisdição constitucional do direito processual constitucional. Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 128) explicitam que a jurisdição constitucional consiste em um arsenal de mecanismos e remédios que têm por objetivo a proteção de bens fundamentais ao sistema democrático, como o controle de constitucionalidade e a jurisdição das liberdades, concebida pelo habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

É que de nada adianta proclamar direitos sem que se possibilite o seu exercício por intermédio de meios hábeis para tanto. No que prescreve Dinamarco (2013, p. 30), os mecanismos e institutos que integram a jurisdição constitucional detêm relação direta com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade e também ao reconhecimento de que a lei, estatutos e contratam, só terão legitimidade na medida em que guardarem relação com a Constituição, sendo necessário, inclusive, assegurar pela predisposição de formas adequadas de fazer valer a supremacia da Constituição.

Rodrigues e Lamy (2019, p. 200) com relação a jurisdição constitucional, adicionam ao expressar que no que tange ao agregado de instrumentos processuais incluídos no texto constitucional para efetivar os direitos que nele constam, é imperioso salientar que haverá de se ter ferramentas adequadas, efetivas e céleres para a prática da jurisdição, de maneira a fazer valer a Constituição sobre as demais normas estatais.

A democratização do processo civil, com o aumento da importância das partes, com o conseqüente nivelamento com a figura do juiz e o afastamento com a figura do protagonismo judicial, constitui a prática necessária para que se dê mais efetividade ao processo civil constitucional.

As disposições processuais constitucionais, bem como aquelas do Código de Processo Civil, determinam direitos, deveres e limites a todos da relação processual, inclusive ao juiz. Repita-se, a positivação de limites ao julgador é uma clara forma de democratizar as relações processuais e coibir abusos, uma vez que o poder ilimitado é um convite ao autoritarismo.

A constitucionalização do processo exige, de outra face, que este seja o instrumento em que se possa concretizar as normas fundamentais de caráter material, que estão positivados no texto da Lei Maior. O processo não pode mais ser visto como um ramo separado e imune ao dever de construção de uma sociedade mais justa, ainda mais se tratando de um país extremamente desigual como o Brasil. Sobre este fator de integralização do processo constitucional, Leonardo expõe:

Altera-se, portanto, a concepção tradicional, fundada no positivismo, de que a função do juiz seria interpretar a vontade da lei, para uma missão de assegurar e efetivar os direitos e garantias previstos na *Paramount Law*, em consonância com seus princípios, de maneira que o intérprete passa a ter papel ativo na construção do direito, complementando a atividade do legislador, na medida em que traz valores constitucionais para a exegese da norma (LEONARDO, 2013, p. 20).

Derivado do Constitucionalismo Contemporâneo, pode-se falar igualmente em neoprocessualismo, como sendo a vertente que exprime esta relação necessária entre o direito constitucional e o direito processual civil.

Cambi (2018, p. 296-297) preleciona que entre os direitos a ações positivas do Estado estão abarcados o direito à organização e procedimentos, instando-se nisto que, não basta para o Estado Democrático Constitucional que se tenha meios, apenas, mas haverá de se ter instrumentos que realizem com máxima efetividade os direitos fundamentais, de forma a reduzir a distância entre normatividade e efetividade, vinculando, de maneira simultânea, os legisladores e os juízes.

Não há de se esperar a rígida separação entre direito material e direito processual, dado que, até direitos formais devem ser limitados por dados materiais, podendo-se afirmar que existem fundos substanciais nas normas processuais (CAMBI, 2018, p. 299). Desta forma, para Cambi (2018, p. 299), evitar-se-ia a “[...] a compreensão de que o direito processual é uma ciência rigorosamente formal, abstrata, com fórmulas puras e regras vazias, destituídas de conteúdo e neutras quanto a valores”.

Uma maior separação defendida entre o processo e o direito material é aquela defendida pelos procedimentalistas, e que se mostra um problema em países como o Brasil, de modernidade tardia, em que os direitos fundamentais e sociais ainda estão postos de forma deficiente. É como considerar o processo apenas como instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra, sendo que, esta essa neutralidade é, na realidade, uma faceta de posturas conservadoras (DINAMARCO, 2013, p. 39). Esquece-se, contudo, que o juiz é membro da sociedade e participa dos problemas que a envolvem, não sendo possível que este seja indiferente socialmente, necessitando estar atento aos resultados socioeconômicos e políticos que sua decisão pode produzir (DINAMARDO, 2013, p. 40-41).

Streck (2017b, p. 120) defende que parece ser muito pouco a destinação do Poder Judiciário apenas para “*zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião política e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental*”.

Como exposto nos primeiros capítulos, a busca dos direitos fundamentais-sociais, diante do Poder Judiciário, ainda não implementados, em decorrência da ineficiência dos demais Poderes, não é, por si mesmo, uma dificuldade à democracia processual. Pelo contrário, é legítima a atuação do Estado-juiz na judicialização da política, se confrontada com a lógica da jurisdição constitucional. O que se defende, contudo, é que há de se respeitar padrões e limites, não sendo estes a consciência moral do julgador. Em complemento, cita-se a lição de Streck:

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda

evidência – e não há como escapar desta discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão, que implica uma maior judicialização da política e não na discricionariedade judicial, já que esta última sempre deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas. A judicialização da política não é um problema em si. O maior problema diz respeito aos critérios utilizados pelo Judiciário para julgar aquilo que foi judicializado (STRECK, 2017b, p. 119).

Com relação a interpretação dos dispositivos processuais constitucionais, com a finalidade de se dar maior efetividade às normas constitucionais, faz-se necessário também expor sobre a Crítica Hermenêutica do Direito.

A Crítica Hermenêutica do Direito surgiu como um movimento doutrinário diferenciado daqueles já contemplados pelo Direito até o final da década de oitenta, tendo como finalidade a superação do pensamento metafísico presente no imaginário jurídico contemporâneo, mediante o reconhecimento da constitucionalização do Direito, dando mais efetividade às normas constitucionais (SANTOS, 2016, p. 27).

Com o fim de romper com o modelo objetificante, a Crítica Hermenêutica do Direito procura descobrir questões nebulosas que ainda não conseguiam ser tratar de forma satisfatória pela dogmática jurídica, como o conceito de direito influenciado pelo positivismo jurídico (MORAIS, 2018, p. 186). Dado o primeiro passo, reconhecendo-se que o Direito não é pronto e acabado, o desafio posto à Crítica Hermenêutica do Direito é outro, diz respeito às exigências de interpretação, combatendo a discricionariedade (MORAIS, 2018, p. 187).

Neste caminho, Streck (2017a, p. 63) tece sua Crítica Hermenêutica, expondo que “a tarefa do direito é a de construir condições para diminuir e/ou eliminar os espaços de discricionariedade judicial”. Expõe o autor ainda que sob o pretexto da busca de superação do positivismo vetusto, algumas correntes correm o risco de incentivarem uma busca dos valores, confundindo, muitas vezes, o combate ao positivismo exegético com as novas formas de positivismo, como o normativista, resultando numa troca de uma metodologia por outra (STRECK, 2017a, p. 88).

Nesta finalidade, o processo surge como forma de combate ao protagonismo judicial, dado seu dever de ser pautado por direitos e suas disposições terem o sentido de limite, de controle (STRECK, 2015, p. 36).

O Código de Processo Civil de 2015, com este viés, traz inovações na persecução de um processo civil constitucional, tanto na persecução da execução dos direitos materiais contidos na Carta como no encaixe à justiça equitativa e de acordo com a ordem jurídica, coibindo-se abusos e arbitrariedades contra os jurisdicionados. A cooperação processual e a vedação às decisões surpresas são as primeiras inovações que se irá tratar.

#### **4.1 A cooperação processual e a vedação às decisões surpresas**

A democracia processual, com vistas ao processo constitucionalmente adequado, exige que todos os protagonistas tenham direitos e deveres concernentes à boa-fé processual. O processo não pode mais ser visto como uma arena de combate, com as partes se digladiando e o julgador apenas decidindo quem sairá com a vitória.

Neste caminho, Leonardo (2013, p. 186) ensina que o processo civil não há de ser vislumbrado como meio contendas egoístas e individuais, mas, sim, como valioso utensílio de pacificação social. O protagonismo exacerbado de um dos sujeitos processuais, no caso do juiz, ou o processo com fim de discussão acirrada pelas partes, deixa de ser o foco principal, sendo estes atos contrários ao caráter instrumental do processo para se buscar a efetivação do direito material.

Didier Jr. (2020, p. 160) explicita que o processo deixa de ser conduzido exclusivamente pela vontade das partes, não havendo, igualmente, uma condução inquisitorial pelo órgão jurisdicional em uma posição assimétrica em relação às partes. Procura-se, deste modo, um processo com condução cooperativa, sem destaques a nenhuma das partes (DIDIER JR., 2020, p. 160).

Neste propósito, o legislador foi expresso ao proclamar, por meio do artigo 6º do Código de Processo Civil, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar

entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Para o estudo do princípio da cooperação processual, como uma inovação do Código de Processo Civil no combate ao protagonismo do julgador, há de se verificar, também, a adesão deste princípio pelas partes, de forma a se reconhecer a força deste dever na prestação de uma melhor atividade jurisdicional.

A cooperação será abordada de forma a se compreender toda conduta que seja abarcada com a boa-fé e lealdade processuais. Sobre a lealdade, Buzaid (1987) expressa: “como o étimo da palavra indica a toda evidência, consiste em pautar os atos em correspondência com a lei”.

Já a boa-fé que se aborda é aquela de conceituação ampla, de modo a envolver toda conduta que se mostra abarcada pelos limites legais, ou seja, atenta-se contra a boa-fé todos aqueles atos que desrespeitam a ordem jurídica. Complementa-se, novamente, com as palavras de Buzaid (1987), ao ditar que a “boa fé é a consciência de que a parte está usando o processo sem intenção de descumprir a lei. [...]”. Em razão disto, faz-se necessária tecer considerações sobre estes institutos interligados.

A discriminação dos deveres das partes e dos seus procuradores visa a definir-lhes o comportamento no processo não apenas em obediência a razões éticas, que por si sós seriam suficientes para justificar a sua incorporação no Código, mas por motivos estritamente jurídicos, a fim de adequar a conduta das partes à dignidade do instrumento de que se servem para obter a administração da justiça (BUZOID, 1987).

Segundo Leonardo (2013, p. 53), “[...] considera-se conduta desleal aquela abusiva, violadora dos deveres de cooperação ou despojada de boa-fé objetiva (independentemente do estado anímico do agente)”. Verifica-se, pois, que as partes têm de ter um comportamento probó defronte o Estado-juiz.

A cooperação e colaboração podem ser utilizadas como expressões sinônimas, como preleciona Leonardo (2016, p. 49), podendo-se dar à concepção de lealdade processual uma conceituação dilatada para abranger, ao mesmo tempo, proibição do abuso dos direitos processuais e observância dos deveres de cooperação e boa-fé processual.

Poder-se-ia argumentar que por tratar-se de um princípio que se insere dentro da boa-fé processual, a cooperação estaria implícita neste e sua disposição textual no artigo 6º do Código de Processo Civil seria desnecessária. Convém, entretanto, afastar este argumento.

A positivação da cooperação processual advém como um avanço nas relações processuais, uma vez que na vigência do Código de 1973, era fortemente contestada, até mesmo negada, apesar de já existirem esforços para que este mandamento fosse respeitado. O legislador, ao colocar a cooperação entre as normas fundamentais do processo civil brasileiro, diz expressamente que, não somente este princípio tem valor, como é regente e de grande importância nas relações processuais, de forma a não mais se considerar como normal o comportamento abusivo das partes ou do magistrado. Em complemento, Nery Junior e Nery prelecionam:

[...] A cooperação, a rigor, estaria inserida na regra de boa-fé, mas a sua explicitação neste artigo é muito importante, tendo em vista que as partes podem tender a certo individualismo quando da sua participação nos atos processuais, conduzindo-se de forma a privilegiar a sua versão dos fatos em detrimento da versão da outra parte – o que é autorizado pela famosa máxima de que o processo civil não privilegiaria a *verdade real*, ao contrário do que ocorre no processo penal. Com a explicitação da observância do dever de cooperação no CPC, ainda que não se pretenda chegar à verdade real no processo civil, as partes, mesmo assim, não podem privilegiar o seu interesse em desfavor da atividade estatal judiciária (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Desta ligação direta com a lealdade e boa-fé processual, pode-se levantar outra questão importante acerca do princípio da cooperação, mais notadamente, entre as partes, é a de que, esta se trata de um ônus ou um dever processual? A distinção é imperiosa e, porquanto serem dispositivos que aparentam ser sinônimos, não o são.

Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 390) conceituam ônus como o “encargo de assumir determinada conduta comissiva ou omissiva, conforme o caso, como condição para obter certa vantagem ou para não suportar certa desvantagem”. Acrescentam, ainda, os citados autores, que é vedado se exigir o cumprimento de um ônus por quem quer que seja, sendo que seu descumprimento não acarreta um ilícito, uma vez que não prejudica a ninguém, somente o sujeito que não cumpre o encargo (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 390).

Neste mesmo sentido, Buzaid (1987) já expressava, em relação ao ônus que, “pela ausência do ato só o litigante é atingido, podendo beneficiar-se o adversário; ocorrendo, todavia, o descumprimento de obrigação legal, nasce para a outra parte o direito de haver ressarcimento do dano que lhe foi causado”.

Já os deveres se consubstanciam nas “exigências de condutas comissivas ou omissivas de interesse do adversário ou do próprio Estado-juiz no exercício da jurisdição” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 391).

Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 392) discorrem que os deveres processuais impostos às partes são poucos, havendo-se de ser instituídos, normalmente, em defesa do interesse público no correto exercício da jurisdição, no qual, existindo o descumprimento, aplica-se uma determinada sanção. A lealdade, por exemplo, é um dever expresso, disposto no artigo 5º do Código de Processo Civil, que dita: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (BRASIL, 2015).

Determinadas as naturezas, conclui-se que a cooperação processual é um dever, e não ônus, em razão de que, intimamente ligado à boa-fé processual e a lealdade, o seu descumprimento gera um dano à outra parte e ao próprio andamento eficiente da atividade jurisdicional.

A conduta contrária à cooperação processual é de tal forma danosa que sua repelência é positivamente expressada no diploma processual civil, culminando penas àqueles que litigarem de má-fé, pelos artigos 79, 80 e 81, e aos que praticarem atos atentatórios à dignidade da justiça, dispostos nos artigos 77, 78 e 774.

Nery Junior e Nery são enfáticos ao designar a cooperação processual não como ônus, mas como um dever. Nas palavras dos referidos autores:

Não é ônus, mas dever de probidade e lealdade processual, que deve ser observado pelas partes e seus procuradores. Caso a parte ou seu procurador descumpra o dever de probidade, fica sujeita à sanção repressiva do CPC 79 a 81, independentemente do resultado da demanda. O termo “parte” deve ser entendido em seu sentido lato, significando todo aquele que participa do processo, incluindo-se o assistente, o oponente, o litisdenuciado, o chamado ao processo (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Ademais, a cooperação processual pode prescrever, em alguns casos, determinações que se não cumpridas, podem gerar um efeito negativo à parte que não os praticou, o que leva a pensar neste princípio como um ônus. Mas tal constatação não é verdadeira.

Leonardo (2013, p. 78-79) ensina que o dever de cooperação pode configurar, em alguns casos, os chamados deveres semiplenos, que são deveres incompletos em que seu descumprimento, apesar de não configurar um ilícito, tem a capacidade de acarretar uma consequência jurídica desfavorável, o que o aproximaria de um ônus, sem, contudo, sê-lo de fato, dado que há a possibilidade de manejar regras para impor um ônus, com o objetivo de estimular a cooperação, sem, contudo, tirar a essência de dever. Ao mesmo passo, o dever de cooperação não perde sua natureza e se transmuta em obrigação pelo seu descumprimento ter uma consequência danosa, uma vez que o dano surge do próprio comportamento não cooperativo da parte, que deste modo, gera a obrigação de indenizar (LEONARDO, 2013, p. 79).

O princípio da cooperação processual pode ser visto sob a perspectiva do dever de colaboração entre as partes e o juiz, e também o dever de colaboração entre as próprias partes. Aborda-se, primeiramente, esta última perspectiva, pois é a mais polêmica.

A despeito da cooperação focada na conduta do juiz ser mais aproximada ao tema deste trabalho, a cooperação entre as partes também se mostra um mecanismo de propagação do processual civil democrático, vez que lhes concedem maior poder no caminho que tomará o rumo do processo até a decisão final de mérito. Contudo, há críticas ao dever de cooperar entre as partes, que devem necessariamente serem abordadas.

As críticas dirigidas à cooperação entre as partes se concentram em definir esta como o antagonismo do processo litigioso. Isso se daria em razão de estarem postos, diante do Estado-juiz, direitos avessos, incompatíveis, muitas vezes, de se ter a colaboração das partes para se chegar a um resultado de mérito mais justo.

Tesheiner e Thamay (2020), neste seguimento, preceituam que a despeito de ser inquestionável que as partes devem cooperar com o magistrado, de forma a

otimizar a condução do processo, quanto se trata das partes, a cooperação é qualidade incompatível com a lide. Os autores também demonstram preocupação que apesar de seu nobre propósito, a cooperação seja aplicada somente no campo teórico, ficando fora da prática forense, uma vez que a lide ultrapassa a seara processual e está atrelada a direitos materiais de pretensão resistidas, ou seja, de interesses contrapostos e que, no sistema brasileiro, dificilmente o princípio poderá ser tratado como um dever entre as partes litigantes (TESHEINER; THAMAY, 2020).

Neves (2019, p. 30) também discorre que negar a característica de um jogo ao processo é fechar os olhos à realidade forense. Na jurisdição contenciosa, colocam-se interesses opostos, em que as partes, muitas vezes, se encontram com ânimos exaltados e, desta animosidade, não se terá a atividade cooperativa pela busca da verdade ou justiça, que interessa apenas a um dos litigantes (NEVES, 2019, p. 30).

Tais críticas se baseiam na impossibilidade que se tenha a conduta das partes guiadas somente pela busca da justiça, dispensando-se as suas pretensões. O advogado haveria de trabalhar, e a parte agir, da forma que mais lhe aprouverem para defender seus objetivos dentro do processo. O artigo 6º não se presta a prescrever este tipo de conduta, como descreve Neves (2019, p. 34): “[...] interpretar o dispositivo legal como previsão que exige uma cooperação entre si, outorgando-lhes um dever que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utopia e tornará o dispositivo morto”.

Deste modo, nem todos os atos das partes seriam aptos a violar a cooperação processual, como, por exemplo, nas teses jurídicas apresentadas que apesar de serem completamente diversas, esta heterogeneidade contribui para o avanço do próprio direito, com o processo discurso. Ao entendimento disto, são convenientes as palavras de Buzaid (1987): “A boa fé concerne às alegações dos fatos e não às controvérsias sobre o direito, a cujo respeito podem surgir opiniões diversas e até diametralmente opostas. Por isso afirma conhecido brocardo que *error iuris nan inducit mala fides*”.

As proposições das partes não podem ser obstadas de desenvolverem adequadamente a conservação de seus interesses por uma espécie de censura

imperial em nome maior da justiça e da verdade, há de se ter entretons quando se falar da cooperação processual, como profere Leonardo:

A boa-fé processual não obriga que as partes desistam das suas demandas legítimas, apenas impõe um comportamento ético e probo na defesa de seus interesses. A cooperação no processo não implica em negar o seu caráter dialético, pois este dever não significa crer ingênua ou autoritariamente que as partes terão, em qualquer hipótese, uma conduta altruísta, refletida nos altaneiros escopos processuais, ainda que em detrimento de seus interesses e garantias. A cooperação tem graduações, a serem estabelecidas em conformidade com as particularidades da relação jurídica processual, muitas vezes com a ponderação do direito material em debate (LEONARDO, 2013, p. 185).

Apesar deste anteparo das aspirações processuais das partes, a democracia, na sociedade e no processo, reclamaria limites, e estes se ligam diretamente à lealdade, à vedação da prática de atos torpes, ao respeito à boa-fé e aos direitos alheios, vedando-se abusos. Seria disto que se trataria o princípio da cooperação processual, inclusive dentro do âmbito das partes.

[...] É certo que a qualquer pessoa, nos casos e forma legais, é lícito postular perante os tribunais, como também compete ao réu defender-se na ação que lhe é proposta, não se sabendo antes do trânsito em julgado da sentença qual dos litigantes tem razão. A legislação não cerceia o uso da ação judicial ou exercício dos meios de defesa. Condena, isso sim, a manipulação da mentira com arma processual tendente a afastar a verdade e deformar a vontade judicial. De conformidade com o princípio dispositivo, que domina o processo civil, cabe às partes atuar livremente no processo, propondo a ação com que ele se inicia, oferecendo o réu a resposta ao pedido, produzindo, ambas, as provas com que pretendem formar o convencimento judicial e recorrendo da decisão que lhe for adversa [...] (BUZAID, 1987).

Defende-se, ainda, a precisão de avanço nestas concepções concernentes às partes, pois, se não lhes seria negada a possibilidade de articular a proteção da pretensão em juízo, também não se poderia descartar a ocorrência de casos em que o magistrado, no interesse da verdade, imponha o dever da parte exercitar alguma ação que lhe desfavorecerá e, seu descumprimento por este, acarretará, necessariamente, uma penalidade. Abordando-se esta ideia, Leonardo disserta:

Ponderadas tais construções, é necessário evoluir. Ainda que o conceito encontre resistências (muitas até justificáveis), ousa-se quebrar paradigmas para afirmar categoricamente a existência de um dever de cooperação entre as partes. Ora, afirmar que uma parte não

pode ser obrigada a colaborar com a outra, mas somente para com o juiz e, concomitantemente, admitir que tal colaboração possa vir de encontro aos interesses da própria parte e, ainda, que o magistrado pode utilizar dos frutos desta colaboração em detrimento dela, é questão de mera semântica. O resultado prático é o mesmo, pouco importando se a colaboração foi prestada ao juízo (beneficando o adversário) ou à parte contrária (auxiliando o juízo) (LEONARDO, 2013, p. 82).

Pode-se elencar como exemplo deste dever de cooperar, a determinação de se juntar aos autos prova documental que se encontra somente em poder do réu, não havendo nenhuma outra possibilidade se acessar tal informação. É um claro arquétipo da supressão parcial do direito da parte em prol da resolução justa da causa. E caso a parte detentora do documento deliberadamente se negue a cooperar, haverá de arcar com uma repreensão, de acordo com a legislação. Novamente, cita-se as lições de Leonardo sobre o tema:

Todavia, também não se pode ignorar que em algumas hipóteses é possível que condutas indesejadas sejam reclamadas dos titulares de posições jurídicas. O próprio direito material encontra diversas situações em que o titular de um direito sucumbe diante de um interesse maior, tal qual se verifica com a possibilidade de perda da propriedade que não atenda à sua função social; também é possível anular um contrato que não se amolde à mesma finalidade ou mesmo que afronte a cláusula geral da boa-fé objetiva. Na seara contratual, é possível impor deveres laterais de conduta, tais como o dever de informação, de cooperação etc., que prescindem de previsão legislativa ou contratual. No âmbito do processo também é possível que fenômeno semelhante ocorra (LEONARDO, 2013, p. 84).

De lado oposto, há a defesa de que, em nome do princípio da cooperação processual, não se poderia impor sanções à parte que deixou de apresentar documento substancial ao processo e, além disto, a cooperação nem ao mesmo se trataria de um princípio.

Zufelato (2019, p. 83) defende que, entre as partes, não existe um dever de cooperar, em sentido estrito, para uma decisão de mérito justa e, o que se teria, na verdade, são os regulamentos éticos da lealdade processual ao exercitar as faculdades processuais. Nas palavras do citado autor: “Exigir mais do que isso delas é transformar o processo, que é um contexto de contenda e litígio, numa instituição moralizante que poderá inclusive inviabilizar o exercício pleno das garantias processuais” (ZUFELATO, 2019, p. 83).

A possibilidade de punição, determinada pelo magistrado, para a parte que trouxe elementos por aqueles considerados indispensáveis, na visão de Zufelato (2019, p. 84), seria um absurdo, em razão de implicar na moralização do direito. Zufelato (2019, p. 85) critica o caráter de princípio em relação à cooperação, uma vez que este seria destituído de densidade jurídica própria e seus deveres se ligam, em essência, à boa-fé processual.

Deste modo, nos que tange ao princípio da cooperação processual, aplicado ao comportamento das partes entre si, é forçoso rematar com algumas considerações. Primeiramente, não se pode reclamar a tola fantasia das partes contribuindo entre si, sem se preocuparem com os resultados processuais advindos dessas condutas. Não é sobre isto que deve tratar o artigo 6º do Código de Processo Civil.

As partes devem depreender o comportamento adequadamente leal para com a outra, dentro dos limites que são proclamados pela ordem jurídica processual, de forma a não implementar abusos nas defesas de suas aspirações.

Apesar destes preceitos se ligarem diretamente ao dever de boa-fé processual, não retira o status de princípio da cooperação processual, uma vez que uma norma jurídica derivada de outra não lhe retira o caráter jurídico de dever ser, ou seja, a posição deontica. Neste contexto, cita-se as palavras de Didier Jr.:

Os princípios da primazia da decisão de mérito, da boa-fé processual do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro (DIDIER JR., 2020, p. 160).

De outro lado, para se ter alguma mitigação parcial das faculdades processuais das partes como possível, para que se determine que a parte contribua para o processo, mesmo contra a sua cobiça processual, haverá de se verificar grande parcimônia. Está-se a falar de possível punição àquele que não praticar um ato contra o seu interesse. Há a clara possibilidade de arbítrio a ser praticado pelo julgador. Daí, reforça-se que a este devem ser impostos limites para que não se saia do âmbito democrático pretendido pela cooperação.

Disto, já se começa a discorrer sobre o princípio da cooperação processual no âmbito das partes para com o magistrado, e deste para com aqueles, e sua contribuição para a democracia processual.

A cooperação processual, a despeito de ser imposta a todos que fazem parte da relação jurídico-processual, manifesta-se de maneiras diversas em relação a cada sujeito. Ao juiz, o dever de cooperação processual se manifesta em razão de seus deveres naturais advindos de todas as garantias processuais e não destacadamente da lealdade e boa-fé, como acontece na relação entre partes. Expondo esta dicotomia, Leonardo descreve:

Frise-se que o dever de cooperação que se impõe a todos os sujeitos do processo é uno, mas dele decorrem aplicações diferentes em relação aos diferentes protagonistas do processo, justamente em razão das diferenças existentes entre as funções destes sujeitos no processo. Não há dicotomia na cooperação: as aplicações e desdobramentos divergem na medida em que divergentes são suas funções dos sujeitos na relação jurídico-processual (LEONARDO, 2013, p. 97).

A cooperação processual entre julgador e partes se liga diretamente ao princípio da cooperação, pois, como disserta Leonardo (2013, p. 50), a participação dos interessados, especificamente no processo, é assegurada pela garantia do contraditório, de forma que a participação no processo legitima decisões jurisdicionais.

Há uma grande mudança na perspectiva com relação à cooperação, que perpassa pela forma de manifestação do poder jurisdicional. Didier Jr. (2020, p. 158) defende que, no Brasil, o modelo adotado é o cooperativo. A doutrina tradicionalmente elenca dois tipos destes modelos: o adversarial e o inquisitorial.

O modelo adversarial se manifesta em um processo com alcunha de competição entre dois adversários, perante o órgão jurisdicional mais passivo, tendo por função principal decidir o caso (DIDIER JR., 2020, p. 156). Já o modelo inquisitorial se caracteriza por ter o órgão jurisdicional como o protagonista das atividades processuais (DIDIER JR., 2020, p. 156).

Didier Jr. (2020, p. 158) explica que o processo cooperativo é o mais adequado, uma vez que há bastante equilíbrio no direito processual brasileiro quanto a adoção de características daqueles dois modelos mais clássicos.

Com o modelo cooperativo de processo, este não mais há de ser regido unicamente pela vontade das partes, uma marca do processo liberal dispositivo, e não havendo, de mesma forma, uma condução inquisitorial pelo órgão jurisdicional em uma posição assimétrica em relação às partes (DIDIER JR., 2020, p. 160). Persegue-se, deste modo, um processo com direção cooperativa, não havendo destaques a nenhum dos sujeitos (DIDIER JR., 2020, p. 160). “*Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático*” (DIDIER JR., 2020, p. 162).

De mesma forma, Câmara (2016, p. 11-12), expõe que somente pela cooperação processual é que as decisões produzidas a partir da maneira integrada por todos no processo, em contraditório efetivo, atingirão o status de constitucionalmente legítimas e compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Câmara (2016, p. 11), também preceitua que diante do modelo constitucional de processo, haverá de ser um processo policêntrico, sem o protagonismo na figura do julgador, mas sim conduzido pelos sujeitos que integram a relação processual, juiz, partes, Ministério Público, havendo igual importância à todos na edificação do fruto da atividade processual.

Pelo que dispõe Didier Jr. (2020, p. 163), o juiz também tem o dever de lealdade conseqüente à boa-fé processual, havendo de zelar pelo contraditório e tendo alguns deveres em razão disto. O primeiro dever seria o de esclarecimento, em que por meio deste, deve o tribunal ilustrar as eventuais dúvidas no tocante às alegações das partes em conjunto com as estas, evitando-se decisões precipitadas e, ainda, consiste no dever de esclarecer as suas próprias decisões para os outros sujeitos (DIDIER JR., 2020, p. 163-164). Para Rodrigues e Scheleder (2014, p. 14): “O dever de esclarecimento também torna-se aparente quando há manifestação da partes no sentido de requerer esclarecimentos de pontos obscuros da manifestação judicial”.

Haveria também, para Didier Jr., (2020, p. 164-165) o dever de consulta, em que consiste na vedação da tomada de decisão sobre fato ou direito, mesmo que possa decidir de ofício, sem antes intimar as partes para se manifestarem, e o dever de prevenção, que incide de forma ampla, em todas as situações, no dever de acusar

defeitos nas pedidos das partes, para que, deste modo, possam corrigi-los. Didier Jr., (2020, p. 165), ainda explica que o dever de prevenção tem quatro áreas de aplicação, sendo estas: explicitação de pedidos que não são claros, lacunas na demonstração de fatos importantes, a imperiosidade de se adequar os pedidos à situação concreta e a alusão de certa atuação pela parte. Com o complemento de Rodrigues e Scheleder (2014, p. 15), é possível verificar que o “[...] juiz deve possibilitar o diálogo com as partes, antes de uma decisão *ex officio*, a fim de que estas possam influenciar o seu convencimento, efetivando-se, por conseguinte, a cooperação ativa e necessária de todos os atores do processo”.

Concernente a deveres inerentes à cooperação entre juiz e partes, Neves (2019, p. 33-34), de igual forma a Didier Jr., preleciona que, entendidos como verdadeiros deveres do juiz na condução processual, estão estas três vertentes: I) o dever de esclarecimento, solicitando-se às partes esclarecimentos sobre alegações e pedidos, evitando-se declarações de nulidade e a errônea interpretação de um ato praticado pela parte; II) dever de consultar as partes antes de proferir uma decisão; e III) dever de prevenir às partes quanto a ocasionais defeitos em seus atos, consentindo com correções, de forma a prestigiar a decisão de mérito, prevenindo-se declarações de nulidades.

Há, contudo, críticas também à colaboração processual, mesmo quando se fala da relação julgador-parte. Uma primeira crítica se faz é a de que a cooperação processual tem mais sentido conceitual do que na prática forense, visto que para se ter uma real efetividade deste preceito, haveria de se ter uma fase de transição, e não apenas positivamente no Código de 2015, como defende Bonicio:

Talvez essas novas regras a respeito da colaboração no processo exigissem uma fase de transição, ou até mesmo a adoção de um regime experimental, em que fosse estimulada a cooperação entre as partes durante certo período de tempo e em determinadas áreas do direito, como aquela que trata dos litígios que envolvem as relações familiares, para saber como as coisas funcionam na prática, ouvindo, em seguida, a opinião dos advogados, dos promotores e dos juízes que efetivamente atuaram em colaboração, quanto à viabilidade desse novo modelo ideológico de processo ser efetivamente implantado (e não apenas esboçado) no processo brasileiro (BONICIO, 2016).

Poder-se-ia argumentar, de igual forma, que o sistema colaborativo é eminentemente distante da realidade, que ainda se rege pelo protagonismo da figura do juiz na relação jurídico-processual, sendo negada para as partes ainda, muitas vezes, pelo julgador, a possibilidade influir na condução dos trabalhos. Bonicio, tecendo estas críticas, exara:

Assim, ao menos numa primeira leitura, o novo CPC parece apenas sugerir um novo regime processual de colaboração, mas sem atentar para a realidade do nosso sistema, que ainda é muito apegado a uma figura de juiz distante e, em algumas vezes, autoritário, que pouco diálogo propõe entre as partes e que – razoável supor – dificilmente aceitaria dialogar em posição de igualdade com elas de uma hora para outra (BONICIO, 2016).

Apesar de realmente ser possível vislumbrar o sistema processual colaborativo como uma ideia a ser totalmente implementada, ou ainda a figura do juiz autoritário e astro das atividades de condução processual, isto não invalida a inovação em prol da democracia processual advinda pela cooperação.

O protagonismo exacerbado, aliás, é o problema que se busca resolver pela elucidação de dispositivos normativos do Código de Processo Civil de 2015. Não há como negar os benefícios do processo colaborativo, pura e simplesmente, por se encontrar uma realidade diferente nos tribunais. Se a realidade é esta, a crítica à dogmática ultrapassada, de forma a se fixar o processo constitucionalmente adequado, se faz ainda mais necessária.

Pode-se também vislumbrar um uso inadequado do conceito de cooperação para, ao invés de se buscar a efetividade do processo, travá-lo, com o magistrado determinando a realização de atos inúteis e, algumas vezes, abusivos e indevidos.

Zufelato (2019, p. 87) tece críticas quanto a estes atos desnecessários praticados em nome da cooperação processual, pois, o juiz, ao determinar que as partes realizem o saneamento do processo, transfere de forma autoritária uma tarefa que lhe é sua. O mandamento de oitiva das partes não se daria em qualquer momento e, há de se as determinar em momentos oportunos, quando se tem uma inovação em relação aos fatos ou ao direito, trazida pelo julgador, em afinidade ao material apresentado pelas partes (ZUFELATO, 2019, p. 87). A recorrente prática forense de

se determinar a prática destes inúteis atos, constituiriam um atraso no processo, impactando na razoável duração do processo (ZUFELATO, 2019, p. 87).

Mas há atos de suma imperiosidade no processo constitucionalmente devido, sendo que o julgador não “proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (BRASIL, 2015) e 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). Trata-se dos mandamentos dispostos no artigo 9º e 10 do Código de Processo Civil, vedando-se a decisão-surpresa, em prestígio ao princípio do contraditório.

Dinamarco (2020, p. 298) demonstra que a vedação a decisões surpresas, disposta no artigo 10 do Código de Processo Civil, tem origem no artigo 16 do *nouveau code de procédure civile* francês, em que, em decorrência da riqueza desta disposição e de a doutrina já a edificar como um pilar do contraditório, inspirou-se o legislador a positivá-lo no Código de Processo Civil brasileiro, nos artigos 9º e 10.

Apesar de poder se vislumbrado como uma consequência lógica e basilar do princípio do contraditório, a positivação destas vedações como normas fundamentais do processo civil brasileiro, demonstra um grande avanço, seja pelo caráter pedagógico aos protagonistas do processo, seja pelo caráter eminentemente mandamental, ou seja, a vedação à decisão-surpresa, em preconização ao processo constitucional, é uma norma válida e que deve ser aplicada nas relações jurídicas.

O instituto contribui para a intensificação do processo dialógico, de forma a se retirar, em mais um momento, a figura protagonista do magistrado, não podendo este, decidir sobre ponto em que não se tenha dado a oportunidade às partes participarem do processo decisório, em verdadeiro processo cooperativo.

Dinamarco (2020, p. 297) depõe a participação do juiz no processo por meio do diálogo, uma vez que a moderna ciência do processo precisa de um julgador que possa conciliar as partes e, sem perder qualquer tipo de dignidade, chame as partes a se manifestarem, quando se tiver uma decisão calcada em matéria que possa conhecer de ofício. Dinamarco (2020, p. 298), ainda expressa que, “o juiz *mudo* tem

também algo de *juiz Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça”.

Cruz e Tucci (2018, p. 145), também diz que a moderna ótica da ciência processual não admite a surpresa aos litigantes, que decorra de decisão fundada em ponto jurídico fulcral, por eles não debatido. O autor ainda cita que o Tribunal, pela sua liberdade decorrente do aforismo *iura novit curia* não exonera a prévia manifestação das partes sobre a questão, em prestígio ao contraditório, isto sendo, ainda de maneira mais forte, nas questões que se referem a consequências de nova norma jurídica com o condão de alterar a *causa petendi* da demanda (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 145).

Em considerações ao § 1º do artigo 489, do Código de Processo Civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 462-463) ditam que o processo de individualização das normas aplicáveis está condicionado a um diálogo prévio entre julgador e as partes, com relação à seleção material que embasará a interpretação e aplicação do direito.

Para além da conceituação advinda do dispositivo legal, é possível conceituar a decisão-surpresa em *lato sensu* e *stricto sensu*. Zufelato (2019, p. 156-157) ensina que a decisão-surpresa *lato sensu* é aquela em que o juiz julga sem escutar previamente as partes, sem o requisito da urgência, não se oportunizando o exercício de participação-influência. Nesta, não há inovação na questão decidida, mas, sim, ausência de defesa, razão pela qual se denomina as decisões-surpresa de cerceamento de defesa nos Tribunais pátrios (ZUFELATO, 2019, p. 156-157).

Já as decisões-surpresa *stricto sensu*, seriam as decisões-surpresa autênticas, pois, em questões passíveis de atividade de inteligência *ex officio*, o julgador utiliza seus poderes para decidir pela primeira vez, questão de fato ou de direito, inovando em relação a estas questões (ZUFELATO, 2019, p. 157). Razão pela qual, Zufelato (2019, p. 170) é enfático ao expressa quer, a “correlação entre vedação à decisão-surpresa e fundamentação das decisões é direta e imediata: a decisão é surpresa porque emprega *fundamento surpresa* [...]”.

As decisões-surpresa constituem ataque direto ao preceito fundamental do contraditório, que, constitucionalmente estabelecido<sup>3</sup>, passou a ter sentido mais amplo com a Constituição de 1988, estendendo-se seu conceito a todo tipo de processo, inclusive o administrativo (ZUFELATO, 2019, p. 42). O contraditório é um meio de implementação da democracia processual, pois, por meio dele, se proclama o direito de se defender perante o Estado-juiz. Em comentário ao contraditório como proclamador do processo dialógico, Rodrigues e Lamy preceituam:

Trata-se de um contraditório material, substancial; um compromisso de atenção para com aquilo que está sendo dito, a fim de que a decisão ao final realmente seja a síntese daquilo que foi debatido e discutido durante todo o processo, não podendo haver, no processo civil, por exemplo, decisão a respeito de tema que não tenha sido debatido pelas partes (CPC de 2015, art. 10), ainda que se trate de matéria sobre a qual o juízo possa decidir de ofício (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 236).

Não há escolha ao magistrado, a aplicação dos dispositivos normativos relativos às normas fundamentais do processo não faz parte de uma esfera discricionária dos magistrados. Nas palavras de Dinamarco (2020, p. 293): “A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem *faculdades* no processo, senão deveres e poderes)”.

Ademais, a decisão surpresa nem ao mesmo poderia ser considerar uma decisão, em seu sentido técnico. Isto pela razão de que, não há como qualificar uma opinião do julgador como decisão, mesmo que de ordem pública, pois isto implicaria na desconsideração da dimensão participativa e democrática na confecção da decisão judicial, faltando, pois, a dialeticidade do procedimento em contraditório (ZUFELATO, 2019, p. 155). Neste mesmo sentido, Cruz e Tucci (2018, p. 145) dispõe: “Não é preciso salientar que, quando se consegue a participação no *iter* de formação de um

---

3 “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]” (BRASIL, 1988).

provimento decisório, daqueles que serão os seus destinatários, obtém-se evidente legitimação da tutela do direito litigioso”.

Faz-se necessário o explanação sobre a afirmação de Zufelato (2019, p. 155), dissertando que a vedação à decisão surpresa está, propriamente, na segunda parte do artigo 10 do Código de Processo Civil, ao ditar “*ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, deverá ouvir previamente as partes*”.

Tal afirmação se liga à dimensão do poder-dever do juiz no processo. Apesar de o magistrado ter o poder-dever de conhecer algumas matérias de ofício (como, por exemplo, a prescrição e a decadência<sup>4</sup>) prescindindo de provocação dos litigantes, ele não tem o poder-dever de julgar estas questões sem a oitiva prévia das partes. Em complemento, Zufelato expressa:

Isso significa que o juiz pode *conhecer de ofício a matéria, no sentido de independentemente de provocação das partes, mas não pode julgá-la*, mesmo sendo uma matéria de ordem pública, sem submetê-la ao contraditório prévio. Não há, portanto, qualquer impacto na teoria da decisão-surpresa no paradigma vigente no direito brasileiro em relação às matérias cognoscíveis de ofício. *Conhecer de ofício é bem distinto de julgar de ofício, e somente o segundo é vedado* (ZUFELATO, 2019, p. 156).

Comentando o parágrafo único do artigo 493, do Código de Processo Civil, Cruz e Tucci (2018, p. 144-155), demonstra que, neste dispositivo, se verifica o dever de consulta do juiz, em cooperação que impõe ao tribunal o dever de conceder às partes a chance de se manifestarem sobre qualquer questão, seja ela de fato ou de direito. Verifica-se, pois, uma aproximação da vedação à decisão-surpresa e a cooperação processual, uma vez que o dever de consulta do juiz se liga à colaboração que deve ter para com as partes.

---

4 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição [...] (BRASIL, 2015).

Como preceitua Zufelato (2019, p. 46), conforme as partes agem no processo, com suas alegações, meios de prova, de forma a comprovar a verdade dos fatos, debatendo sobre o direito aplicável, operam de maneira a colaborar com a melhor solução para a demanda. Como se destacará no tópico relativo à devida fundamentação das decisões judiciais, proclama o autor que: “A dimensão ética do contraditório é que garante a *participação* dos interessados em juízo como forma de legitimar a decisão judicial” (ZUFELATO, 2019, p. 54).

A vedação à decisão-surpresa há de ser um poderoso instrumento de garantir da participação efetiva dos litigantes no resultado do processo, e não apenas como espectadores que levaram suas pretensões ao Estado-juiz, como preconiza Zufelato:

É nesse contexto e nessa visão ampliada de poderes jurisdicionais que se insere o discurso do contraditório como medida impulsionadora dos atos processuais que garante a participação dos sujeitos processuais, ao mesmo tempo que age como racionalizadora da atuação jurisdicional, ou seja, um verdadeiro poder-dever (ZUFELATO, 2019, p. 56).

Continuando-se a referência à Zufelato (2019, p. 85), o autor atribui a regra da vedação às decisões surpresa, com a necessária contenção dos poderes do julgador, não à cooperação processual, mas, sim, ao o princípio do contraditório.

Há de se discordar, em parte, desta afirmação. Porquanto realmente seja a vedação às decisões-surpresa mais intimamente ligada ao princípio constitucional do contraditório, não se deve excluir a ligação, também existente, com a cooperação processual. O processo cooperativo demanda uma maior participação das partes em todo o decorrer do processo, o que traz a lume o prestígio ao processo democrático.

Deve-se destacar que apesar de haver um aparente conflito entre a vedação à decisão surpresa e a razoável duração do processo, este inexistente. Primeiramente, salienta-se que, no processo, haverá dilações devidas, próprias do processo dialético e da bilateralidade da audiência, inclusive em respeito ao contraditório, e há dilatações indevidas, que abarrancam o devido andamento processual, sua celeridade, e nada contribuem para a demanda. Acerca das dilações devidas e dilatações indevidas, Câmara preleciona:

[...] Vale destacar, porém, que se todos têm direito a um processo sem dilações *indevidas*, daí se extrai que ninguém tem direito a um processo sem as dilações *devidas*. Em outros termos, o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo [...] (CÂMARA, 2016, p. 8).

A disposição de tempo hábil e comunicação das partes para exercerem seus direitos, consubstanciam dilações devidas. Além disto, asseguram o processo constitucionalmente estabelecido, com respeito ao devido processo legal e, seu desrespeito, não só não contribuirá com a razoável duração do processo, como a prejudicará, uma vez que o número de recursos tende a crescer exponencialmente com as violações às garantias processuais. Novamente nas palavras de Câmara:

[...] Considerando que a dilação temporal da manifestação das partes constitui tempo útil e necessário, imprescindível para se evitar uma decisão autoritária e sujeita à nulidade processual, não se caracteriza como duração indevida, e as partes deverão suportar esse lapso – que em realidade praticamente nada interfere na duração total do processo (CÂMARA, 2016, p. 8).

É forçoso, deste modo, concluir pela falseabilidade do conflito entre princípios quando se trata da vedação às decisões-surpresa e a razoável duração do processo, não sendo este argumento um autorizador ao magistrado para que descumpra o preceito fundamental do contraditório, como se pode verificar, neste mesmo sentido, nas expressões de Zufelato:

Nesse sentido, seria um falso problema o suposto choque de princípios, uma vez que, se não se tratar de uma hipótese caracterizada pela urgência, que efetivamente impeça a oitiva prévia da parte interessada, o juiz não poderá pronunciar uma decisão-surpresa, ainda que sobre matéria cognoscível *ex officio* (ZUFELATO, 2019, p. 103-104).

Além disso, permanecendo-se nas considerações sobre a vedação à decisão-surpresa, cumpre exara a consequência jurídica para quando ocorre uma destas decisões. De início, verifica-se que a decisão com fundamento-surpresa constitui um vício de procedimento, e “[...] como se trata de uma de decisão sobre *error in procedendo*, não há de se mencionar se o conteúdo da decisão-surpresa é correto ou não, se é justa ou injusta a decisão. [...]” (ZUFELATO, 2019, p. 176). Não

há a necessidade, ainda, por consequência, de se demonstrar prejuízo em decorrência da decisão-surpresa, uma vez que isto a converteria em *error in iudicando*, atribuindo o indevido ônus de prova pela parte (ZUFELATO, 2019, p. 177). A consequência última e não possível de afastamento para a decisão-surpresa, é que a decisão seja declarada nula (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 132-133).

O último ponto a ser analisado, no que se trata à proibição de decisão-surpresa, é o seu entendimento pela magistratura e perante o aforismo *iura novit curia*. Este trabalho não poderia ser omissivo com relação a este ponto de vista, dado que, o tema principal é tratar das inovações do Código de Processo Civil na busca de um processo mais democrático.

A análise se dará por meio de críticas aos Enunciados aprovados no “Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil” (2015) realizado pela ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em específico, aos verbetes: “1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”; “3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”; e “6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”.

Iniciando-se pelo enunciado mais criticável, o Enunciado 3 praticamente ignora o artigo 10, em uma interpretação nociva ao direito processual constitucional. Sua premissa principal é estabelecer um juízo de certeza imutável, quase como se o julgador fosse um oráculo de sabedoria jurídica, ao qual as partes seriam impotentes em influir em sua mais absoluta certa. Uma premissa totalmente descabida em um Estado Democrático de Direito. Aplicar este enunciado é, por consequência, ignorar o contraditório.

Para Rangel (2019), este Enunciado 3 do ENFAM totalmente falacioso, uma vez que, não existem fundamentos insuscetíveis de influencia pela manifestação das partes, ainda que o magistrado esteja totalmente convencido, as partes podem trazer outros fundamentos, ainda não enfrentados pelo julgador, que podem o levar a

mudar de opinião; e, ainda, há a possibilidade as partes apresentarem precedentes que tenham a capacidade de afetar o rumo do julgamento.

Aceitar este Enunciado é como reconhecer a figura do juiz como a figura máxima de protagonismo da relação jurídico-processual, em total desacordo com o processo cooperativo. Em crítica (em tom irônico) a este Enunciado, Neves elucida:

[...] Chamo tal enunciado de “enunciado bola de cristal”, já que o juiz teria uma capacidade sensorial de saber de antemão o que as partes podem alegar, já antevendo a inutilidade de tal manifestação antes mesmo delas se materializarem no mundo real. É como dizer que o juiz não precisa ouvir as partes porque já formou o seu convencimento, desprezando o fato de que tal convencimento deve ser construído de forma colaborativa com as partes (NEVES, 2019, p. 46).

No tocante aos Enunciados 1 e 6, estes se ligam à possibilidade do julgador alterar o enquadramento jurídico apresentado pelas partes, sem que isto implicasse em violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, ligando-se, intimamente, com a máxima *iura novit curia*. Tais afirmações também são passíveis de críticas.

Rangel (2019) evidencia que o primeiro enunciado menospreza a relevância do diálogo e debate acerca dos fundamentos jurídicos da causa, compreendendo que, somente as questões de fato seriam merecedoras de debate prévio, o que estaria em desacordo com o processo civil brasileiro.

É importante salientar que a positivação da vedação à decisões-surpresa não aboliu o axioma *iura novit curia*. Não se impõe impedimento à requalificação jurídica ou legal dos fatos, o que se impõe é o dever de dar a oportunidade de as partes se manifestarem sobre esta nova qualificação.

Embora o *nomem iuris* e/ou fundamento legal porventura declinado pelo autor na petição inicial possa influenciar a convicção do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei ou mesmo em outra categoria jurídica (e.g. contrato de parceria para contrato de representação comercial), *desde que extraída a mesma consequência jurídica pretendida pelo autor*. [...] (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 127).

Cruz e Tucci (2018, p. 128-129) explica que, calcando-se no brocardo *mihi factum dabo tibi ius*, revela-se que a delimitação do *factum* e a individualização do *ius*, a atividades subordinadas à distintos sujeitos do processo, sendo a alegação e

comprovação do fato incumbência das partes e a aplicação do direito a encargo do julgador. Desde que baseado no mesmo cenário fático, nada obstará que o juiz altere o fundamento legal, ou mesmo o fundamento jurídico, advindos do fato ou fatos pronunciados pelos litigantes, tratando-se da requalificação jurídica, observando-se que se deve, sempre, preservar a integridade da pretensão cobijada pela parte (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 129).

Cruz e Tucci (2018, p. 132) também faz a ressalva de que, tratando-se de situações em que as modificações da qualificação jurídica dos fatos altere, por consequência, o regime jurídico aplicável ao caso concreto, não se estaria defronte a simples requalificação jurídica, mas, sim, de diversa imputação ou tipificação jurídica advinda do fatos do caso, podendo acarretar prejuízos aos direitos materiais das partes. Nestes casos, Cruz e Tucci (2018, p. 133) enuncia que há de se propiciar às partes o direito à manifestação, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil, para se evitar a decisão com fundamento-surpresa. Ainda conclui o autor: “E isso porque a iniciativa judicial que comporta requalificação jurídica dos fatos deduzidos deve compatibilizar-se com as garantias processuais das partes, de modo a assegurar a imparcialidade do juiz e a plenitude do direito ao contraditório” (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 133).

Como expõe o autor citado acima, a consequência jurídica da requalificação poderá ensejar prejuízos aos litigantes. Entretanto, em prestígio ao contraditório e ao processo cooperativo, dever-se-á intimar as partes em qualquer hipótese de requalificação jurídica ou legal, justificando-se esta postura mais conservadora para que se tenha um respeito maior à democracia processual. A este respeito, faz-se oportuna as apreciações de Rangel:

De início, é importante deixar claro que a vedação à decisão surpresa, em hipótese alguma retirou a ideia de iura novit curia de nosso ordenamento jurídico. Em verdade, a previsão expressa que o juiz não poderá decidir com base em fundamento não apresentado às partes, tão somente reforçou a concepção de que sempre que o fizer, deverá o magistrado oportunizar às partes a possibilidade de se manifestar e influir na qualificação jurídica dos fatos por ele adotada (RANGEL, 2019).

O enunciado 6, igualmente, também é não é adequado. Rangel (2019) designa esta inadequação à confusão entre fundamentos jurídicos e os fatos narrados

pelas partes, uma vez que a surpresa advém do seu enquadramento jurídico, e não da existência de fatos novos, sendo que, a mudança de enquadramento poderá trazer prejuízo às partes. Este posicionamento do autor se amolda à perspectiva mais democrática defendida neste trabalho, uma vez que preconiza a conhecimento às partes de qualquer mudança que pretenda ser feita pelo julgador.

De igual forma questionável, o Enunciado 04 expressa que “na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”. É, novamente, um caso de exclusão do princípio do contraditório, por crença unilateral do juiz, que o tema se trata de nulidade absoluta. Como dispõe Neves (2019, p. 46) “[...] é curioso porque escolhe, aparentemente ao acaso, um vício que gera nulidade absoluta para prescrever que em relação a ele não é preciso respeitar o princípio do contraditório.” (NEVES, 2019, p. 46).

Relacionando-se com a matéria fática, o Enunciado 05 da ENFAM prega que: “Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório”. Em outro viés, mais uma vez, retira-se as partes do processo de interpretação dos fatos postos perante o Estado-juiz. Como articula Zufelato (2019, p. 193),

[...] O Enunciado 5 ao dizer que ase a fundamentação decisória invocar elementos de fatos documentados nos autos, não há decisão surpresa; há que se ter cuidado com essa ideia, pois não basta a documentação, é preciso que as partes tenham podido se expressar acerca do *sentido jurídico atribuído àqueles fatos*: fatos documentados não são fatos que dispensam interpretação (ZUFELATO, 2019, p. 193).

Constata-se que estes Enunciados aparentam ter mais a finalidade de retirara a responsabilidade dos magistrados pela correta aplicação do dispositivo normativo contido no artigo 10 do Código de Processo Civil, do que contribuir com a sua melhor interpretação.

Neves (2019, p. 46-47) expressa que os enunciados 01, 05 e 06 da ENFAM parecem pretender, com grande afinco, revogar totalmente, o artigo 10 do Código de Processo Civil, sendo verdadeiro desserviço acadêmico e prático e, caso sejam realmente aplicados, contribuirão para um grande número de recursos especiais, dada sua violação a normas federais.

Espera-se que, diante a latente violação ao devido processo constitucional, mais precisamente ao processo cooperativo e ao contraditório, estes Enunciados não sejam aplicados. Esta preocupação se justifica pois, apesar de não terem qualquer força normativa, exercem influência sobre a atividade diária dos magistrados.

Concluindo-se este tópico, a cooperação processual demonstra a finalidade de se ter um processo cooperativo, retirando-se do juiz o protagonismo dos rumos tomados na relação processual, seja pelos deveres ineres às partes, de cooperarem entre estas, que decorre da lealdade e boa-fé processual, seja pelo dever de cooperação dos litigantes com o magistrado e deste para com aqueles, uma vez que, neste caso, amparando-se pelo contraditório constitucional, não há de dispensar o conhecimento ou informação às partes, para qualquer decisão que irá tomar o julgador.

De igual modo, a vedação às decisões-surpresa, decorrente principalmente do princípio do contraditório, mas sem poder se desprezar a influência da cooperação processual, valida e reforça o compromisso com o processo constitucionalmente adequado. Ao proibir a decisão com fundamento surpresa, sem a oitiva e concessão de oportunidade para influir naquela, ratifica o processo democrático, pois, a democracia não coaduna com a tirania da decisão solitária do julgador.

Uma das formas de prestigiar o devido processo constitucional e democrático, se dá pela emancipação do autorregramento da vontade das partes no processo. Está-se a falar dos negócios jurídicos processuais, e é deles que se passa a dissertar.

#### **4.2 Negócios processuais e o respeito ao autorregramento da vontade no processo**

A faceta democrática do Código de Processo Civil se faz presente, igualmente, pelo apreço ao autorregramento da vontade, de forma que ao consagrar expressamente o negócio jurídico processual, em diversas modalidades típicas, como também a cláusula aberta ao negócio atípico, faz com que se proporcione maior poder

aos jurisdicionados na busca dos direitos materiais que pretendem perante o Estado-juiz.

Como expressa Nogueira (2020, p. 259), a feição do Estado Democrático brasileiro, consolidando-se por meio da Constituição Federal, criou um ambiente favorável ao aumento das modalidades de estruturação do processo por intermédio da participação das partes. Por conta de se admitir que os sujeitos do processo possam realizar negócios jurídicos atinentes ao instrumento utilizado para tutelar os interesses postos no processo, reconhece-se um devido espaço de participação a aqueles e, por consequência, democratizando o processo, tudo dentro das finalidades da cooperação processual, sem desconsiderar o caráter publicístico do processo e a autonomia da ciência processual civil (NOGUEIRA, 2020, p. 259-260).

De forma que o escopo do presente trabalho é o de demonstrar os dispositivos normativos do Código de Processo Civil que influenciam na democratização da relação processual, não se irá, sobre o negócio jurídico processual, expor todas as suas minúcias, mas, sim, como este instituto contribui para a redução do protagonismo judicial exasperado e aumento da participação das partes, pela consagração de suas vontades, de maneira a preconizar um processo mais cooperativo.

Primeiramente, em relação ao conceito, o negócio jurídico processual, este se afigura como o acordo de vontades que surte efeitos processuais, podendo-se, pelo autorregramento da vontade, regular-se o procedimento dentro do que se estabelece na ordem jurídica. Conceituando-se o negócio processual, Chiovenda já prescrevia:

Dos mais discutidos é o conceito de negócio jurídico processual, pois verifica-se atos das partes que uns consideram como negócios jurídicos processuais, outros como provas ou alegações (juramento, confissão). Atos processuais, no entanto, ocorrem, a que indubitavelmente se pode reconhecer o caráter de negócios jurídicos, visto que o efeito, que produzem, se relaciona imediatamente, por lei, com a vontade das partes. Tais, em geral, as declarações de vontade unilaterais, admitas pela lei no processo com o fim de constituir, modificar, extinguir direitos processuais (renúncias, aceitação da sentença ...). [...] (CHIOVENDA, 2000, p. 25).

Chiovenda destaca os negócios produzidos pela declaração unilateral, o que apesar da época de produção da obra do autor italiano, se demonstrava um conceito que não era aceito no Brasil, pois, até o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, muitos autores defendiam a inexistência de negócios jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstram Dinamarco, Badaró e Lopes:

Sustentou-se até recentemente que não haveriam *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não poderiam ser determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam. Os atos processuais são voluntários mas apenas no sentido de que sua realização depende da vontade; o sujeito limita-se a escolher entre praticar e não praticar o ato, não lhe deixando a lei margem alguma de liberdade para a escolha dos efeitos deste. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, porém, essa posição passou a ser posta sob ressalva porque o Código abre caminho para entendimento entre as partes mediante certos atos praticados não só com a vontade de praticá-los mas também com a intenção de estabelecer novas situações concretas por elas próprias construídas, como se dá nos *acordos sobre mudanças no procedimento e convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes* [...] (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 395).

Com a nova ótica de indiscutível possibilidade de realização de negócios processuais no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, Didier Jr. (2020, p. 479), conceitua o negócio processual como sendo “[...] o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.

Inserindo-se dentro dos fatos jurídicos, o negócio processual tem como base a autorização legal para que os jurisdicionados modifiquem o procedimento, de forma que entenderem que se irá dar mais efetividade à prestação do direito material pretendido, o que fica notório na conceituação de Nogueira:

[...] fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais (NOGUEIRA, 2020, p. 175)

Com relação às especificidades dos negócios processuais, estes, no processo civil, podem ser os típicos, sendo aqueles que tem a forma prescrita na lei,

e os atípicos, autorizados por cláusula geral presente no artigo 190 do Código de Processo Civil.

Podem ainda, os negócios processuais, serem separados em unilaterais, que se perfazem com apenas uma manifestação de vontade, como por exemplo a desistência e a renúncia; bilaterais, que se realizam com a manifestação de duas vontades; ou mesmo plurilaterais, com a vontade de mais de dois sujeitos processuais, situação que ocorre, por exemplo, quando há a participação do juiz, como acontece na organização do calendário processual, organização compartilhada do processo, redução convencional dos prazos processuais, etc. (DIDIER, JR., 2020, p. 480-481). Aos bilaterais, pode-se dividi-los em contratos processuais, quando tratam de direitos contrapostos (exemplo, transação), e acordos processuais, quando atingem um objetivo comum (exemplo, pacto de suspensão do procedimento) (NOGUEIRA, 2020, p. 203).

Apesar de, normalmente, os sujeitos dos negócios praticados no curso do procedimento, serem os mesmos que fazem parte do processo, nada impede que terceiros estranhos ao processo realizem negócios processuais, como, por exemplo, o arrematante que, no processo de execução, não sendo, via de regra, parte, ao oferecer um lance para adquirir em hasta pública o bem penhorado, está praticando verdadeiro negócio jurídico processual unilateral de oferta (NOGUEIRA, 2020, p. 197).

Há negócios processuais que dependem da homologação judicial e negócios processuais que prescindem da manifestação homologatória do juiz, bem como, podem ser tratados, nos negócios processuais, questões que tocam no objeto litigioso do processo, ou relativo ao próprio processo (DIDIER JR., 2020, p. 480-482).

O corolário da inovação ocorrida no processo civil brasileiro, no campo dos negócios jurídicos processuais, se dá pela adição do artigo 190, pois, como se expressa nas palavras de Nogueira (2020, p. 263) “[...] conferiu-se faculdades às partes e aos sujeitos em geral de disciplinarem, por meio de convenção, de maneira ampla, o próprio processo”. De forma a estudar o instituto, faz-se necessária a citação dos exatos termos do referido artigo 190 do Código de Processo Civil:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular

mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. [...] (BRASIL, 2015).

A redação do caput do artigo 190 fala em direitos que admitam a autocomposição, e, por isto, pode-se convencionar sobre direitos indisponíveis, uma vez que esta não implica, necessariamente naquela. Nas palavras de Câmara (2016, p. 124) “[...] apenas naqueles casos em que seja possível a realização de negócios jurídicos de disposição sobre o direito material é que se poderá, também, celebrar negócios processuais”. As partes podem, por exemplo, convencionar a inadmissibilidade de um meio de prova, independentemente do poder do juiz de determinar de ofício as provas que entender necessárias, havendo este de respeitar a convenção (CÂMARA, 2016, p. 125).

O artigo 190, com a descrição da possibilidade de negócios processuais atípicos, expande esta preciosa ferramenta. Faz-se elevar consigo, outros princípios fundamentais do processo, como a cooperação processual processo, vedação às decisões surpresa, contraditório e ampla defesa, igualmente na construção de uma motivação eficaz das decisões, dado que preconiza a democracia processual pelo aumento da inter-relação entre partes e entre partes e magistrado, como demonstra Nogueira:

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático (NOGUEIRA, 2020, p. 266).

Deve-se demonstrar, pois, com alguns exemplos, como o negócio jurídico processual pode, realmente, ser um utensílio a serviço da democracia processual. Iniciando-se neste objetivo, expressa-se que, o acordo entre as partes vincula o juiz, não cabendo à estas, no entanto, suprimir suas prerrogativas (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 243). O julgador não poderá vetar, em contrapartida, pura e simplesmente, o negócio processual, tendo apenas o poder-dever de fiscalizar e controlar este, de maneira a impedir convenções nulas e abusivas (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 243). É o caráter de assegurar a democracia no processo, agora, a cabo do juiz. Explica-se.

Pelo parágrafo único do referido artigo 190, o juiz, de ofício ou mediante requerimento, deverá controlar a validade das convenções, negando aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015). É que apesar de se ter um importante reconhecimento da autonomia da vontade nos negócios processuais, estes não são irrestritos. Não se pode, sob a alcunha de prestigiar a efetivação do bem material, suprimir os devidos atos processuais que devam ser praticados, como descrevem Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

[...] É por essa razão que, além de controlar de ofício a validade dos acordos processuais nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em caso de manifesta vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único), tem o juiz de controlar a validade dos acordos à luz do direito fundamental ao processo justo – do contrário, *o processo estatal corre o risco de se converter em uma simples marionete de interesses quiçá inconfessáveis, transformando-se a Justiça Civil e a pretensão de justiça a ela inerentes em um pálido teatro em cujo palco representa-se tudo em detrimento de uma decisão justa fundada na verdade dos fatos* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 121).

A autonomia da vontade não torna o caráter público do processo em privado, uma vez que terá a presença do Estado-juiz na relação, representando a vontade pública, e, neste caso, assegurando a democracia processual, de modo a que uma parte, com maiores condições de acesso a justiça, não subjugue a outra que se demonstra manifestadamente vulnerável. Em relação a este aspecto, cita-se as palavras de Chiovenda:

[...] Que, designado a um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou, que o direito reconheça à *vontade* da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado. Pois, no processo, há sempre um elemento especial a considerar, e é a presença do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta; ora, é do interesse público, dominante em todo o processo, que a atividade do órgão do Estado seja certa e determinada em seus resultados, e tal interesse poderia estar comprometido se, em qualquer caso, se admitisse um defeito de vontade no negócio, ou o desaparecimento da causa deste, pudesse influir nos resultados da atividade pública a que o negócio deu origem (CHIOVENDA, 2000, p. 26).

O problema da paridade de armas, como um problema do acesso à justiça e a ordem jurídica justa, respinga, conseqüentemente, nos demais setores do processo, como nos negócios processuais. A vulnerabilidade que trata o artigo 190 é aquela que “[...] decorre de limitação pessoal involuntária de caráter permanente ou provisório, ensejada por fatos de saúde, de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional” (NEVES, 2019, p. 349).

A aplicação da vulnerabilidade não pode ser de aplicação automática, havendo-se uma necessária participação do magistrado em verificá-la, até porque o texto legal fala em “manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, 2015). Há de se aplicar, inclusive, a disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil, para que quando ocorrer a aparente vulnerabilidade, intimar as partes a se manifestarem. Dado que não se tem imperiosamente uma nulidade processual do negócio avençado, uma vez que, como expressa Neves (2019, p. 349) “[...] mesmo que improvável, tal acordo pode beneficiar a parte vulnerável, ou, no limite, não lhe trazer prejuízo”.

Uma ilustração de tal caso raro pode ser feita na realização hipotética de um contrato consumerista confeccionado entre uma parte com grande capacidade informacional e uma outra parte manifestadamente hipossuficiente neste aspecto, em que consta uma cláusula de não utilização da prova testemunhal em eventual processo. Constitui-se, posteriormente, a lide e nesta, mostra-se que justamente a prova testemunhal era a única capaz de provar o direito alegado da parte com maior capacidade informacional, e a parte notoriamente hipossuficiente manifesta sua concordância com o negócio processual. Neste caso, não há razão lógica de se anular este ato.

Partindo-se a explicação sobre a cláusula abusiva em contrato de adesão, a mesma lógica poderá ser aplicada. Há a necessidade, antes de se decretar a nulidade, do contraditório prévio, pois poderá haver a convalidação da referida cláusula. Como expõe Neves (2019, p. 349): “[...] havendo expressa reiteração dos termos do acordo em juízo, não será caso de anulação”.

Por certo, nas causas em que se verificar a manifesta vulnerabilidade, ou a inserção abusiva em contrato de adesão, e destas decorrerem o prejuízo processual, o magistrado deverá exercer o controle que prescreve o parágrafo único do artigo 190.

O Estado não pode, nestas situações, ser omissivo, razão pela qual, porquanto disserta Câmara (2016, p. 126), “[...] o negócio processual só é válido se celebrado *entre iguais*, assim entendidas as partes que tenham igualdade de forças”.

É possível se aplicar, em cotejo à isonomia, o parágrafo único do artigo 190 em situações de negócios processuais típicos, como por exemplo, na eleição de foro em que se verifica a manifesta vulnerabilidade de uma das partes, mesmo que não seja um requisito formal do artigo 63 do Código de Processo Civil (NEVES, 2019, p. 341).

Ao magistrado caberá verificar a validade dos negócios processuais, tendo de vedar negócios eivados de nulidade. “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”, como dita o Enunciado 403, FPPC (apud CÂMARA, 2016, p. 126), ou seja, os requisitos do artigo 104 do Código Civil<sup>5</sup> (NEVES, 2019, p. 346), e os negócios anuláveis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios processuais” (Enunciado 132, FPPC apud CÂMARA, 2016, p. 126), portanto, ao negócio jurídico processual, se aplica o artigo 166 do Código Civil<sup>6</sup> (NEVES, 2019, p. 347).

Neves (2019, p. 348) prevê uma aplicação ainda mais ampla deste poder-dever do juiz, de modo a se manifestar em toda situação abusiva do exercício do direito ao autorregramento da vontade, questionando, como exemplo, a razoabilidade da dilação acordada de prazo de apelação e contrarrazões de 6 meses. Para o citado autor, isto representaria uma clara violação ao princípio da boa-fé objetiva, esculpido no artigo 5º do Código de Processo Civil (NEVES, 2019, p. 348).

---

<sup>5</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

<sup>6</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (BRASIL, 2002).

Há de se citar, de igual modo, o negócio processual na fase de execução (ou cumprimento de sentença), em que a autonomia da vontade das partes se mostra mais latente (dentro dos limites legais), uma vez que é o direito que lhes cabe que está posto, tanto para o executado quando para o exequente.

Uma vez que a atividade executiva é permeada pela autonomia, tendo um viés mais privatista, que conjura para a favor do autorregramento da vontade das partes no decorrer dos atos da execução (DIDIER JR.; CABRAL, 2018). A lei confere aos sujeitos a possibilidade de modificar o processo executivo, de forma a se ter maior efetividade, possuindo o objetivo de, na maioria das vezes, reduzir o tempo de duração, colocando, de igual forma, uma maior previsibilidade ao tempo que irá durar a relação (DIDIER JR.; CABRAL, 2018).

As partes podem convencionar a vedação à determinadas medidas coercitivas, uma vez que a execução é calcada no interesse do credor, não havendo razão para não se concluir que pode, voluntariamente, estabelecer-se limites próprios ao processo de execução (DIDIER JR.; CABRAL, 2018). Isto se torna um garantidor muito importante na limitação do protagonismo judicial quando se trata do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

As partes podem evitar que seus documentos pessoais e cartões de crédito sejam indevidamente apreendidos. É que o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, tem como finalidade operacionalizar e amplificar as possibilidades de o julgador tornar possível a efetivação das decisões judiciais, ampliando suas ferramentas para além daquelas ordinárias prescritas no Código (CAMARGO; ANDREASSA, 2018, p. 77). Contudo, verifica-se um desvirtuamento deste preceito legal para, além de seus intentos coercitivos, torna-lo punitivo, o que se mostra mais um aspecto do protagonismo judicial acentuado.

Deste modo, a convenção das partes quanto a delimitação da utilização de medidas coercitivas atípicas se torna um poderoso aparelho de proteção contra o uso abusivo do inciso IV, do artigo 139, ao mesmo tempo que regulam o procedimento de acordo com que melhor lhe servem.

O inverso, no caso, também é verdadeiro. Há a possibilidade de as partes acordarem a utilização dos meios coercitivos atípicos que em regra se trata de meios subsidiários, como meios executivos principais (DIDIER JR.; CABRAL, 2018), de maneira a se procurar uma realização do mérito de forma mais efetiva.

Como este trabalho trata justamente de mecanismos de combate à discricionariedade judicial, há de se indagar se o juiz, quando decide, está praticando um ato que pode ser classificado como negócio processual e, por consequência, sendo uma manifestação do autorregramento da vontade?

Segundo Nogueira (2020, p. 243-244), algumas normas legitimam o julgador a escolher situações jurídicas que irão vincular as partes no procedimento e, até mesmo, o próprio órgão jurisdicional. Isto aconteceria, dentre outras hipóteses, quando o juiz fixa o prazo de citação da ação rescisória, de 15 a 30 dias, segundo a opção do relator ainda que, dentro de critérios, terá uma margem de discricionariedade; ou quando o julgador decide sobre liminar em tutela provisória cautelar, em que poderá escolher o meio as medidas mais adequadas à resguardar o direito (NOGUEIRA, 2020, p. 243-244). Nestes casos, no que diz Nogueira (2020, p. 244), constitui-se, além de um poder jurisdicional, um poder de autorregramento da vontade, significando que, em determinadas situações e categorias jurídicas, é outorgado ao juiz certas faculdades de escolha, proporcionando “autênticos *negócios jurídicos processuais judiciais*”.

Continuando-se no que prescreve Nogueira (2020, p. 251), o artigo 536, § 1º do Código de Processo Civil, e o exercício do poder geral de efetivação, constituiriam um espaço de discricionariedade judicial, sendo um campo livre para a escolha do magistrado sobre as situações jurídicas que advirão de seu ato. O autor preleciona que não há de se negar que em determinadas situações, o juiz é legitimamente autorizado a escolher uma entre ao menos duas opções admitidas, e, ademais, quando sua escolha repousar sobre circunstâncias jurídicas processuais, não se pode recusar a existência de negócios jurídico processuais, uma vez que estará presente o autorregramento da vontade (NOGUEIRA, 2020, p. 253).

As afirmações de Nogueira se relacionam com a decisão como ato de vontade, como se destacou no tópico reservado para Kelsen. O juiz, de acordo com

sua vontade, quando se apresentar uma situação em que se possibilite duas vias de decisão, poderá escolher, em um exercício de discricionariedade, e dentro de limites pré-estabelecidos. É, pois, a moldura do direito de Kelsen.

Denotar autorregramento da vontade para as decisões do magistrado, dando-lhe uma margem livre, constitui um convite às arbitrariedades que se verificam nas decisões conforme a consciência do juiz. É a relação sujeito-objeto, de imposição do que pensa o intérprete ao objeto, e, por consequência, uma determinação arbitrária.

A decisão do juiz, por estes motivos, não se mostra como uma manifestação de um negócio processual, pois não pode ser um ato de vontade, mas, sim, um ato de inteligência, de cognição, de argumentação, ou mesmo, nas palavras de Jorge Neto (2018, p. 313) “[...] um ato de conhecimento discursivamente alcançado [...]”.

Apesar de Nogueira (2020, p. 253-254) reconhecer a necessidade de motivação do meio escolhido pelo juiz, para que seja possível o controle de sua decisão e, de igual forma, para que o réu ou executado tenha a possibilidade de se defender, parece que a motivação teria mais o papel de justificar a escolha tomada pela vontade, pela livre consciência, do que expor caminho de inteligência desenvolvido que culminou, ao final, em uma resolução.

A medida determinada em sede de tutela provisória de urgência cautelar não é uma escolha pelo autorregramento da vontade do juiz, é uma decisão pautada na cognição, ainda que sumária. E por qual razão não pode ser de outra forma? Pelo motivo de que a decisão como ato de vontade envolve, necessariamente, elementos não jurídicos, e, por consequência, arbitrários.

As partes realizam negócios processuais na medida que entendem que estes auxiliam na realização dos seus interesses postos, ou que podem ser postos, perante o Estado-juiz. Já este não pode ser interessado na causa, não há vontade envolvida. O juiz atua em nome dos preceitos da ordem jurídica justa.

Se o julgador decide com base no direito e não com a sua vontade, e, por certo, determinadas situações se mostram mais complexas, o que legitima sua

atuação, sua dita atividade cognitiva? A resposta é a fundamentação, e, ainda mais especificadamente, a decisão judicial adequadamente construída. Aquela que atende ao devido processo legal constitucional, ao contraditório, ao processo cooperativo, que leva em consideração o autorregramento da vontade das partes. E se o juiz decide conforme a sua atividade de inteligência vinculada ao direito, não se pode admitir a decisão lotérica e contra isonômica. Padrões decisórios importam. E se tudo isto importa, importa também estudar estes elementos, os elementos essenciais da sentença.

#### **4.3 Os elementos essenciais da sentença e a necessária fundamentação das decisões**

A sentença, como ato que representa, ao menos na cognição de primeiro grau de jurisdição, a concessão ou denegação do direito pleiteado perante o Estado-juiz, mostra-se como um marco da atividade do julgador. É, conjuntamente com os demais pronunciamentos decisórios, a manifestação mais importante que profere em um processo<sup>7</sup>.

É devido o primeiro destacamento de que, a decisão constitui um ato complexo. Complexo, pois, é constituída de dimensões que levam o julgador a decidir. De modo a expressar estas dimensões, faz-se uso da obra de Taruffo, que discorre sobre as dimensões dialética, epistêmica, jurídica, lógica, axiológica e de senso comum, da decisão judicial.

---

<sup>7</sup> Em relação a história da sentença no processo civil, expõe-se que, nos ensinamentos de Chiovenda (2000, p. 37), verifica-se que o conceito romano de *sententia* tinha esta como o ato final do processo, de absolvição ou condenação, reconhecendo, deste modo, o reconhecimento ou a negativa do bem da vida pleiteado em juízo, diferentemente dos pronunciamentos necessários prolatados no curso do processo, as quais seriam as *interlocutiones*. Já por intermédio das palavras de Cruz e Tucci (2018, p. 33), verifica-se que, no direito romano, o juiz era vinculado ao resultado da prova, no processo formular, valendo a regra da livre convicção, e o julgador, no limite da fórmula, detinha certa discricionariedade para formar a *ratio decidendi*.

A dimensão dialética é evidenciada pelo contraditório, na medida em que se enfatiza a dialética das partes, e em que esta se perfaz com afirmações, respostas, ações e reações, réplicas e tréplicas, devidamente ordenadas pelo processo (TARUFFO, 2017, p. 102-103).

Pela dimensão epistêmica, tem-se o reconhecimento desta no momento em que se adota a finalidade processual de apuração da verdade dos fatos e que, por consequência, o juiz deverá decidir sobre a verdade ou falsidade dos enunciados que lhe foram descritos, devendo indicar, necessariamente, as razões que levaram a sua resolução (TARUFFO, 2017, p. 104-105).

Já a dimensão jurídica é, em essência, a dimensão hermenêutica, em sentido amplo, pois se concentra na escolha e na interpretação da norma que rege o caso, não se tratando, simplesmente, de narrar o direito, mas de justificar adequadamente a decisão, de maneira lógica e estruturada, demonstrando a razão pela qual se decidiu por aquela norma, com aqueles significados (TARUFFO, 2017, p. 106-107).

A decisão jurídica é fruto de um contexto estruturado de vários aspectos fáticos e jurídico acerca da controvérsia, e é neste contexto que se manifesta a dimensão lógica, sem a qual, a decisão seria apenas advinda de atos irracionais ou arbitrários (TARUFFO, 2017, p. 107). Nesta dimensão o juiz verifica, por meio de critérios racionalmente heurísticos para determinar uma veracidade das provas apresentadas e, em relação ao discurso, a decisão deve apresentar uma estrutura lógica fundamental, com a justifica interna derivada da correlação lógica das premissas de direito e de fato, ou as justificativas externas destas premissas, o argumento que justifica a premissa de direito e o argumento com o qual se fundamenta o tratamento dos fatos da causa (TARUFFO, 2017, p. 108).

Há, também, a dimensão axiológica, em que o julgador faz um juízo de valoração no decurso decisório, determinando, em termos de verdadeiro/falso, de algumas situações de fato, incluindo, igualmente, um enunciado avaliativo de acordo que o que se estabelece na norma (TARUFFO, 2017, p. 109).

A dimensão do senso comum se perfaz com a utilização de termos que se pode determinar, segundo Taruffo (2017, p. 111) lato sensu, de pertencente ao senso comum. São as expressões que não precisam ser provadas, por advirem da experiência do juiz, como, por exemplo, “fatos notórios” e “homem médio” (TARUFFO, 2017, p. 111). Apesar de onipresente e inevitável, a dimensão do senso comum apresenta o problema de que, o que se chama de máximas de experiências do julgador, na verdade podem constituir máximas desprovidas de qualquer justificativas, promovendo preconceitos ou provérbios, ao invés de genuíno conhecimento (TARUFFO, 2017, p. 112).

Por fim, algo que não integra as dimensões da decisão judicial é a dimensão retórica, uma vez que, o que se exige é uma fundamentação adequada e lógica do que foi decidido, sendo isto que importa. Uma decisão pode ter uma boa retórica e ser completamente falaciosa. Nas exatas palavras de Taruffo:

Por outro lado, qualquer tratamento retórico pode estar presente na narrativa com a qual o juiz enuncia e justifica a sua decisão. Conotações retóricas são frequentes na linguagem comum, que pode ser – segundo o estilo que emprega – mais ou menos enfática e sugestiva. Além disso, recorrer ao senso comum, como falamos acima, pode ter valor retórico como narrativa que soa “familiar” e pode parecer particularmente persuasiva. Todavia, isso não demonstra que a narrativa do juiz deva necessariamente ter uma essencial ou relevante dimensão teórica. Na realidade, o juiz não deve *persuadir* ninguém da bondade de sua decisão: não as partes, os seus advogados, não o magistrado de instâncias superiores e nem mesmo a opinião pública. Como já se disse mais de uma vez, o juiz tem a obrigação de *justificar* racionalmente sua decisão aduzindo as razões pelas quais essa deva ser considerada como verdadeira e juridicamente fundada, mas a justificativa não se reduz à persuasão retórica. Ao contrário, uma boa justificativa pode não ser – e não há necessidade de ser – retoricamente persuasiva. Tudo somado, a demonstração do teorema de Pitágoras não possui nada de retórico, mas o teorema vale porque é logicamente justificado (TARUFFO, 2017, p. 114).

Seguindo-se, a democracia processual passa, imperiosamente, pela sentença constitucionalmente adequada. Com relação à importância da sentença ao processo, Cruz e Tucci discorre:

A sentença, no ambiente jurídico das mais diferentes experiências jurídicas do passado, sempre foi considerada ato magno do processo, o ato jurisdicional por excelência, pelo qual o juiz emite o seu veredito,

decidindo o litígio até então pendente entre as partes e conseqüentemente ponto termo à fase de cognição, ao menos em primeiro grau de jurisdição (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 33).

As sentenças pronunciam a procedência de uma demanda postulada pelo autor, quando se remata pela existência do direito por ele atestado na peça inicial ou uma improcedência, nos casos avessos, sendo terminativas aquelas que não julgam o mérito e declaram a inadmissibilidade do julgamento deste (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 441). Em complemento, Cruz e Tucci (2018, p. 485) preleciona que, “[...] tradicionalmente, a dogmática classifica as sentenças em: a) terminativas, com conteúdo meramente processual, que não enfrentam o *meritum causae*; b) definitivas, aquelas que julgam a lide”. E, ainda em relação ao seu conceito Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 429) prelecionam que: “A sentença é o momento em que ocorre a interpretação e aplicação do direito no processo judicial. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo” e, ademais, “[...] trata-se de inequívoca manifestação da *matriz cooperativa* do novo processo civil brasileiro e da necessidade de *racionalização* da tutela jurisdicional” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 426),

Em consequência de tamanha importância ao processo, há de se ter elementos para que seja possível o controle desta atividade, tanto internamente, pelos sujeitos da relação jurídico-processual, como externamente, para as demais lides e à sociedade em geral. As sentenças deverão, pois, ser produzidas mediante a partir de um modelo lógico-formal, havendo-se de se ter o relatório, a motivação e o dispositivo (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 100) como prescreve o artigo 489 do Código de Processo Civil.

Estes elementos não necessariamente precisam ser dispostos na ordem do referido artigo 489, tampouco devem ser considerados como formalmente separados, tal qual capítulos de livros, como, por exemplo, nas decisões preliminares que, apesar de remontarem ao elemento dispositivo, normalmente se encontram entremeados à fundamentação, sem, com isto, desqualifica-las como parte do dispositivo (CÂMARA, 2016, p. 275-276).

De modo a se estudar este importante dispositivo normativo do atual Código, será dado um especial e necessário foco à devida fundamentação das decisões judiciais, e o que não se deve considerar como fundamentação adequada, mas, primeiramente, estudar-se-á o relatório e a parte dispositiva da sentença.

#### **4.3.1 Elementos essenciais da sentença: o relatório e o dispositivo**

O relatório e o dispositivo constituem partes importantes da sentença, compondo instrumentos de verificação e controle destes atos decisórios, sendo que, sem estes, não se poderá atestar que o juiz conhece a causa (em um primeiro momento), pela ausência do relatório, e nem mesmo que se trata de uma decisão, pois sentença sem parte dispositiva não se decide nada, sendo um ato jurídico inócuo.

O relatório constitui a parte da sentença em que o magistrado demonstra os fatos relevantes do processo, devendo, como disserta o inciso I do artigo 489, deverá conter “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” (BRASIL, 2015).

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 432), o relatório detém dupla finalidade, sendo que em primeiro lugar, tem a intenção de permitir que o julgador demonstre, tanto para as partes quanto para a sociedade, que conhece o processo que irá julgar, havendo aquele, também, de comprovar o que ocorreu no processo, obrigando-o a estudar a totalidade dos autos.

Acerca desta primeira finalidade, Neves (2018, p. 877) diz que, é possível que o magistrado tenha pleno conhecimento da demanda e esteja apto a proferir um julgamento de qualidade mesmo que não tenha confeccionado o relatório, seja pela sua inexistência, ou por ter sido feito por um serventuário da justiça. Neves (2018, p. 877) cita como exemplo as sentenças dos Juizados Especiais, em que se dispensa o relatório, por força do artigo 38, caput da Lei 9099/99, mas não se prescinde do conhecimento sobre a causa necessário ao correto julgamento.

Apesar de existir a possibilidade de o magistrado conhecer a causa, de forma a estar apto ao julgamento, e contar com auxílio material de serventário para a confecção do relatório, sua ausência é indevida, e, com relação aos Juizados Especiais, é criticável o relatório ser prescindível, pois está contra o sistema de precedentes que se busca efetivar e, aliás, é o que consubstancia a segunda finalidade do elemento essencial do relatório.

Em decorrência do sistema de precedentes, que se reclama a comparação entre os casos, de forma focada, nos fatos que faz surgir e resolver o problema jurídico, o relatório tem o objetivo de servir como identificação do caso para a aplicação de eventual precedente existente, ou mesmo para assimilação de distinções que impossibilitem a utilização de tal precedente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 433).

Conseqüentemente, em razão destas finalidades do relatório e do ponto de vista do processo cooperativo, há de se analisar duas questões primordiais acerca deste elemento essencial. A primeira se dá com relação à sua extensão. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 433), prescrevem que “o relatório deve ser o mais completo possível”, enquanto Cruz e Tucci (2018, p. 101) preleciona que “relatórios longos são sempre desaconselháveis. A descrição objetiva e simplificada, contendo o necessário, será sem dúvida a melhor opção”. Os dois autores, com palavras distintas, parecem deter o mesmo objetivo.

O relatório haverá de ser o necessário para cumprir sua função, tanto de demonstração do conhecimento acerca da causa, quanto para a utilização deste caso para demandas futuras, em decorrência do correto sistema de precedentes, ou seja, deverá ser imperiosamente completo. Contudo, por completo, não se está querendo dizer que o relatório deverá ser demasiadamente longo e complexo, o que é, inclusive, desaconselhável. A linguagem correta, porém, simples, facilita o controle externo, entendimento e acesso à justiça para aqueles que não integram os trabalhos forenses.

O segundo ponto sensível do relatório à democracia processual é relacionado com a sua ausência, se esta acarretaria a nulidade absoluta ou relativa. Câmara (2016, p. 276), expõe que, uma vez que o relatório é um elemento essencial da sentença, sua falta acarreta a nulidade, podendo esta, inclusive, ser reconhecida

de ofício. Ressalta Câmara (2016, p. 276), contudo, que há de se demonstrar que a ausência do relatório resultou em algum prejuízo. Neves (2019, p. 878) também considera que a falta de relatório na sentença constitui nulidade relativa, havendo-se de demonstrar, concretamente, o prejuízo e que, “provavelmente o desconhecimento do juiz se mostrará por meio de fundamentação inadequada ou insuficiente”. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 433), se consideram que o relatório deverá o mais completo possível, atentam, por consequência, que é imperiosa a sua produção na sentença.

Do ponto de vista de redução do protagonismo judicial, há de se considerar a falta do elemento relatório na sentença como uma nulidade absoluta, independentemente da demonstração de prejuízo, uma vez que este é presumido.

Presumido pois, se o legislador está a querer uma maior integridade e coerência dos julgamentos pátrios, com apreço ao sistema de precedentes, o elemento essencial é, como o próprio texto normativo proclama, essencial. Sua essencialidade se dá pela necessidade de superação do costume sumular que se verifica na prática forense. O relatório, como elemento fulcral da sentença, contribui para o seu controle e para a devida identificação jurisprudencial a se aplicar em casos futuros.

Já o dispositivo é o elemento essencial “em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem” (BRASIL, 2015). Segundo Cruz e Tucci (2018, p. 116) o dispositivo “é o elemento mais importante do pronunciamento judicial. É aquele no qual o Estado, exteriorizando a vontade da lei, declara a tutela jurisdicional invocada pelos demandantes”. Também destacando a importância do dispositivo para a sentença, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 433), dissertam que: “[...] O dispositivo é o *comando* que rege a vida das partes e exprime como essas devem se comportar diante do caso concreto”. E, segundo Câmara (2016, p. 285): “[...] É nele que serão encontradas *todas* as decisões que o órgão julgador profira em uma sentença”.

Desta elevada importância, o elemento dispositivo, de igual forma como a fundamentação e o relatório, é imprescindível à sentença e sua falta faz com que se esvaia qualquer sentido que deva ter uma decisão judicial. Segundo Cruz e Tucci

(2018, p. 116), “enquanto a ausência ou insuficiência de motivação acarreta a nulidade da sentença, a falta de dispositivo implica inexistência do ato decisório”. Neste mesmo seguimento, Neves (2019, p. 879) proclama que “a ausência de dispositivo gera vício gravíssimo, até mesmo porque uma decisão sem dispositivo não é propriamente uma decisão, porque nada decide”. Ainda segundo Neves (2019, p. 868), como se está a tratar, neste caso, de uma inexistência jurídica, é possível a alegação de vício até mesmo após o trânsito em julgado, por intermédio de ação meramente declaratória.

Com relação ao elemento dispositivo, é importante salientar, para o escopo democrático do processo, que a teoria dos capítulos da sentença adotada pelo Código de Processo Civil tem grande impacto na relação jurídico-processual, influenciando na tomada de decisão das partes. Com relação aos capítulos da sentença, Câmara discorre:

A cada decisão proferida no pronunciamento judicial corresponde um capítulo da sentença (ou, mais propriamente, um capítulo do pronunciamento, já que este pode não ser exatamente uma sentença). E tais capítulos podem ser independentes (como é, por exemplo, o caso dos capítulos que julgam pedidos formulados em um mesmo processo em *cumulação simples*) ou não (como no caso em que o juiz aprecia o pedido principal e, além disso, impõe ao vencido o custo econômico do processo, condenando-o a pagar despesas processuais e honorários advocatícios (CÂMARA, 2016, p. 285).

Por conta disto, os capítulos da sentença, ou seja, cada decisão que compõe o dispositivo, é relevante para a democracia processual. Câmara (2016, p. 286) ao exaltar os relevantes efeitos práticos da existência de diversos capítulos em um mesmo elemento dispositivo, exemplifica que, com estes, interpondo a parte o recurso apenas contra um dos capítulos, implica no trânsito em julgado dos capítulos não recorridos e, por não serem impugnados, são imutáveis e indiscutíveis.

A clareza do pronunciamento decisório da sentença, em seus elementos do relatório e do dispositivo, corretamente denominados de essenciais, se fazem necessários, uma vez que, por meio deles, exerce-se controle em relação à atividade decisória do juiz, verifica-se elementos para aproveitamento desta decisão em casos vindouros, para que se verifique o devido atendimento ao pedido das partes e, de igual modo, para o correto prosseguimento dos passos a serem realizados pelos litigantes

no decorrer da relação processual. Até porque a sentença “é o ato do juiz que põe fim ao processo ou alguma de suas fases” (CÂMARA, 2016, p. 266).

Há um elemento fulcral para o devido processo constitucional, para a democracia processual e para que se tenha um processo cooperativo. Este elemento essencial da sentença é a fundamentação. É o elemento que legitima a decisão do Estado-juiz perante a sociedade e é o elemento do qual se passa a explanar.

#### **4.3.2 Elementos essenciais da sentença: fundamentação**

A fundamentação já está enraizada como um direito fundamental. Fundamentar é a maior blindagem que se pode ter contra abusos e arbítrios do Estado. Além de elemento essencial das decisões judiciais, é elemento essencial da própria democracia. A exposição da motivação é asseguradora do Estado Democrático de Direito, de igual forma ao devido processo constitucional.

No que dispõe Cruz e Tucci (2018, p. 101), o dever de motivação das decisões está consagrado, pela lei e pela doutrina moderna, dentro da esfera dos direitos fundamentais, como um pressuposto do direito de defesa, da imparcialidade e independência do juiz.

Pela lei, a Constituição Federal de 1988, Lei Maior, estabeleceu-se o aspecto fundamental da fundamentação em seu artigo 93, inciso IX<sup>8</sup>. Já o Código de Processo Civil de 2015 a disciplina como uma norma fundamental do processo, em seu dispositivo normativo 11, caput, que prescreve: “Todos os julgamentos dos órgãos

---

<sup>8</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...] (BRASIL, 1988).

do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2015).

Ademais, ao contrário do possa parecer, como expõem Nery Junior e Nery (2019), a exigência da motivação das decisões judiciais não é apenas por fruto do legislador constituinte, mas verdadeiras declarações de um Estado de Direito, anteriormente ao texto constitucional.

Rodrigues e Lamy (2019, p. 241) dispõem que a obrigação de motivação das decisões é a garantia política contra o possível ato de arbítrio por parte do Estado-juiz, e, até em consideração a ela é que todo aquele que exerce atividade jurisdicional é compelido a descrever as razões de suas decisões, fundamentando-as.

A motivação consagra o devido processo legal, com um processo que preze pelo contraditório real, em que as partes participam, efetivamente, da construção discursiva do resultado pretendido. “Tem de haver uma síntese da comunicação processual decorrente de um contraditório efetivamente substancial” (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 241). Sobre o processo discursivo e legitimidade democrática, Jorge Neto expõe:

[...] a decisão judicial é fruto de um processo discursivo, onde a pretensão de fundamentação adequada, de legitimidade e de justiça, se resolve argumentativamente, de acordo com as regras derivadas de princípio lógico-rationais. A legitimidade da decisão judicial importa em legitimidade democrática. Isso porque q qualquer cidadão tem Direito de ação e pode, ao fazer um pedido ao Poder Judiciário, oferecer sua interpretação das normas jurídicas (JORGE NETO, 2019, p. 277).

O fato democratizante da fundamentação é o que garante a legalidade da atuação jurisdicional. Como discorre Câmara (2016, p. 278), o Poder Judiciário não tem, em um primeiro momento, legitimidade perante a sociedade, uma vez que, diferentemente dos representantes que agem nos Poderes Legislativo e Executivo, não recebem sua legitimação do voto. O que da validez social ao juiz são seus atos praticados de acordo com a Lei Maior do país, sendo que só se pode verificar isto com a devida fundamentação, que é o elemento permissivo da constatação do ajustamento constitucional por parte dos demais agentes da sociedade, de modo que possam

controla-lo (CÂMARA, 2016, p. 278). Como já dito, a democracia exige poder controlado.

O dever de motivar as decisões tomadas abarcam as questões fáticas e de direito, entrelaçando-se ambas, uma vez que nas questões de fato contém direito e o direito se compõe de fatos. A fundamentação se dirige, inicialmente, ao controle geral da sociedade acerca das atividades praticadas pelo Poder Judiciário, para assegurar os princípios inerentes a jurisdição. Em segundo momento, objetiva-se que as partes tomem conhecimento do que foi decidido para que adequadamente façam seus atos processuais de defesa dos direitos materiais. Está-se a falar dos aspectos político e técnico, respectivamente. Relacionando-se com a literatura jurídica sobre o tema, Rodrigues e Lamy prelecionam:

O dever de fundamentação, que inclui as razões de fato e de direito, não pode ser meramente formal, pois está destinado a permitir o controle sobre o exercício da função jurisdicional em dois níveis. Em primeiro lugar, ao controle da sociedade sobre as atividades jurisdicionais do Estado, visando assegurar sua imparcialidade e legalidade. Esse primeiro nível é de natureza fundamentalmente política. Em segundo, pelas partes, por uma razão técnica, que é o poder de recurso, pelo qual se busca a reforma da decisão proferida (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 242).

Já Cruz e Tucci (2018, p. 105) fala em escopos da motivação, demonstrando que, por primeiro, a motivação tem como destinatário o próprio juiz, uma vez tem o objetivo de demonstrar ao órgão jurisdicional que as razões escritas de fato legitimam o ato decisório. Em aspecto subjetivo, a motivação visa persuadir a parte que não obteve êxito na demanda, de maneira a demonstrar que o resultado não é consequência da sorte, mas de aplicação da lei (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 105). Ainda, de um ponto de vista técnico, as razões de decidir permitem o controle crítico da sentença, de modo a se determinar o conteúdo desta e, por decorrência, o estabelecimento de limites ao julgado (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 105).

No que expressa Neves (2019, p. 48), em que pese que estes aspectos tradicionais permanecerem relevantes, é importante se analisar a fundamentação em seu viés político. A fundamentação se presta, do ponto de vista político, a demonstrar a correção, imparcialidade e correção do magistrado que profere a decisão, legitimando politicamente esta (NEVES, 2019, p. 48) e, ainda, no que disserta Cruz e

Tucci (2018, p. 101), “[...] considerando a dimensão de seu significado jurídico-político, desponta, na atualidade, a necessidade de controle (extraprocessual) ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o *modus operandi* do juiz no tocante à administração da justiça”.

Por meio da fundamentação se demonstra a convicção do juiz sobre a causa. Diz-se convicção pois não há de se obter a verdade absoluta sobre a causa, mas, apenas, a convicção de verdade, dentro das possibilidades limites impostos ao magistrado. Sobre a convicção da verdade, Marinoni, Arenhart e Mitidiero expõem:

A convicção da verdade é relacionada com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade e, especialmente, com correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. O juiz chega à convicção da verdade *a partir da consciência da impossibilidade de descoberta da sua essência, uma vez que é aquela que demonstra a falibilidade do processo para tanto. Dessa tomada de consciência, para a conclusão do processo, apesar de tudo isso, não pode impedir a eliminação dos conflitos, é um passo* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 435).

De tal modo, se torna imperioso que se tenha parâmetros normativos para que se consiga vislumbrar o que não se deve considerar como motivação adequada à uma decisão judicial, inclusive, em respeito a todos os princípios que compõe o devido processo legal. No que articula Camargo:

Além disso, de se pontuar que os parâmetros de não fundamentação constantes do CPC/2015 consubstanciam normas-regras, que respeitadas certamente farão concretizar o princípio da razoável duração do processo (com celeridade e efetividade), pois evitarão diversos recursos, que gerarão mais credibilidade ao Poder Judiciário, darão ensejo a mais justiça coexistencial, por consubstanciar ato jurisdicional dotado de constitucionalidade, legalidade e dialogicidade, com tendência a maior aceitação pelos demais profissionais do direito e consumidores da justiça (CAMARGO, 2019, p. 187).

De modo a realizar os aspectos democratizantes da motivação das decisões judiciais, tais quais como apontadas por Câmara, há de se ter estes parâmetros que garantam o mínimo de segurança de que aquela decisão judicial foi adequadamente motivada. Com este escopo, o legislador incluiu os incisos constantes no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil.

*4.3.2.1 O que não se deve considerar como uma decisão adequadamente fundamentada?*

Dado que a fundamentação é dotada de tamanha importância para o ato decisório, há de se verificar o que não se pode considerar como uma decisão fundamentada. Inclusive, ao se estabelecer parâmetros para fundamentação, fortalece-se a democracia processual, pois clarifica a situação em que a decisão foi feita em desacordo com o devido processo legal.

De início, não se deve considerar, em relação aos critérios pragmáticos de correção da decisão judicial, uma decisão adequadamente fundamentada quando disser mais do que deveria, menos do que deveria ou mesmo quando disser o que não deveria ser dito, ou seja, sentenças ultra, citra e extra petita, como prescreve Jorge Neto (2019, p. 166). A sentença não estará adequada, em relação à fundamentação, quando se afastar do pedido ou deixar de responder, de maneira argumentativa, aos argumentos levados pelas partes (JORGE NETO, 2019, p. 166).

Para Nery Junior e Nery (2019) a fundamentação suficiente é aquela que “ocorre quando o juiz indica, para sustentar o próprio convencimento, razões que são objetivamente adequadas, sob o plano lógico e as máximas de experiência, a justificar a decisão”. Marinoni, Arenhart e Mitidiero igualmente demonstram o que se deve considerar como decisão fundamentada:

Em outras palavras, para que uma decisão possa ser considerada *como fundamentada* à luz dos arts. 93, IX, da CF, e 7.º, 9.º, 10, 11 e 489 do CPC, exige-se: i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 461).

Em contrapartida, a fundamentação inexistente ou insuficiente são as elencadas no § 1º do artigo 489. Dividem-se em dois grupos atinentes às fundamentações genéricas, sendo o primeiro relacionado a um “vazio” do texto que consta na fundamentação, abarcando-se os incisos I, II, III, V e VI; e o segundo grupo se volta à falta de enfrentamento da totalidade de argumentos aptos a contrariar a decisão prolatada pelo juiz, tendo-se neste grupo o inciso IV (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Com o fim de se estabelecer uma maneira de controle das fundamentações, com padrões formais, e, igualmente, garantia de controle destas, o legislador estabeleceu nos incisos do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, o que não se deve considerar como uma decisão fundamentada, sendo de grande relevância para o processo democrático.

Por primeiro, há de se destacar o texto do § 1º, que diz que não considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Deste modo, apesar do dever de fundamentação já decorrer da Constituição Federal, o Código de Processo Civil destaca expressamente os requisitos para se verificar a nulidade de uma sentença mal fundamentada.

Este dispositivo normativo prescreve um “conteúdo mínimo”, como diz Câmara (2016, p. 278), da fundamentação judicial que permita auferir sua validade. Streck (2017a, p. 121), reconhecendo a importância desta norma, celebra este § 1º do artigo 489 como sendo “o corolário da democracia”, e isto porque, no mundo todo, se clama por um maior controle nas fundamentações.

Uma crítica que cabe à redação é a apontada por Neves (2020, p. 879), que chama a atenção para a desnecessidade de elencar as espécies de decisões, bastando apenas a indicação da expressão “qualquer decisão”. Isto porque se excluiu, da redação, “a decisão monocrática final do relator que substitui o acórdão, quando possível a decisão unipessoal” (NEVES, 2020, p. 879). Contudo, como Neves (2019, p. 879) reconhece, isto não influencia no dever de fundamentação para todos os pronunciamentos decisórios, visto que se trata de um dever constitucionalmente estabelecido.

Tratando-se diretamente dos incisos do § 1º do artigo 489, do Código de Processo Civil, pelo inciso I, não se considera fundamentada a decisão que se limitar à indicar, à reproduzir ou à parafrasear ato normativo, sem a devida explicação de sua relação com a causa ou a questão decidida (BRASIL, 2015).

Proíbe-se, pois, jargões pré-fabricados e colocados na decisão sem qualquer menção de sua correlação. São aqueles que indicam o dispositivo legal, sem apresentar a sua justificativa para a incidência do caso concreto (CÂMARA, 2016, p.

279). Veda-se, igualmente, a transcrição do texto normativo, alternando-se apenas as palavras e a ordem da frase, sem mencionar os fatos que ensejam a aplicação do dispositivo normativo (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Exemplo desta forma de decisão não fundamentada é aquela que proclama “ausentes os requisitos da tutela provisória de urgência, indefiro”, sem destrinchar adequadamente o porquê não se encontram presentes os requisitos, ou, como elucidam Nery Junior e Nery (2019) quando, para se negar seguinte ao Recurso Extraordinário ou Recurso Especial se alega apenas “ausência de prequestionamento”, sem o acompanhamento dos reais motivos concretos, sendo que os autores denominam estes modos de decidir de “modelo pronto” ou “chapinha”.

Tais decisões devem ser cassadas e são nulas por não se verificar, nestas, qualquer atividade cognitiva do juiz que o levou a decidir desta ou daquela forma, prejudicando as partes em um eventual recurso ou mesmo no prosseguimento da relação processual. Além disto, evidenciam uma despreocupação do órgão julgador com a compreensão do que decide para com a sociedade, como se fosse dever desta entender os motivos da decisão. Como Neves (2019, p. 880) proclama, não se deve, pois, transferir às partes o labor de descobrir o que se passou pela consciência do julgador para aplicar determinada norma ao fato.

Já o inciso II dita que não se deve considerar fundamentada a decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo palpável de sua incidência no caso (BRASIL, 2015). Camargo (2019, p. 165) dita que o magistrado há de demonstrar, mesmo que concisamente, os motivos da utilização da norma naquele sentido, de maneira a se respeitar as características de fato e de direito expostas durante o processo, isto para não se ter decisões genéricas que poderiam justificar qualquer outra situação, “sem exposição do raciocínio hermenêutico e axiológico que orientou uma determinada conclusão”.

Esta exibição do raciocínio hermenêutico se faz imperiosa até mesmo para demonstrar que o magistrado realizou algum raciocínio lógico na decisão. Como descreve Câmara (2016, p. 279), existem conceitos jurídicos indeterminados que são vagos, caracterizados por uma fluidez que não permite o exato estabelecimento de seu sentido, razão pela qual, em cada caso que se apresente, faz-se necessária a

consignação das causas que levaram à sua aplicação. São exemplos destes os conceitos: ordem pública, interesse coletivo, justa indenização, dentre outros (CÂMARA, 2016, p. 279).

É vedado, igualmente, pelo inciso III, “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (BRASIL, 2015). Trata-se do impedimento às decisões *prêt-à-porter*, ou “pronto para vestir”, expressão francesa usada para designar as roupas produzidas em massa, prontas para venda sem a individualização para cada comprador (CÂMARA, 2016, p. 280). O que se busca combater são as decisões padrões, aplicadas, muitas vezes, nos casos que há uma massa de casos que o órgão jurisdicional julga como parecidos.

Apesar de parecidos, o judiciário deverá julgar de forma a se atentar para as individualidades de cada caso concreto, mesmo que existam vários casos parecidos submetidos à sua apreciação. Como disserta Câmara (2016, p. 281), “*cada caso é um caso*, por mais que hoje existam casos iguais, muitas vezes em quantidades impressionantes. Os casos podem até ser iguais, mas não se trata sempre do *mesmo caso*”.

Não é incomum que a decisão não se considere fundamentada em razão da violação ao inciso III, também atente contra o inciso II e I, pois se trata das decisões genéricas. Há absurdos, como nas hipóteses em que o julgador padroniza sua atividade para deferir ou indeferir pedidos se baseando e justificando, apenas, na ausência de pré-requisitos legais. Com base nisto, Neves tece a seguinte crítica:

Ainda piores, se isso é possível, são as decisões padrões que se limitam a acolher ou rejeitar o pedido com base no preenchimento ou não dos requisitos legais para sua concessão. Não pode o juiz, por exemplo, fazer uma decisão-padrão para indeferir a tutela de urgência com base no não preenchimento dos requisitos legais sem a demonstração de como isso se deu no caso concreto. Uma decisão proferida dessa forma é o mesmo que o juiz julgar improcedente o pedido “justificando-se” na ausência de razão ao autor?! (NEVES, 2019, p. 881).

Decisões padronizadas não demonstram que o devido processo constitucional, pelo processo participativo e respeito ao contraditório, foi realizado e, pela democracia processual, haverão de ser declaradas, necessariamente, nulas. A vedação às decisões genéricas se aplica, inclusive, aos Ministros das Cortes

Supremas, que detém o dever de fundamentar adequadamente no que concerne, também, ao juízo de admissibilidade de recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 462).

Deve-se comentar, ainda, que os embargos de declaração se tornaram o recurso para atacar as decisões nulas por falta de decisão adequada. Como expõe Camargo (2019, p. 170-171), este remédio jurídico-processual, em diversas vezes, se mostra uma última possibilidade de correção de um ato decisório jurisdicional mal fundamentado, mas que, apesar disto, a realidade forense demonstra a preponderância de decisões padronizadas, isoladas e que são consequência de uma celeridade buscada a todo custo. Camargo (2019, p. 170-171) também cita que os embargos de declaração, ao mesmo tempo, são utilizados por diversos profissionais do direito para protelar o resultado do processo e criar embaraços, o que somaria com esta busca pela celeridade atropelada, sem, contudo, justificá-la totalmente.

Pelo inciso IV, a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015) igualmente não podem ser consideradas fundamentadas. Em consequência direta, “[...] não é mais possível, *de lege lata*, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa” (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 464) expressam que não se está a fazer com que o julgador rebata qualquer argumento trazido pelas partes ao processo, mas somente aqueles que são capazes de determinar, por si só, a procedência ou improcedência de um pedido; ou conhecimento, não conhecimento, provimento ou não provimento de um recurso. Os demais argumentos haverão de ser afastados apenas para demonstrar que não são capazes de mudar a convicção adotada pelo juiz (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 464).

No que dizem Nery Junior e Nery (2019), não se deverá, deste modo, confundir-se a fundamentação sucinta com a fundamentação insuficiente, uma vez que o magistrado não está obrigado a responder todos os argumentos dos litigantes, mas apenas está obrigado a examinar as questões que sirvam fundamentalmente para a acolher ou rejeitar o pedido.

Novamente, preza-se pelo contraditório efetivo, em que as questões fulcrais, que podem levar a mudança de convicção do julgador, devem ser analisadas para a afastarem ou acolher demonstrando, ao mesmo tempo, que foram utilizadas em sua cognição, seja ela sumária ou exauriente.

O inciso V do artigo 489, § 1º, veda-se que se limite, na decisão, a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Trata-se de fundamentação genérica, tal qual a atinente ao inciso I deste mesmo artigo.

Como ditam Nery Junior e Nery (2019), é necessário que o juiz demonstre as circunstâncias do caso concreto que bancariam o amoldamento deste com o precedente ou enunciado sumular de tribunal. “Exige-se, portanto, uma comparação analítica entre os fundamentos determinantes da súmula ou precedente e o caso sob julgamento” (NEVES, 2019, p. 883).

Camargo (2020, p. 202) expressa que no que tange as já consolidadas súmulas, ainda deverá ser tomado o devido cuidado, uma vez que estas são resumos, respostas, de um entendimento jurídico em relação a uma determinada matéria.

Acerca das projeções precedentistas, de suma relevância rememorar que o precedente judicial é formado por *ratio decidendi* (ou *holding*) e *obiter dictum*, daí a imprescindibilidade de que o julgador identifique a semelhança do caso concreto com o que era essencial (o cerne decisório) na decisão precedente, para que seja possível identificar exatamente o que torna mal fundamentada a decisão (CAMARGO, 2020, p. 204).

Súmulas não são o mesmo do que precedentes, que exigem a verificação analítica dos casos para que possam ser aplicados aos julgamentos. Defronte o exercício enraizado em uma cultura sumular pela maioria dos profissionais do direito, esta prática demorará a ser devidamente aplicada. O que não retira sua necessidade de implementação, uma vez que protege os jurisdicionados de mais uma possibilidade de prolação de uma decisão genérica.

O inciso V exprime a vontade legislativa de se utilizar corretamente as práticas precedentistas, de igual forma como o inciso VI, que expressa que não se considerar-se-á fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula,

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015).

Por princípio, a sua exigência se liga a necessidade de se dialogar com as partes, de modo a impor o dever de se afastar um forte argumento da parte somente se houver justos motivos e pela devida exposição destes, por meio de argumentos racionais. Deste modo, o magistrado, para que se deixe de aplicar a súmula, jurisprudência ou precedente, deverá argumentar racionalmente, de modo profundo e diferente de diversas superficialidades que se verifica em decisões nos tribunais pátrios (CAMARGO, 2020, p. 205).

Este dispositivo tem claros ideais de se fazer respeitar a integridade e coerência do ordenamento jurídico. Há um mandamento pedagógico por parte do legislador, para manter a jurisprudência íntegra e coerente, em nome da segurança jurídica.

Para isto, utiliza-se, como no inciso anterior, de uma predileção por novas práticas oriundas do sistema de precedentes. Por consequência, como analisa Camargo (2020, p. 205), haverá de se ponderar que, para aplicação deste dispositivo, além do constituir um dever aos órgãos jurisdicionais, terá um ônus aos demais profissionais do direito, que precisam trabalhar adequadamente como *distinguishing* (distinção) e *overrunling* (superação).

Há, pois, um nobre fim inculcado no inciso IV do § 1º, do artigo 489. Contudo, esta norma merece uma especial atenção, uma vez que o texto pode conter uma inconstitucionalidade parcial, quando se fala em enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente.

Com relação as súmulas vinculantes, dispostas no artigo 103-A da Constituição Federal, não há de se vislumbrar algum problema com a sua indicação no texto normativo do inciso VI do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil. A súmula vinculante, no direito pátrio, é a única que tem natureza de texto normativo geral e abstrato apto, deste modo, à aplicação geral (NERY JUNIOR; NERY, 2020). Sua aplicação não se dá de forma automática, havendo-se de ter o exercício da

interpretação, e sua não aplicação só se justificaria em caso de afastamento de sua constitucionalidade, por meio do controle difuso (NERY JUNIOR; NERY, 2020).

O problema é quando se inclui, neste mesmo patamar da súmula vinculante, qualquer enunciado sumular simples, jurisprudência, acórdão ou orientação de tribunal, pois não há na Lei Maior, qualquer autorização para tanto.

A súmula vinculante tem tamanha força em razão da sua inclusão no texto constitucional pela Emenda Constitucional 45/04 e, para ser dado o mesmo tratamento às outras súmulas simples, haver-se-ia de se ter o mesmo procedimento. Tecendo estas críticas, Nery Junior e Nery articulam:

O texto normativo ora comentado considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar precedente, acórdão, jurisprudência, orientação do plenário do tribunal ou súmula simples de tribunal (CPC 972), sem dar as razões pelas quais o juiz entende inaplicável o preceito. A vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III, IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização *expressa* na CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação. Para que a súmula do STF pudesse vincular juízes e tribunais foi necessária a edição de emenda constitucional incluindo a CF 103-A (EC 45/04). Da mesma forma é exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar. A jurisprudência não tem, *de lege lata*, a força normativa maior do que a da CF ou a da lei. Somente nas hipóteses previstas no CPC 927 I e II a vinculação é possível, pois para isso há expressa autorização constitucional (CF 102 § 2º e 103-A *caput*). Os argumentos de que é necessária a vinculação do juiz à jurisprudência por medida de “política judiciária”, de implementação da “razoável duração do processo”, de “isonomia” entre outros, são metajurídicos e cedem diante da não autorização *expressa* da CF para que haja referida vinculação [...] (NERY JUNIOR; NERY, 2019).

Demonstra-se que o instituto normativo é pertinente, pois a segurança jurídica e a integridade e coerência do ordenamento jurídico são requisitos do processo constitucional democrático. Uma emenda constitucional, de forma a legitimar a correta aplicação deste inciso de se mostra necessária.

E, ainda, utiliza-se a expressão “correta aplicação”, dado que o texto normativo deve proteger a segurança jurídica e o julgamento isonômico, que casos semelhantes tenham respostas jurisdicionais semelhantes, o que se faz apenas com trabalho analítico de decisões bem fundamentadas.

Não se está a defender que a criticável realidade sumular seja constitucionalizada, de modo a aproximar a atividade legislativa ao Poder Judiciário. Isto, aliás, seria mais maléfico do que benéfico, visto que aumentaria o protagonismo judiciário, ao invés de contribuir com o processo participativo. Repita-se, o inciso VI visa aumentar o respeito ao contraditório, à integridade e coerência dos julgamentos, e não alargar o protagonismo dos julgadores.

Por fim, há de se mencionar a vedação à motivação *per relationem* ou *aliunde*, que apesar de não ser uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 489, § 1º, constitui verdadeira fundamentação deficitária.

Como expressa Camargo (2020, p. 207), “fundamentação *per relationem* ou *aliunde* envolve a situação em que o órgão jurisdicional, ao decidir, faz remissão ao lastro decisório anteriormente concebido, como suficiente a que se prolate a decisão de agora”. Trata-se, pois, da reprodução de motivação utilizada em outro ato processual, como que se estes fossem suficientes a justificar a novel decisão.

Esta forma de fundamentação constitui um ataque à devida fundamentação, por ensejar uma exclusão da atividade interpretativa e racional do julgador, guardando semelhança, não por acaso, com as conjecturas dispostas nos incisos do artigo 489, § 1º. Em crítica à esta forma de motivar, Cruz e Tucci exara:

Os motivos do julgamento devem ser declinados de modo explícito, uma vez que constitui função própria e exclusiva do juiz da causa e de interpretar a lei, aplicá-la aos fatos da causa e, em conclusão, proferir a decisão.

Assim, como já tive oportunidade de afirmar, deixará de cumprir o seu dever funcional o julgador que se limitar a decidir, sem revelar como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto, ou, mesmo, a fazer simples remissão a fundamentos expedidos em razões, pareceres, decisões, ou seja, em atos processuais produzidos em outro processo (motivação *aliunde*) (CRUZ E TUCCI, 2018, p. 112-113).

A motivação adequada é um dever do juiz e não se pode eximi-la ou minorá-la sob o pretexto de atenção à celeridade processual. Um preceito fundamental do devido processo constitucional não autoriza o desenvolvimento indevido da relação jurídico-processual. Em complemento, se faz oportuna a citação das palavras de Camargo:

[...] a fundamentação *per relationem* ou *aliunde*, como simples transcrição da decisão judicial, sem efetiva confrontação, trabalho analítico e dialético, é prática usual dos juízes e tribunais, sob a escusa da eficiência, do tempo razoável do processo e do (controverso) livre convencimento motivado, não obstante o uso, na prática, se consolide com desrespeito aos princípios da motivação das decisões judiciais (e administrativas), da igualdade processual e do acesso à ordem jurídica justa, pois o que se percebe invariavelmente é a mera compilação, repetição e a prática disfarçada do *confirmation bias*, a consistir agressão ao dever de fundamentação das decisões judiciais (CAMARGO, 2020, p. 210).

Pela motivação *per relationem* ou *aliunde*, não é possível verificar que o magistrado se atentou para as questões fáticas e jurídicas trazidas pelas partes ao processo, o que viola, frontalmente, o contraditório real.

Apesar de criticável, esta prática é amplamente verificada nos tribunais pátrios, e, inclusive, permitida e incentivada, como se verifica no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exprime, em exatos termos:

Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento (BRASIL, 2013).

Tal costume decisório demonstra como se faz necessária as críticas à fundamentação *per relationem* ou *aliunde*, de modo a demonstrar sua clara violação ao direito constitucional à fundamentação das decisões judiciais, esculpido no inciso IX do artigo 93 da Lei Maior, e pressionar os tribunais, pelo meio acadêmico, para que as decisões sejam devidamente motivadas.

Padrões decisórios, com estabelecimentos de critérios para se verificar se a decisão está fundamentada de acordo com o que se necessita para um processo adequado do ponto de vista constitucional, se mostram como democratizantes do processo. O objetivo destes exemplos de motivações que não devem ser consideradas fundamentadas é o de repeli-las, justamente porque não são de fato fundamentações, são simulacros desta, no máximo. Ensina Câmara:

[...] não terá sido observado o princípio constitucional da fundamentação das decisões se o pronunciamento judicial contiver uma fundamentação meramente formal, que é a rigor um simulacro de

fundamentação, ou seja, uma fundamentação fictícia. Afirmações como “presentes os requisitos, defere-se a medida”, ou “indefere-se por falta de amparo legal” não são verdadeiras fundamentações, porque não justificam as decisões. Por que se podem considerar presentes os requisitos? E que requisitos são esses? O que significa “falta de amparo legal”? Há alguma vedação? Onde está a proibição? Por que ela se aplica ao caso? Nenhuma dessas perguntas é respondida por fundamentações simuladas, fictícias, como as que foram indicadas acima (CÂMARA, 2016, p. 277).

As disposições dos incisos artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, tem o poder de dar mais transparência, por implicação do estabelecimento de limites e condições da motivação adequada, permite o maior controle da atividade decisória do juiz e, por consequência, maior poder às partes e redução da posse do controle processual do magistrado.

Permite-te, também, que se tenha a maior previsibilidade e segurança jurídica às partes, dado que promove a repressão a abusos e às decisões solipsistas. A decisão corretamente fundamentada blinda os jurisdicionados contra abusos que possam ser cometidos pelo órgão jurisdicional. A motivação apropriada gera, ao mesmo tempo, a integridade e coerência do sistema jurídico, e é o que se passa a estudar.

#### *4.3.2.2 Fundamentação adequada das decisões judiciais e a integridade e coerência*

O protagonismo judicial exacerbado tem como resultado o poder judiciário arbitrário, em que as sentenças partem da íntima convicção dos magistrados, e não da ordem jurídica justa. Falta isonomia aos julgamentos solipsistas, uma vez que o jurisdicionado terá o resultado de sua demanda condicionada a sorte da consciência dos magistrados, seja no juízo de primeiro ou grau, ou mesmo nos tribunais. Este é o direito lotérico, com jurisprudência *banana boat*, marcado pela incerteza e insegurança.

O artigo 926 demonstra em seu texto o fito de combater este problema. Pelo seu caput, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Ainda, para isto, o § 1º prescreve que, “Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais

editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (BRASIL, 2015); e pelo § 2º, “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Primeiramente, por estável, prescreve-se que a jurisprudência deverá ser constante a ponto de se poder vislumbrar, com certa segurança, como determinado tribunal julga determinada causa. Nas palavras de Câmara (2016, p. 429): “A exigência de *estabilidade* da jurisprudência indica que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas de forma arbitrária”.

Não se procura vedar o andamento adiante e evolução da jurisprudência, contudo, o que se reclama é a imperiosidade de motivação para a modificação do entendimento estável, proclamando as razões de modificação. Como expressa Neves (2019, p. 1599), “[...] o tribunal tem o dever de fundamentar a modificação de forma específica e adequada, nos termos do art. 927, § 4º do CPC, justificando-se porque não implicará no caso concreto a jurisprudência consolidada”.

Já por integridade se entende a jurisprudência que levou em conta o progresso histórico de decisões do tribunal, decidindo conforme esta e acrescentando novos elementos quando necessário, sem, contudo, abruptamente romper com a história contada, ou melhor, romance. Sim, romance, pois a metáfora do romance em cadeia de Dworkin é a que expressa precisamente como se deve dar um ordenamento jurídico baseado na integridade. Acrescentando-se as palavras de Câmara (2016, p. 434): “Resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízes e os tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria”.

E por coerente se considera aquela jurisprudência “[...] que em casos semelhantes deve ser assegurada uma isonômica aplicação principiológica [...] (CÂMARA, 2016, p. 434). O julgamento coerente se liga ao julgamento isonômico quando se trata de casos semelhantes, havendo para o tribunal o dever de, em casos análogos, decidir de forma similar. No que diz Neves (2019, p. 1600), a jurisprudência coerente impede que jurisdicionados envolvidos em situações parecidas sejam

tratados de forma diferente, primando pela isonomia substancial, bloqueando o solipsismo, e a arbitrariedade do voluntarismo judicial.

Além disso, as razões jurídicas produzidas pelas partes em casos semelhantes servirão, dentro da perspectiva do diálogo ou discurso externo e do uso dos precedentes, para limitar a discricionariedade do julgador e estabelecer um padrão de racionalidade, universalidade e coerência as decisões. As razões manifestadas por um juiz ou tribunal irão limitar a discricionariedade judicial em matérias semelhantes, na medida em que estabelecem uma carga argumentativa para as decisões futuras para o mesmo órgão ou para o órgão inferior de jurisdição (JORGE NETO, 2019, p. 168).

Importante salientar, ao mesmo tempo, as diferenças entre súmulas, jurisprudências e precedente. Jurisprudência se verifica no conjunto de decisões reiteradas sobre uma mesma matéria de uma mesma maneira, exigindo-se, conseqüentemente, a pluralidade de decisões, ao contrário do precedente. O precedente é, nas palavras de Câmara:

*[...] um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Significa isto dizer que, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, partir de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente (CÂMARA, 2016, p. 435).*

O que resulta na última diferenciação, mas que, ao mesmo tempo, é uma aproximação, pois a súmula não é um precedente, mas, sim, um compêndio de diversos pronunciamentos judiciais decisórios sobre a mesma matéria, ou, [...] um *extrato da jurisprudência dominante de um tribunal* (CÂMARA, 2016, p. 431). Há um prestígio principal do referido dispositivo normativo processual à *ratio decidendi* na edição das súmulas, havendo de considerar os principais fundamentos dos precedentes aplicáveis aos fatos sobre os quais foram justapostos o direito (NEVES, 2019, p. 1597). Súmulas, deste modo, não se confundem com precedentes, estando em níveis distintos (MITIDIERO, 2018, p. 104).

A súmula, deste modo, não pode ser vista como um enunciado vazio e aplicável a qualquer caso concreto. A atividade de inteligência do juiz para atribuir aos fatos o direito elencado em uma súmula, deverá se dar por meio da dialética e do desenvolvimento racional da decisão, com adequada motivação.

Como já se analisou as jurisprudências e as súmulas, há de se destacar, agora, de forma focada, os precedentes. No conceito de Neves (2019, p. 1595), precedente é o julgamento que venha a ser utilizado como fundamento em julgamento diverso e posteriormente proferido, registrando-se que, não são todas as decisões que podem ser consideradas como precedentes, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei.

Ainda, os precedentes, apesar de partirem da decisão judicial, não se confundem com estas, pois são razões generalizáveis, ajudando na determinação e previsibilidade do direito (MITIDIERO, 2018, p. 91). No que ensina Taruffo (2017, p. 51): “[...] verdade é, de fato, que a decisão que estabelece o precedente resolve um caso passado, mas se trata de uma decisão que se volta para o futuro, porque se propõe como um modelo para decisões sucessivas”.

Haverá, ainda, de se ter a separação das Cortes de Justiça e das Cortes de Precedentes (ou Cortes Supremas), pois não é competência de todo tribunal produzir precedentes. Separando-as, primeiramente, as Cortes de Justiça têm por finalidade o controle retrospectivo das decisões exaradas pelos juízes de primeiro grau de jurisdição, por intermédio de julgamentos de recursos de apelação, agravo de instrumento, de maneira que a demanda seja decidida de forma justa, até porque, nestas cortes, há a amplitude de discussão da causa, cabendo à estas Cortes reexaminar todos os aspectos fáticos, probatórios e jurídicos (MITIDIERO, 2018, p. 83).

Já as Cortes de Precedentes ou Cortes Supremas, têm por finalidade dar unidade ao direito aplicado nos tribunais pátrios. No caso brasileiro, este intento cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Nas palavras de Mitidiero:

As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a *outorgar interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante a formação dos precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle das retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de guiar *as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a*

*sociedade civil*. Vale dizer: deve atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação (MITIDIERO, 2018, p. 85).

Segundo Mitidiero (2018, p. 92-93), “[...] *precedentes* emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples *exemplos*”. “[...] *o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional*” (MITIDIERO, 2018, p. 93).

Os precedentes são peculiares na realidade processual civil brasileira, dado que, diferentemente do que se tem no direito anglo-saxão, as decisões que podem se tornar precedentes vinculantes são disciplinadas em um dispositivo normativo, no caso, o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Mitidiero (2018, p. 102) expressa que o artigo 927 disse, ao mesmo tempo, mais e menos do que deveria. Isto pois, o referido dispositivo normativo, elenca em seu inciso I uma hipótese de controle de constitucionalidade, podendo gerar um precedente, mas não necessariamente (MITIDIERO, 2018, p. 102-103). De igual forma, pelo motivo de que o artigo 927 deixa de prever hipóteses que podem gerar precedentes, como recursos extraordinários ou recursos especiais não repetitivos, apreciados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e a partir de embargos de divergência, por exemplo, e elenca hipóteses em que não se pode ocorrer a formação de um precedente, como no inciso III com as expressões “acórdãos” e “julgamentos”, quando, ao mínimo, dever-se-ia ter a menção às razões, uma vez que não são todas que devem ser seguidas, apenas as necessárias e suficientes para a definição da questão (MITIDIERO, 2018, p. 103).

Segundo o referido artigo 927, os juízes e os tribunais deverão observar: pelo inciso I, “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”; pelo inciso II “os enunciados de súmula vinculante”; III “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” pelo inciso IV e pelo último

inciso, V, “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2015).

Ao contrário do que possa parecer, os aludidos incisos não dispõem de situações vinculantes, porém, constituem dever argumentativo de serem levados em consideração pelos julgadores em suas decisões (CÂMARA, 2016, p. 436). O que se faz necessário expor, igualmente, que, a despeito de não serem todas estas espécies de pronunciamentos precedentes vinculantes, alguns os são. No que descreve Câmara (2016, p. 436), “[...] têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo”.

Seja em precedentes vinculantes ou precedentes meramente argumentativos, uma coisa é notória: o respeito e cuidado que se deve ter com a devida motivação. Como expressa Taruffo (2017, p. 50), em muitos casos, o precedente não é absolutamente vinculante, nem mesmo em países de *common law*, e a função persuasiva do precedente vem da sua capacidade de influenciar, de forma efetiva, as decisões dos juízos sucessivos.

O ordenamento jurídico deve se íntegro e coerente, com a fundamentação e democracia processual. A íntima relação dos precedentes e o dever de fundamentação tem este claro desígnio, não atoa que o legislador prescreveu no § 1º do artigo 927 que: “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo” (BRASIL, 2015).

A conclusão infirmada acima se faz necessária pois, prima-se pelo que se resultou e não pelo motivo que se resultou. “[...] É que no Brasil há uma tradição de julgamento colegiado por *adesão à conclusão*, quando o correto é que o julgamento se dê *por adesão à fundamentação*. [...]” (CÂMARA, 2016, p. 442). Tal como se a fundamentação não importasse.

O resultado disto é uma justiça opinativa em que, principalmente nos tribunais e em seus acórdãos, nos julgamentos colegiados, há uma conjunção de convicções que formam o resultado, mesmo que cada julgador tenha infirmado o

resultado sua decisão pelos seus próprios motivos. Expondo esta realidade forense, Rodriguez preleciona:

Para começar, podemos dizer que a fundamentação das decisões judiciais no Brasil é um aspecto menor do funcionamento de nossa jurisdição e, por via de consequência, do padrão de argumentação prevalente neste país. Temos a formação de padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam. Os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal. A decisão é tomada por agregação de opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões para decidir (RODRIGUEZ, 2013, p. 107).

A banalização da fundamentação fica visível quando os julgadores utilizam o mesmo argumento, os mesmos autores e, por fim, atingem conclusões diversas. É possível vislumbrar, como demonstra Rodriguez (2013, p. 97), a citação dos mesmos doutrinadores como fundamentos de decisões do colegiado, obtendo-se, contudo, posicionamentos opostos no mesmo julgamento, sendo que estes são utilizados apenas como argumentos de autoridades que se prestariam a dar força a qualquer posicionamento. Isto, sem se dar a correta contextualização ao leitor, sobre aquela posição citada, no debate doutrinário brasileiro e, igualmente, não se demonstra a pertinência ao caso concreto para sua reconstrução sistemática de como o direito ali se aplica (RODRIGUEZ, 2013, p. 100).

Averigua-se que a motivação é utilizada apenas para validar o viés de confirmação da opinião do julgador. A este fenômeno se dá o nome de *confirmation bias*, que se consubstancia no meio utilizado para o magistrado que, antes mesmo do processo se desenvolver, já tem o seu julgamento formado, faltando-lhe, “apenas”, a fundamentação de suas premissas já enraizadas. Nas palavras de Camargo:

Quanto ao *confirmation bias*, viés de confirmação ou tendência de confirmação, é a predisposição, inclinação ou propensão de se lembrar, interpretar ou pesquisar por informações, de maneira a confirmar crenças ou hipóteses iniciais. É um tipo de viés cognitivo e um erro de raciocínio indutivo.

O *confirmation bias* consubstancia distorção do raciocínio jurídico, pois individualizada ou identificada a priori determinada versão dos fatos, busca-se ratificação apenas nos elementos sustentadoras daquela premissa preestabelecida, ignorando-se ou rechaçando-se tudo que a

contradiz, sem qualquer seriedade hermenêutica, jurídica e constitucional (CAMARGO, 2019, p. 158).

O *confirmation bias* é, pois, um vício de fundamentação e prejudica, por implicação, a integridade e coerência do ordenamento jurídico. Não se está a praticar verdadeira atividade argumentativa, mas apenas a levantar afirmações de posicionamentos. Como disserta Rodriguez:

Esta variável institucional resulta em um padrão de argumentação que tende a ser baseado em argumentos de autoridade. Há pouca incidência de argumentação sistemática, que procure reconstruir racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz dessa reconstrução. Tal fato fica evidente com o exame do uso que os juízes fazem da doutrina e dos casos semelhantes anteriormente julgados (RODRIGUEZ, 2013, p. 107).

Há um grande problema com as decisões opinativas. Estas são discricionárias e impedem o controle interno e externo, sendo, por consequência, elevadoras do protagonismo judicial exacerbado e, deste modo, antidemocráticas. No que preleciona Rodriguez:

Mais ponto importante: a questão da segurança jurídica. No modelo da justiça opinativa, há padronização de decisões sem consideração alguma sobre seu fundamento, como já visto. Por isso mesmo, a estabilidade destes padrões depende mais da pessoa dos juízes envolvidos nos julgamentos do que da racionalidade da argumentação. Para decidir em desconformidade com o padrão, não há ônus argumentativo algum, ou seja, o juiz não precisa vencer os argumentos que fundamentam o resultado, pois eles são irrelevantes. Um modelo de segurança jurídica que se assente não nas pessoas, mas nos fundamentos da decisão evidentemente despessoaliza o processo decisório. Adotado um determinado argumento como fundamento da decisão, pouco importará a pessoa do juiz. Para vencê-lo, será necessário argumentar de maneira racional para convencer os demais juízes do tribunal de sua incorreção para o caso (RODRIGUEZ, 2013, p. 110).

Deste modo, a integridade e coerência se mostra uma inovação na superação do modelo judicial opinativo, calcado no solipsismo judicial, sendo uma meta que deve ser traçada para que se possa vislumbrar o vencimento do pensamento que o juiz é o astro principal do processo. E pelo dever contido nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, confere-se que haverá de se ter o devido zelo pela jurisdição constitucional.

Numa palavra: a resposta correta (*adequada à Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, 2017a, p. 120).

Ao manter a estabilidade, integridade e coerência, preza-se pela pacificação social, uma vez que haverá mais segurança jurídica aos jurisdicionados, que poderão planejar, com mais garantia, as atividades que movem o Estado, sejam elas públicas ou particulares, como expressa Neves:

A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além de que a segurança do posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o direito. como ensina a melhor doutrina, a uniformização da jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processo e de despesas) e à maior eficiência (NEVES, 2019, p. 1598).

Ainda, para este fim, há de se verificar todo devido processo constitucional, com vistas ao processo cooperativo, com maior poder às partes e, necessariamente, o respeito ao contraditório efetivo na formação das convicções dos tribunais. Nas palavras de Jorge Neto (2019, p. 292), a manutenção da coerência das decisões judiciais, perpassa pela necessária clareza como requisito para a generalidade, uma vez que, só se poderá adotar iguais razões de decidir se puder mensurar com clareza quais são essas razões.

É que, no que diz Cruz e Tucci (2018, p. 106), “[...] resulta deveras importante como fator de uniformização da jurisprudência, servindo de tal sorte como valioso subsídio a todos os operadores do direito que contribuem para o aprimoramento e a aplicação do direito”. O julgador solipsista, deste modo, não tem espaço em um processo democrático. O seu diálogo com as partes, com a expressa demonstração que este ocorreu, por meio da devida fundamentação, se mostram indispensáveis.

Não se pode entender a argumentação jurídica que se desenvolve na decisão judicial, sem compreender o diálogo que existe entre o juiz, o autor e o réu, no processo judicial, o que chamamos aqui de *diálogo ou discurso interno*; e o diálogo que se estabelece entre o juiz de um determinado processo e todos os demais juízos e tribunais que decidem questões semelhantes, o que chamamos de *diálogo ou discurso externo* (JORGE NETO, 2019, p. 308).

A adequada fundamentação é necessária para que se tenha a coerência e integridade. Conceitos vagos prejudicam a devida exposição da razão de decidir, impossibilitando que esta seja utilizada em casos parecidos.

Pode-se rematar que a fundamentação é a insígnia do processo constitucional democrático, de maneira que, estes dispositivos normativos se mostram admiráveis ferramentas no combate à arbitrariedade e o reprovável julgamento conforme a consciência do magistrado. Processo somente se perfaz com democracia, cooperação, participação, contraditório que possibilita, realmente, a ampla defesa, vedação às decisões surpresa, estabilidade, integridade, coerência, que se demonstram pela motivação apropriada.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 é o marco do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, sendo a Carta que prima pela dignidade da pessoa humana, afinada com os direitos fundamentais que dela decorrem, servindo, igualmente, como instrumento de elevação da qualidade de vida dos indivíduos historicamente mais desfavorecidos, com os mandamentos atinentes aos direitos sociais.

Principalmente os direitos sociais, que dependem de ações estatais para sua concretização, não são adequadamente implementados o que ocasiona solicitações de atendimentos a estes direitos perante o Poder Judiciário. O juiz, ao mesmo tempo que não pode ser indiferente à realidade social brasileira, lavando suas mãos perante esta, também não pode se utilizar de decisões solipsistas, de acordo com a sua íntima consciência, para decidir, pois estará agindo discricionariamente e, sujeitando-se os jurisdicionados ao arbítrio e a concessão da tutela de acordo com o julgador, e não de acordo com o direito.

Os julgamentos de acordo com a consciência do magistrado, diversas vezes, se apresentam em casos difíceis. Como ferramenta a serviço da discricionariedade, utiliza-se erroneamente da máxima da proporcionalidade de Alexy como uma carta branca para sopesar, sem critérios, dois direitos, e se decidir por um, fazendo-se simulacros de fundamentação e, por consequência, inadequadas. Já em Dworkin, pode-se verificar, com seu método hermenêutico, o respeito ao passado, pela coerência, e a abertura ao futuro de acordo com as inevitáveis e, muitas vezes, necessárias mudanças sociais.

Tanto o método de argumentação racional de Alexy quanto o método hermenêutico de Dworkin se mostram, ao menos, mais adequados do que a decisão como um ato de vontade, como descrito por Kelsen, e ainda muito presente no imaginário jurídico brasileiro. Kelsen autoriza a livre discricionariedade, para se decidir um caso difícil com critérios alheios ao direito. Este é um poderoso exemplo de aversão à democracia processual.

De qualquer modo, a utilização vinculante de uma determinada teoria não se mostra como o garantir da democracia processual. Apesar de, em diversas ocasiões, mostrarem-se importantes ferramentas a serviço do Estado-juiz, estas só se coadunam com o processo democrático na medida em que se respeita a Lei Maior, e o Código de Processo Civil de 2015, com esta finalidade, demonstra claros indícios de se tratar de um Código voltado ao devido processo constitucional.

O Código de Processo Civil de 2015 contribui para a redução do protagonismo judicial, e, por íntima relação, com a arbitrariedade e ativismos exacerbados, primeiramente, pela instituição expressa da normatividade da cooperação processual. Este instituto evidencia a necessidade de um processo cooperativo, com protagonismo a todos os sujeitos, não somente o julgador, fazendo-se respeitar a lealdade, boa-fé processual, não se dispensando o dever de informação às partes sobre qualquer decisão a ser tomada pelo juiz.

Neste mesmo viés, a vedação às decisões-surpresa tem reservada ligação com o princípio do contraditório, sendo influenciado também pela cooperação processual. Não se coaduna com o processo constitucional, a decisão prolatada pelo magistrado sem que tenha a oitiva da parte, e a permissão da possibilidade de influir naquela.

Ainda na concessão de maior protagonismo às partes, a emancipação do autorregramento da vontade, por meio dos negócios jurídicos processuais, se mostra, igualmente, uma das maneiras como a democracia processual se manifesta no Código de Processo Civil de 2015. Com isto, as partes podem convencionar a melhor maneira de obterem o direito material pleiteado. Ainda, o juiz tem um importante papel, pois, na medida não deve impedir estes negócios, em regra, deverá, de igual forma, garantir a democracia dentro da relação jurídico-processual quando um negócio jurídico processual abalar esta estrutura, impondo o processo penoso à parte manifestamente hipossuficiente, ou quando o negócio for feito com má-fé, no sentido de se descumprir as ordens do processo civil constitucional.

No que concerne à fundamentação, esta é o pilar da democracia processual. Por intermédio dela, verifica-se uma real atuação constitucional do julgador. É como se, uma fundamentação adequada fosse o diagnóstico de que se

teve o devido processo legal. Nisto, verifica-se que, ao prescrever o que não se deve considerar como uma correta motivação, o Código de Processo Civil está repelindo a atividade discricionária do juiz, pronunciando que não é o protagonista do processo, mais um importante sujeito a serviço da ordem jurídica constitucional, e que deve respeito e obediência à esta.

A integridade e coerência advindas da adequada fundamentação, previnem contra a utilização arbitrária das íntimas razões do magistrado no momento de decidir. Haverá de se ter uma deferência ao passado e um imperioso olhar ao futuro, como, também, a decisão com congruência, decidindo-se igualmente casos iguais. A distinção arbitrária é inimiga da democracia processual, tanto como tratar igualmente os desiguais.

Da análise destas premissas particulares, em termos gerais, pode-se concluir que o Código de Processo Civil de 2015 contribui para um processo mais democrático quando proclama que o processo somente é devido quando se tem a cooperação entre todos os sujeitos; a participação das partes, com o contraditório que possibilite influir na decisão final, sem que haja surpresas; na importância que dá para a vontade das partes e sua capacidade de autorregularão dos procedimentos que irá culminar no direito material que lhe são de interesse; na fundamentação adequada das decisões judiciais, que dão legitimidade ao ato decisório, e que culminam na integridade e coerência, prezando pela segurança jurídica. A democracia processual civil, pois, manifesta-se pela possibilidade efetiva de participação no processo e de controle do que é decidido pelos magistrados.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito** – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** – 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p. 1113-1142, abr./jun., 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.23083>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coordenadores). **Separação dos poderes: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário**. – Salvador: Juspodivm, 2018. p. 239-280.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais. - Vol. I, Nº 1 (1996)** - Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 1996. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 08 jan. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun., 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 49-61, jan./abr., 2015. DOI: 10.4013/rechtd.2015.71.05. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil** – Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão especial. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo: 25 set. 2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 7. Vara Cível de Curitiba. **Cumprimento de sentença 046046-72.2013.8.16.0001**. Juiz de Direito: Carla Melissa Martins Tria, 14 de junho de 2019. Disponível em: [https://projudi.tjpr.jus.br/projudi\\_consulta/arquivo.do?\\_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e252198edfaa34abbf05e6513d028cf15ae25ee9dd0b0b975d50f7](https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e252198edfaa34abbf05e6513d028cf15ae25ee9dd0b0b975d50f7). Acesso em: 31 jul. 2020.

BUZUID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 47/1987, p. 92-99, jul./set., 1987. Disponível em: [https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000173ff5f832906ffbc46&docguid=l3959d7b0f25711dfab6f0100000000000&hitguid=l3959d7b0f25711dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=59&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000173ff5f832906ffbc46&docguid=l3959d7b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=l3959d7b0f25711dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=59&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 17 ago. 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados** – São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México – 2. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Daniel Marque de. **Decisão judicial e fundamentação**: novos horizontes? – Londrina: Thoth, 2020.

CAMARGO, Daniel Marques de; ANDREASSA, João Victor Nardo. Fundamentação das decisões judiciais e a menor onerosidade ao executado: uma análise dos deveres, sanções e coerções cabíveis ao executado, e os perigos da má aplicação das medidas atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, n. 84, ano XIV, p. 71-88, nov./dez., 2018.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Decisão judicial e sua fundamentação**: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/teses-defendidas/13637-daniel-marques-de-camargo-1/file>. Acesso em: 13 set. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** – 7. ed. – Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Amanda Sanches Daltro. (Des)Governança na atuação do executivo e judiciário na promoção da saúde brasileira. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coordenadores). **Separação dos poderes**: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. – Salvador: Juspodivm, 2018. p. 35-57.

CHIOVENDA, Giusepe. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução de Paolo Capitanio, com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. A separação dos poderes e a atividade legislativa no Estado de Direito contemporâneo: tópicos. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coordenadores). **Separação dos poderes**: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. – Salvador: Juspodivm, 2018. p. 209-228.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 485 ao 538) – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia** – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, vol. 275/2018, p. 193-228, jan. 2018. Disponível em:  
[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57306969/Negocios\\_juridicos\\_processuais\\_atipicos\\_e\\_execucao.pdf?1536150227=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DNEGOCIOS\\_JURIDICOS\\_PROCESSUAIS\\_ATIPICOS.pdf&Expires=1600801562&Signature=MPSDLY5UVowl6rXTj3Esp9ElyfrXKI3VtA8Ww7wpfe~vbGpksul165LQTIQtm3nXdcxJhbDN8PueglaTwARH3Mr1W13VEPC104s2WIXwegjn9GKAlqh2Yu-rnrB-3IYsnyJzqzwF1u9iUmLFPTvuk2XTenwwuzRPY393qrWoQRhnV-BzHLW9dx0P0~Ncfs3K-7NTets5MT0LT-L8kPmp~4GOaNBR2-YFgDOoWkL96V4rmF~Xo7iKwbCyqC8Vjl~StmcNHgee8ceYxv8K88lxlrtq0SrLySlo0KGdfMnKkw5q34mn3XBLumM~LNUtMTGA0IGiESZCBkNyiZXFuTXvlw\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57306969/Negocios_juridicos_processuais_atipicos_e_execucao.pdf?1536150227=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DNEGOCIOS_JURIDICOS_PROCESSUAIS_ATIPICOS.pdf&Expires=1600801562&Signature=MPSDLY5UVowl6rXTj3Esp9ElyfrXKI3VtA8Ww7wpfe~vbGpksul165LQTIQtm3nXdcxJhbDN8PueglaTwARH3Mr1W13VEPC104s2WIXwegjn9GKAlqh2Yu-rnrB-3IYsnyJzqzwF1u9iUmLFPTvuk2XTenwwuzRPY393qrWoQRhnV-BzHLW9dx0P0~Ncfs3K-7NTets5MT0LT-L8kPmp~4GOaNBR2-YFgDOoWkL96V4rmF~Xo7iKwbCyqC8Vjl~StmcNHgee8ceYxv8K88lxlrtq0SrLySlo0KGdfMnKkw5q34mn3XBLumM~LNUtMTGA0IGiESZCBkNyiZXFuTXvlw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA). Acesso em: 24 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 22. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo** – 32. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo** – 13. ed. – São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I – 10. ed., rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 – São Paulo: Malheiros, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** – 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** – 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEONARDO, César Augusto Luiz; ANDREASSA, João Victor Nardo. Constitucionalização do direito administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados. **Revista de direito administrativo e gestão pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-18, jul./dez., 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0073/2019.v5i2.5764>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/5764>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LEONARDO, César Augusto Luiz. **Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. DOI:10.11606/D.2.2013.tde-19092014-162900. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-19092014-162900/pt-br.php>. Acesso em: 21 abr. 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo, Malheiros: 2001. p. 113-143.

MACHADO, Edinilson Donizete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Constituição de 1988 e o direito administrativo: histórias de uma relação dialética entre avanços e retrocessos. In: TOFFOLI, José Antônio Dias (organizador). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 621-642.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 246/2015, p. 59-84, ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017567e39f8226e38c6f&docguid=I035466f0723e11e5acdd010000000000&hitguid=I035466f0723e11e5acdd010000000000&spos=1&epos=1&td=1&cont ext=12&crumb-action=append&crumb->

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.  
Acesso em: 23 out. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação – 3. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado** – 18. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo) – 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2020.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional: condição e limites. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coordenadores). **Separação dos poderes**: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. – Salvador: Juspodivm, 2018. p. 15-34.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O que significa julgar. *In*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 9-17.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art202>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. Iura novit curia e a vedação à decisão-surpresa. **Revista de Processo**, vol. 288/2019, p. 155 – 178, fev., 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000017451caad56e9529cbd&docguid=i28117320188511e9aad2010000>

000000&hitguid=I28117320188511e9aad2010000000000&spos=1&epos=1&td=121  
&context=22&crumb-action=append&crumb-  
label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.  
Acesso em: 2 set. 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. O princípio da cooperação no projeto do novo Código de Processo Civil e o processo como espaço de reconstrução dos fatos. In: CAMPOS, Hélio Silvío Ourém; TEIXEIRA, Sérgio Torres (coord.). **Processo e Jurisdição II**. João Pessoa: CONPEDI, 2014. p. 420-439. Disponível em:  
<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=198>. Acesso em: 26 out. 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O processo como espaço de objetivação do Direito. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, UNISC, v. 34, jul.-dez. 2010, p. 75-96. Disponível em:  
<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1811/1220>. Acesso em: 26 out. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro) – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em:  
<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3244>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma teoria da decisão judicial**: a crítica hermenêutica do direito como blindagem ao protagonismo judicial no Brasil – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015, Brasília, DF. **Enunciados aprovados**. Brasília: ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, ago. 2015. Disponível em:  
<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu – São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz** – São Paulo: Almedina, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código do Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/512448>. Acesso em: 22 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2013.8350>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>. Acesso em: 15 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017b.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria geral do processo** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado** – 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões surpresas no processo civil brasileiro** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.