

Em busca da fundamentação perdida. (Análise crítico-dogmática ao processo civil brasileiro)

Danilo Nascimento Cruz ¹

“... a recordação de uma certa imagem não é mais que
a saudade de um determinado instante...”

Marcel Proust.²

Esse texto³, antes de tudo, é catártico. Nele exporei minha compreensão sobre a falta de uma “constitucionalmente-adequada” fundamentação da decisão judicial que soçobra no direito brasileiro. A falta pela falta, a falta pela não vontade política, a falta pela não vontade jurídica.

Aqui também será o lugar de revolver conceitos outrora defendidos mas com mudança de rumos... Não haverá negação do já dito, afinal, as solas gastas em errantes caminhadas perdem-se no tempo mas robustecem o espírito.

A superação de ideias primevas transpassa ao patamar do novo e, noutra contexto, mostra-se como etapa decisiva para sedimentação daquelas silenciosas metamorfoses que nos acompanham ao que é mais condizente e coerente.

Pois bem...

Por que em busca da fundamentação perdida?

Me permitam uma digressão literária.

Marcel Proust foi um célebre escritor francês nascido a 10 de julho de 1871 e que ficou mundialmente conhecido pela sua obra “*À la recherche du temps perdu*” (Em Busca do Tempo Perdido)⁴, que foi publicada em sete partes entre 1913 e 1927.

Os principais temas do romance são o Tempo e a Memória. FERNANDO PY nos auxilia explicitando que com “o passar do tempo, o esquecimento e a indiferença sobem das profundezas do indivíduo para destruir tudo aquilo que o ser humano julgara eterno e inamovível, onde nem mesmo aquele núcleo invariável do espírito, que a filosofia clássica acreditava formar a nossa personalidade, resiste à ação do tempo... uma vez submerso no tempo, o homem se desagrega por dentro e nada mais subsiste...”⁵

Nada obstante, “o tempo prossegue em sua tarefa destruidora; e como recuperá-lo? É nesse ponto que intervém a Memória, outro tema básico da obra de Proust. Não a memória comum, produto da nossa inteligência, e que a um mínimo esforço nos restitui fatos já passados. Pois esta

¹ Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro; Especialista em Direito do Estado e em Direito Processual Civil; Desenvolve pesquisas nas áreas: Teoria da Constituição e do Processo Civil, Direito & Literatura e Direito & Filosofia.

² PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido – No caminho de Swann*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 350.

³ Agradeço aos amigos, Prof. Dr. Júlio César Rossi e Prof. Diego Crevelin de Sousa pela atenta leitura e valiosas sugestões.

⁴ PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.

⁵ PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

memória, que depende da nossa vontade, é como um simples arquivo: fornece apenas fatos, datas, números e nomes. Mas as sensações que experimentamos outrora e que não habitam a nossa consciência. Tais sensações jazem mais fundo e só são despertadas pelo que Proust denominou memória involuntária: é a que não depende do nosso esforço consciente de recordar, que está adormecida em nós e que um fato qualquer pode fazer subir à consciência.”⁶

“A importância do processo da memória involuntária para a recuperação do Tempo Perdido, Tempo que não existe mais em nós, mas continua a viver oculto num sabor, numa flor, numa árvore, num calçamento irregular ou nas torres de uma igreja, etc. A repetição de tais episódios, longe de indicar monotonia ou pobreza criadora, é fundamental para estabelecer e cimentar relações existentes entre sensações e lembranças. Acima de tudo, tais momentos de reencontro do Tempo dão ao artista o sentimento de haver conquistado a eternidade.”⁷

Essa breve digressão imbrica necessariamente na temática nuclear de nosso texto, qual seja, a necessidade mais que basilar da fundamentação da decisão judicial.

A imperiosidade de uma fundamentação da decisão judicial nos remete à ontologia constitucional garantística do processo como salvaguarda do jurisdicionado contra o arbítrio estatal e contra o arvorar estatal discricionário.

EDUARDO COSTA ensina que a “estrutura sentencial relatório-fundamentação-dispositivo é *microgarantia* que impede o juiz de proferir decisão imune a controle objetivo-racional. O processo revela-se como garantia individual de liberdade dos jurisdicionados e não como um instrumento a serviço da jurisdição, interpondo-se entre o juiz e as partes para impedir o exercício abusivo da função jurisdicional pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Não por outra razão é tratado sob a alcunha do «devido processo legal». Assim, o processo como garantia, consubstancia-se em uma teoria dogmático-constitucional como instituição própria do direito constitucional.”⁸

Esse entremeio abre uma senda para a possibilidade de interligação à concepção dworkiana de direito como integridade⁹, orientadora do Judiciário, suficiente e adequada para solução da lide assegurando a formulação de uma resposta que esteja em coerência com o conjunto de princípios constitucionais e com a cadeia de decisões proferidas pelos tribunais, que eventualmente desatendidas podem culminar na nulidade do próprio ato e na reforma da decisão judicial.¹⁰

⁶ PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

⁷ PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 22 nov. de 2017. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>> Acesso em: 27 jun. 2018.

⁹ E aqui, ao vincular o garantismo processual a uma posição filosófica própria da teoria da decisão como integridade, não falo em nome da corrente científica do garantismo processual pois assumo nesse ponto os riscos pelo consciente desvio. Sobre esse risco, com precisão cirúrgica, o mestre de todos nós, Eduardo Costa: “Assim sendo, só se pode exigir do garantismo processual aquilo que ele pode dar. Justamente porque é uma teoria dogmática do proceder, habita uma instância confinada entre duas divisas: se retrocede ao pré-legislativo, vulgariza-se numa ideologia processual; se avança ao pós-legislativo, arroga-se uma teoria da decisão. Contudo, não dispõe de envergadura epistemológica para isto nem aquilo. Sofre das mesmas penúrias de qualquer modelo dogmático. Não ensina às Nações modelos prescritivos de legislação processual. Tampouco lhes vende um organon metodológico para a interpretação-aplicação dos seus códigos de procedimento. Em ambos os casos, o garantismo descairia num igrejismo. Nada impede que aqui e ali um garantista incorra nessas duas tentações; porém, há de advertir que o faz por sua conta e risco, a partir da personalidade de suas preferências políticas e filosóficas, não em nome de uma corrente científica inteira.” in COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves meditações sobre o devido processo legal*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 10 jan. de 2018. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>> Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁰ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters. 2018. p. 291

Logo é da essência racional do ato fundamentado uma *accountability* de legitimação democrática em razão do dever-poder exercido.

E aqui adotaremos o conceito de democracia trazido por WALDRON, que propugna a ideia de que os governados: i) escolhem seus governantes; ii) determinam as bases sob as quais são governados; iii) escolhem as diretrizes de política pública a serem traçadas por seus governantes e pela lei. Ou seja, uma profícua representação do mais efetivo e legítimo exercício da igualdade, da convivência plural e dos direitos políticos.¹¹

Não se fundamenta uma decisão judicial porque se quer ou não se quer fundamentar (*não há subjetivismo mas imposição constitucional*), pela presença ou não de vontade política e/ou institucional (*não é porque está previsto em lei que se fundamenta mas é da razão de existir do ato democrático de poder*).

Portanto, da mesma maneira que Proust trata do tempo e da memória em *À la recherche du temps perdu* a tradição da fundamentação das decisões judiciais brota como nódoa viva do seio constitucional para afanar qualquer esquecimento e indiferença dogmática-institucional-legislativa que possa, ainda que de soslaio, velar tal instituto.

Dando seguimento ao nosso texto vamos nessa próxima etapa nos deter sobre o CPC.

O CPC em seu art. 489 procurou colmatar um conjunto de atuações por parte do magistrado de maneira que sua atividade revele-se concretizadora do comando constitucional de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (art. 93, IX, CF/88).

Tal exigência legitima a atuação estatal de maneira que haja o respeito ao ambiente democrático em que se forjou o texto esculpido por nossa Constituição da República. Tratativas enviesantes e embebecidas de justificativas político-morais no âmbito do poder judiciário não podem servir de aporte efetivador às dirigentes promessas estatuídas pelo constituinte originário sob pena de esgotamento e deslegitimação, ou seja, opções político-morais devem sim sempre existir mas dentro do nicho estatal próprio, qual seja, o legislativo no momento da criação legislativa e do executivo no momento da tomada de decisão no estrito cumprimento legal ou no preenchimento dos espaços discricionários trazidos pela lei.

Quando o CPC elenca dentro do art. 489 os elementos essenciais à sentença, mais que fornecer um método de trabalho no sentido tecnicista, compreendendo tanto o meio para atingir um determinado fim quanto caracterizando uma atividade racional própria do homem, ele intenciona perfazer a união de um instrumental direcionado a uma ação prática prefigurando um instrumento de determinação democrático, antropológico e institucional fincado numa unidade íntegra, coerente e obediente à tradição. Tão arraigado deve ser esse ideal que, e permito-me citar HART, *“É possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou «por palpites» e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encaravam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas ações ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as*

¹¹ “For me, democracy includes the idea that rulers are chosen by the people whom they rule, the people determine the basis under which they are governed, and the people choose the goals of public policy, the principles of their association, and the broad content of their laws. The people do all this by acting, voting, and deliberating as equals, through elections and through their relations with representatives. The reference to the discipline of equality acting, voting, and deliberating as equals is crucial. People disagree and they need formal procedures to come to decisions from the baseline of those disagreements. And when I talk of decisions taken among the people, I mean to refer to pretty formal aspects of those decisions formal in the sense of procedures disciplined at all times by the principle of political equality and by an awareness that lapses into informality often connote the lazy privileging of some voices over others.” in WALDRON, Jeremy. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1280923> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923>

decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral."¹²

Então vejamos. O relatório (art. 489, I, CPC), que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo estabelecerá os limites atuantes, objetivos e subjetivos, de análise da lide, estabelecendo o *locus* de atuação do juiz preparando para conteúdo da decisão. Onde a definição do objeto litigioso (*Streitgegenstand*), enlaçará delineantemente a intervenção do Estado-juiz na vida privada das partes entregando a tutela de seus interesses subjetivos, nos limites por eles mesmo estabelecidos.

Não se exige grande esforço digressivo para explicarmos que os fatos, em juízo, são afirmações estruturadas numa unidade fático-jurídica onde as razões postas pelas partes são compreendidas a partir de uma visão própria e parcial a respeito do caso. É preciso acrescer que, se o mundo nada mais é do que uma plêiade de representações fenomênicas, “o(s) fato(s)” devem ser considerados e apreciados não como um conjunto de fenômenos que isolados nada representam mas devem ser apreendidos dentro de um “contexto narrativo” coeso e encadeado.

Aqui há permissivo para adentrarmos na seara fenomenológica mas não faremos, todavia fica registrado que a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo personificam uma narrativa processual entremeada desde conceitos filosóficos como a verdade até a realização sgnica do fenômeno por meio da linguagem articulando em alternância momentos semióticos e momentos semânticos em pulsante discurso vivente. Não cabendo aceitar digressões como a intentada por TARUFFO em escrito sobre a complexidade da decisão judicial em que tece comentários abordando diversas dimensões da decisão judicial para ao final concluir que a decisão judicial funda-se essencialmente na correta aplicação de uma norma aos fatos do caso concreto, chegando a uma narrativa fática “verdadeira” desde que fundada em uma avaliação racional das provas disponíveis.¹³

Ora, aceitar o pensamento de TARUFFO¹⁴ é retornar a velha fórmula da verdade como *adaequatio intellectus et rei* que há muito mostrou-se superada pela compreensão da linguagem. Não se concebe mais tal argumento uma vez que apenas a linguagem é capaz de demonstrar que não há cisão sujeito-objeto e que a apreensão linguística intrínseca ao homem é o que lhe permite colocar a linguagem como pano de fundo/condição de possibilidade do próprio conhecimento e da construção da realidade rompendo com o objetivismo “do dado”. Teóricos da linguagem como SEARLE desenvolvem seus estudos nessa perspectiva. A verdade do processo: ainda que construída sob uma base linguística (diferentes narrativas de fatos, de direito, de provas etc.), não pode ignorar a indissociável interação produzida pela consciência entre as coisas/os fatos e o sentido atribuído pela linguagem (e sua intencionalidade) no contexto em que é produzido.¹⁵

Não há, assim, essa verdade fora da linguagem.

¹² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa, Portugal: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 154.

¹³ TARUFFO, Michele. *Sobre a complexidade da decisão judicial - Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 114 *passim* 115.

¹⁴ “Os fatos que interessam aos fins da decisão são aqueles que foram empiricamente e historicamente verificados nessa realidade externa.(...) Por assim dizer, o processo olha para aquilo que ocorreu na realidade histórica do mundo externo, porque é a essa realidade que a lei cola as consequências previstas pelo ordenamento, sobre as quais o juiz deve pronunciar sua decisão no caso concreto.” in TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios – cap. 2 – verdade e processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2017. p. 44.

¹⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. *Teoria da ontologia social é antidoto à pós-verdade processual*. Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 25 jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/constituicao-poder-teoria-ontologia-social-antidoto-pos-verdade-processual>> Acesso em: 27 jun. 2018.

O art. 489, II, prescreve que nos fundamentos da decisão o juiz analisará as questões de fato e de direito. Voltamos ao problema da cisão sujeito-objeto... Como cindir, no momento da decisão, o exame por parte do juiz em questões de fato e de direito se o direito é descrição linguístico-normativa sobre fatos e fatos são representações fenomênicas construídas pela linguagem e a realização de ambos dar-se-á sempre pelo sujeito, juiz, que o compõe/decompõe? Não vemos outra possibilidade senão a da análise indistinta sobre representações fático-jurídicas que ao serem cosidas pelo magistrado este colmatará sua compreensão substracta-apreensiva-interpretativa às prescrições jurídico-normativas contidas nos enunciados legais de natureza material e de garantia processual. Apenas assim, conseguiremos superar a falácia epistêmica de cindida análise em questões de fato e de direito. Em semelhantes termos conferir ROSSI.¹⁶

Alcançamos assim a parte dispositiva da sentença em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeteu entregando, por fim, a tutela jurisdicional.

O ultrapassamento da ipseidade desse procedimento de julgamento para uma efetiva decisão judicial dar-se-á pela nuances caracterizadoras da decisão, aquilo que a ontologia constitucional garantística concebe como realização democrática do processo.

Dando continuidade a análise do art. 489/CPC nos debruçaremos sobre § 1º, que traz as situações em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Seguem os incisos:

i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. [O processo como garantia de ordem constitucional não comporta que a reprodução ou paráfrase de ato normativo seja entabulado como fundamento de decisão judicial em sentido lato. A prescrição normativa de incidência da norma jurídica trabalha em diversos planos, dentre os quais o da incidência, em que a norma projeta-se sobre acontecimentos sociais juridicizando-os, ou seja, é necessário que haja o amoldamento fático à prescrição jurídico-normativa havendo a necessidade de se engendrar conjecturalmente a relação do prescrito na norma e o acontecido no mundo dos fatos.]

ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. [O emprego de conceitos errantes, verdadeiras almas sem corpos, como “boafé”, “medidas necessárias”, “cooperação”, impregnam de equivocidade as decisões judiciais fazendo-se necessário que o magistrado quando de sua utilização dê-lhes o contorno semântico apropriado à incidência do caso. Não se reivindica uma representação pictórica aos moldes de WITTGENSTEIN nem uma exigência incompreensiva metafísica da *présence* no sentido estático-platônico da significação ideal-una enredada por DERRIDA... mas uma explicação racional do dito. Afinal, a arte da hermenêutica não consiste em fixar firmemente alguém naquilo que ele disse. Ela é antes a arte de acolher aquilo que ele queria propriamente ter dito.]¹⁷

iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [Uma decisão se dá sobre a análise de versões de fatos, ou seja, para que uma versão chegue ao magistrado, de forma simplificada, temos: a) a realização do fenômeno no mundo; b) temos a compreensão-cognitiva fenomênica vivida por ambas as partes sobre fato; b) temos a replicação da compreensão-cognitiva de ambas as partes ao magistrado; d) e temos a reconstrução pelo magistrado. Entre o que efetivamente se deu e a reconstrução pelo magistrado, temos um fluxo de ditos e não-ditos infinitos que implicarão na elaboração da decisão e sua respectiva fundamentação. É o que prestigiada doutrina chama de uma preocupação relacionada a uma hermenêutica da facticidade, com o fito de

¹⁶ ROSSI, Julio Cesar. *Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?* Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 24 mar. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>> Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Romantismo primevo, hermenêutica e desconstrutivismo – Hermenêutica em retrospectiva* 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p.141.

evitar discursos metafísicos nas sentenças.¹⁸ Tomando parte de todas essas considerações como conceber motivos de justificação “standards” para qualquer decisão?

iv) *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*; [A lei fala expressamente em dever de apreciar os argumentos das partes, ou seja, tanto os argumentos quanto os fundamentos deverão ser necessariamente apreciados sempre que puderem infirmar a conclusão do julgado. A necessidade de superar a inércia argumentativa em prol de uma participação mais ativa e influenciadora das partes na convicção do magistrado e logicamente amplificadora do efetivo exercício do contraditório é ponto fulcral e que implica numa análise em cadeia de tópicos sensíveis como: a argumentação como ônus e não como dever processual; ônus como categoria da teoria do direito; atenção à asserção argumentativa (TOULMIN); a importância de quem fala, a atenção ao que se fala e os acordos prévios entre orador e auditório (PERELMAN); mérito argumentativo para o fundamento; o ônus argumentativo como dever densificador da fundamentação; argumentação para superação de precedentes; prioridades normativas e controle de incertezas. Aqui não será o lugar para aprofundamentos, até porque autorizada doutrina já o fez com inigualável maestria, por todos conferir ATAÍDE JR.¹⁹ Mas que fique assente que não se concebe mais coisas do tipo: “Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram”, devendo apenas “enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução” (AgRg no AREsp 31.742/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 04.10.2011, DJe 17.10.2011).

v) *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*; vi) *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*. [Os referidos incisos compõem o emaranhado de artigos do código que disciplinam o pretense sistema de precedentes judiciais à brasileira. Precedentes que nascem precedentes, e se impõem como de aplicação obrigatória com identificação de fundamentos determinantes e inexistência de distinção ou de superação de entendimento. Tenhamos cautela! Não só o Brasil mas o mundo tem observado o sério problema de descrédito que figura o poder legislativo frente ao agigantamento do judiciário com a conseqüente mitigação dos valores democráticos.

Identifica-se assim na figura da Juristocracia (seja ela delegativa, seja ela ativista) um asoberbamento jamais visto de um segmento de poder do Estado frente aos demais. HIRSCHL alerta que “em numerosos países ao redor do mundo tem havido uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, uma crescente intrusão do Judiciário em prerrogativas de legislaturas e executivos, e uma correspondente aceleração do processo por meio do qual agendas políticas têm sido judicializadas”²⁰, e vaticina que alfim, os entusiastas pelo empoderamento judicial deverão assumir a responsabilidade de sua posição favorável a uma juristocracia.²¹

A juristocracia promove uma verdadeira modificação da engenharia constitucional por meio de uma intromissão ilimitada pelo Estado na esfera individual, promovendo uma *degeneração*

¹⁸ STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA; Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil – art. 489* (e-book). São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁹ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. São Paulo, 2017, 341 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

²⁰ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

²¹ “In short, those who are eager to pay the price of judicial empowerment must assume that their position (absolute or relative) would be improved under a juristocracy.” in HIRSCHL, Ran (2004) “The Political Origins of the New Constitutionalism” Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>

*democrático-constitucional onde a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial destituído de qualquer respaldo constitucional.*²²

Na doutrina estrangeira e nacional respectivamente conferir, HIRSCHL;²³ MAUS;²⁴ PULIDO;²⁵ NERY JR.²⁶ e ABOUD²⁷

Pois bem, a instituição de uma juristocracia precedentalista à brasileira sem elementos que realizem valores constitucionais; dotada de uma vinculação “tesificada” e instauradora de uma condição interpretativa inautêntica; destituída de historicidade evolutiva, dimensão histórico-consciencial e de força legitimadora interna, não passa do encabrestamento institucional pela jurisdição sobre a vida social e o puro incentivo à imposição de uma pedagogia jurisdicional atrasada e degenerativa.

Os tribunais exigem nada mais que uma obediência aos precedentes pelas instâncias inferiores com os elementos acima mencionados (*o que implica intrinsecamente em coerência, integridade e estabilidade*) sem exigirem de si o mesmo comportamento no momento da confecção de precedentes “tesificados” para o futuro. Temos primeiro de repensar o art. 927/CPC a fim de bem aplicarmos o art. 489/CPC.

Irrepreensível a lição de SCHMITZ que merece transcrição: “*A legitimação da decisão através da fundamentação é agravada no caso dos precedentes, pois fala-se aqui de uma fundamentação baseada em 'outra fundamentação' sendo redobrada a necessidade de exposição concreta do raciocínio jurídico. O 'precedente', assim, só poderá ser aplicado quando for efetivamente demonstrado que se tratam de casos em que o 'legal reasoning' é análogo. É necessário aqui uma reflexão. (...) não seria pernicioso que o código estabeleça que o juiz só pode deixar de se submeter à jurisprudência superior nos casos de distinção e de superação? Em outras palavras, constranger os julgadores à obrigatoriedade (e por que não, vinculatividade) de seguir precedentes não é ir além do que ocorre inclusive nos países de common law? Estruturalmente analisando, é preciso responder que sim. A aposta desmedida em casos repetitivos e soluções plenipotenciárias (...) pode significar um retorno às fases mais primitivas do positivismo jurídico e uma reprimatização da escola da exegese. Afinal, o juiz não é mais boca-da-lei, mas corre o risco de se tornar boca-da-jurisprudência. O texto legal vira texto jurisprudencial, numa substituição que em nada altera o conteúdo dos julgamentos particulares, já que ambos (lei e precedentes) são textos que carecem de interpretação.*”²⁸]

²² ABOUD, Georges. *Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial*. In: Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 225.

²³ HIRSCHL, Ran (2004) “*The Political Origins of the New Constitutionalism*” *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>; HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

²⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. *Revista Novos Estudos* n° 58 – CEBRAP, nov. 2000. p. 183-202.

²⁵ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. *Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina*. Tradução por: Graça Maria Borges de Freitas. In: *Revista Jurídica da Presidência* Brasília. v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015.

²⁶ NERY JR. Nelson; ABOUD, Georges. *O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto*. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), v. 93, p. 225-254, 2016

²⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters. 2018. p. 1219-1227.

²⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil – tópico 6.4.* (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015.

O parágrafo 2º do art. 489/CPC preconiza que, 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. Aqui nos deparamos com um dos mais estarrecedores casos de mixagem teórica do direito brasileiro, qual seja, enquanto os incisos “v” e “vi” acima comentados delineiam a exigência da aplicação dos precedentes previstos como de aplicação obrigatória pelo art. 927/CPC de maneira a caracterizar um *status* de coerência, estabilidade e integridade ao direito brasileiro (teoria dworkiana) *pari passu* o § 2º em comento traz uma tosca corruptela da regra de ponderação adotada na teoria de Robert Alexy, onde este preconiza um critério de ponderação “de princípios” em caso de colisão de “direitos fundamentais”.

O despautério teórico adotado pelo legislador, frise-se, se se quer adotar a teoria alexyana²⁹, é temerário. Afinal, relativizou-se a diferença entre princípio e regra enquanto norma de maneira a permitir dentro das possibilidades postas a ponderação de regras³⁰ situação sequer cogitada por Alexy em sua obra de referência³¹, pelo contrário, o caso de conflito de regras, nas palavras do próprio autor, deve ser refutado pela inclusão legislativa de uma cláusula de exceção ou pelas tradicionais regras de antinomia jurídica.³²

Estamos diante de mais uma gravíssima afronta ao princípio democrático uma vez que em última análise a possível ponderação de regras delega ao magistrado competência normativa criadora a desembocar em verdadeira atividade discricionária judicial. Testemunharemos, embevecida de brutal inconstitucionalidade, a criação da “*regra' da regra*”³³

Por todos, ABOUD e ROSSI: “*No Estado Constitucional, em que a fundamentação é direito fundamental do cidadão, o juiz não deve ponderar e escolher uma regra em detrimento da outra em sua eventual conflituosidade. O julgador deve elaborar a resposta constitucionalmente adequada*

²⁹ Reitero que nesse ponto o legislador valeu-se de qualquer outro referencial teórico, menos de Robert Alexy.

³⁰ Na doutrina nacional, defendendo a ponderação de regras: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. In: Revista da EMERJ. v. 06 n. 23, p. 38, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Forense, 04/2018. [Vitalsource]. p. 36. A autora cita em sua bibliografia no mesmo sentido: RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *La ponderación de bienes e intereses em el derecho administrativo*, 2000, p. 9; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 2003, p. 35.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. 627 p.

³² “*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. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.*” in ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 92-93.

³³ A expressão “*regra' da regra*” é de Lenio Streck.

ao caso, lançando mão das modalidades interpretativas, mormente, a interpretação conforme a Constituição ou a arguição de nulidade sem redução de texto, expondo o critério constitucional do seu raciocínio. Nesse enfoque, os princípios constitucionais eliminam via fechamento a discricionariedade, e não constituem pontos de abertura do ordenamento para uma multiplicidade de possíveis decisões.”³⁴

Aqui, aproveito a deixa para um abandono intelectual. Em razão de tudo já dito é preciso reconhecer que a teoria argumentativista-neoconstitucionalista é incapaz de promover uma sólida base epistemológica a uma coerente e íntegra teoria da decisão judicial, logo, ABANDONO DEFINITIVAMENTE todos os vetores teóricos que fundamentaram meus primeiros escritos³⁵ que pregavam a ideia de constitucionalização do direito³⁶, princípio como norma aberta³⁷ e reaproximação do direito com a ideia de moral e justiça. Pós-positivismo não é o mesmo que neoconstitucionalismo, enquanto este é um fenômeno jurídico-político aquele revela-se como paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade e que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico.³⁸ Ser pós-positivista é não ter um comportamento anti-positivista mas um comportamento para além do positivismo. Assumo-me um pós-positivista de matriz dworkiana e crente que o estado de coisas que se encontra o direito brasileiro não está maduro suficiente para compreender KELSEN ou mesmo HART.

Chegamos ao § 3º do art. 489 onde a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, ou seja, “o cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados” (REsp 716.841/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 02.10.2007, DJ 15.10.2007, p. 256).

Por tudo exposto, restou demonstrado a essencialidade da fundamentação judicial como: *i*) salvaguarda do jurisdicionado contra o arbítrio estatal e contra o arvorar estatal discricionário; *ii*) *microgarantia* que impede o juiz de proferir decisão imune a controle objetivo-racional; *iii*) *accountability* de legitimação democrática em razão do dever-poder exercido; *iv*) nódoa viva que brota do seio constitucional para afanar qualquer esquecimento e indiferença dogmática-institucional-legislativa que possa, ainda que de soslaio, velar tal instituto.

Bem como, que: *v*) o judiciário não é o lugar adequado para tratativas enviesantes e embebecidas de justificativas político-morais; *vi*) os elementos da sentença perfazem a união de um instrumental direcionado a uma ação prática prefigurando um instrumento de determinação democrático, antropológico e institucional fincado numa unidade íntegra, coerente e obediente à tradição; *vii*) não é possível a cisão sujeito-objeto a firmar a separação de questões de fato e de

³⁴ Sobre os riscos da ponderação à brasileira conferir o extraordinário trabalho: ABOUD, Georges; ROSSI, Julio Cesar. *Riscos da ponderação à brasileira*. Revista de Processo, v. 269, p. 109-138, 2017.

³⁵ CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 13, p. 205-224, 2010; CRUZ, Danilo Nascimento.; CRUZ, K. R. P. *Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 14, p. 209-233, 2010.

³⁶ Para fortes argumentos contra o neoconstitucionalismo: STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. *Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?* Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, p. 196-214, 2015.

³⁷ “A diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto como abertura interpretativa (...) a hermenêutica - aqui sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito - parte da tese que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do intérprete.” in STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 157.

³⁸ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2018. p. 331-350.

direito, só havendo a possibilidade de análise indistinta sobre representações fático-jurídicas a colmatar uma compreensão substracta-apreensiva-interpretativa às prescrições jurídico-normativas contidas nos enunciados legais de natureza material e de garantia processual; *viii*) o ultrapassamento da ipseidade do procedimento de julgamento para uma efetiva decisão judicial dar-se-á pela nuances caracterizadoras da decisão, aquilo que a ontologia constitucional garantística concebe como realização democrática do processo; *ix*) é necessário superar a inércia argumentativa em prol de uma participação mais ativa e influenciadora das partes na convicção do magistrado e logicamente amplificadora do efetivo exercício do contraditório; *x*) é imprescindível o combate ao ativismo juristocrático sob pena de um encabrestamento institucional pela jurisdição sobre a vida social e o desmedido incentivo à imposição de uma pedagogia jurisdicional atrasada e degenerativa; *xi*) no Estado Constitucional a fundamentação é direito fundamental do cidadão não devendo o juiz ponderar e escolher uma regra em detrimento da outra em sua eventual conflituosidade mas elaborar a resposta constitucionalmente adequada ao caso.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. *Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial*. In: Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters. 2018.
- ABBOUD, Georges; ROSSI, Julio Cesar. *Riscos da ponderação à brasileira*. Revista de Processo, v. 269, p. 109-138, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.
- ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. São Paulo, 2017, 341 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Forense, 04/2018. [Vitalsource].
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. In: Revista da EMERJ. v. 06 n. 23, 2003
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves meditações sobre o devido processo legal*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 10 jan. de 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>> Acesso em: 25 jul. 2018.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 22 nov. de 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>> Acesso em: 27 jun. 2018.
- CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 13, p. 205-224, 2010;
- CRUZ, Danilo Nascimento.; CRUZ, K. R. P. *Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 14, p. 209-233, 2010.

- GADAMER, Hans-Georg. *Romantismo primevo, hermenêutica e desconstrutivismo - Hermenêutica em retrospectiva* 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa, Portugal: Calouste Gulbenkian. 2001.
- HIRSCHL, Ran (2004) "*The Political Origins of the New Constitutionalism*" Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>
- HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *Teoria da ontologia social é antídoto à pós-verdade processual*. Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 25 jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/constituicao-poder-teoria-ontologia-social-antidoto-pos-verdade-processual>> Acesso em: 27 jun. 2018.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Revista Novos Estudos nº 58 – CEBRAP, nov. 2000. p. 183-202.
- NERY JR. Nelson; ABOUD, Georges. *O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto*. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 93, p. 225-254, 2016
- PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.
- PULIDO, Carlos Libardo Bernal. *Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina*. Tradução por: Graça Maria Borges de Freitas. In: Revista Jurídica da Presidência Brasília. v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015.
- PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.
- ROSSI, Júlio César. *Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?* Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 24 mar. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>> Acesso em: 27 jun. 2018.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA; Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil – art. 489*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27;
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. *Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?* Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, p. 196-214, 2015.
- TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios – cap. 2 – verdade e processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2017.

TARUFFO, Michele. *Sobre a complexidade da decisão judicial - Ensaaios sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 114-115.

WALDRON, Jeremy. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35. Available at SSRN: HYPERLINK "<https://ssrn.com/abstract=1280923>" \n _blank<https://ssrn.com/abstract=1280923> or HYPERLINK "<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923>" \n