



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Mateus Rocha Tomaz

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO:
A IMPORTÂNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A INTEGRIDADE DO DIREITO
BRASILEIRO**

**Brasília
2015**

Mateus Rocha Tomaz

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO:
A IMPORTÂNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A INTEGRIDADE DO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília — UnB.
Orientador: Professor Doutor Menelick de
Carvalho Netto.

**Brasília
2015**

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Referência: ROCHA TOMAZ, Mateus. Fundamentação das decisões judiciais e legitimação pelo procedimento: a importância do Novo Código de Processo Civil para a integridade do direito brasileiro. 2015. 76 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Data da defesa: 3.12.2015.

Resultado: Aprovada.

Nota/Menção: 10 (SS).

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor MENELICK DE CARVALHO NETTO (FD-UnB)
Orientador

Professor Emérito MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (FD-UnB)
Examinador

Professor Doutor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (IDP)
Examinador

Professor Titular MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (FD-UnB)
Examinador

“Quantas atrocidades se escondem por trás da terrível palavra legalidade!”

HONORÉ DE BALZAC, *Ilusões Perdidas*.

Aos meus pais, Décio e Rosa, pelo amor incondicional e pelas asas de que eu precisava para voar.

À minha irmã, Mariana, pessoa mais doce do mundo.

Ao Professor Menelick de Carvalho Netto, artesão de ideias e de palavras, mestre de cultura e de vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus pais, **Décio e Rosa**, pelo esmero indescritível com a minha educação. Agradeço também à minha querida irmã, **Mariana**, minha eterna companheira, pelo seu coração tão bom e por seu brilhantismo intelectual, que me inspira sempre. É o sorriso de vocês que faz tudo valer a pena!

Agradeço aos meus padrinhos, **Renilson e Cida**, por inculcarem em mim o amor incondicional pelos livros e por me amarem como o filho que cada qual nunca teve.

Agradeço ao **Professor Carlos França**, pelas lições brilhantes de História, por me inspirar a cursar Direito e por me ensinar que sem vinhos e canetas tinteiro um jurista não pode ser completo.

Mais feliz do que o infante D'Artagnan quando, vindo da Gasconha, chegou a Paris e encontrou seus três amigos mosqueteiros, sou eu que, ao ingressar na Faculdade de Direito, encontrei não três, mas doze amigos mosqueteiros: **André Vilhena, João Marcos Braga, Marcus Bastos, Guilherme Chamum, Artur Cardoso, João Carneiro, Gabriel Ferreira, João Carlos Velloso, André Portella, Lucas Braga, Vital do Rego e Yan T.** Vocês fizeram minha vida universitária mais aprazível e me mostraram que sem amigos nada tem valor.

Agradeço ao **Ministro Gilmar Mendes**, por suas brilhantes aulas de controle de constitucionalidade e por ter me convidado para estagiar em seu Gabinete, período maravilhoso de minha vida, no qual convivi com pessoas fantásticas e aprendi muito.

Agradeço ao **Professor Marcelo Neves**, maior acadêmico brasileiro, por ter me aceitado em seu seleto grupo de pesquisa e por me ensinar a não ser um jurista “papagaio”.

Agradeço ao **Ministro Carlos Velloso**, um dos maiores *Justices* da história do STF e um dos maiores professores que já passaram pela UnB, por me dar a honra de participar de minha banca e por acreditar em mim, dizendo palavras gentis e apostando no meu potencial.

Agradeço ao **Professor Paulo Gustavo Gonet Branco**, grande constitucionalista e a tradução pessoal mais fiel da palavra *gentleman*. Seus comentários sobre meus textos e sobre minha pessoa, apesar de exagerados, me lisonjeiam sobremaneira.

Agradeço à **Centésima Turma da Faculdade de Direito da UnB**, da qual tenho a imensa honra de fazer parte e que carrega consigo a indelével responsabilidade de ser grande.

Agradeço ao Escritório de Advocacia Sergio Bermudes, nas pessoas de **Sergio Bermudes, Caio Vieira de Mello, Guilherme Coelho, Marcos Mares Guia e Diego Barbosa Campos**. Vocês me mostraram o quanto a advocacia exige paixão, mas, sobretudo, talento.

Last but not least, agradeço ao professor e amigo **Menelick de Carvalho Netto**, meu mestre. Seus ensinamentos são essenciais para minha vida acadêmica. O que houver de bom neste trabalho é devido a seu indescritível talento. Os muitos erros, claro, são todos meus.

RESUMO

O presente trabalho busca refletir sobre a importância das normas de fundamentação das decisões judiciais trazidas pelo Novo Código de Processo Civil para o fomento de uma cultura mais argumentativa no direito brasileiro, que leve a sério o art. 93, IX, da Constituição Federal. No paradigma do Estado Democrático de Direito, a única forma de legitimação da atuação jurisdicional é pela via do procedimento, ou seja, pela abertura à confrontação, na esfera pública, dos discursos de fundamentação das decisões judiciais. O art. 489 do Novo CPC pretende justamente isso: fortalecer a legitimação procedimental de nossa Jurisdição e conceber a práxis jurídica em toda a sua complexidade, resguardando, assim, a integridade do direito. Buscar-se-á, ainda, demonstrar que os argumentos pseudopragmáticos contra o Novo CPC nada mais buscam do que, sob o disfarce da proteção dos princípios da independência do juiz e do resguardo da razoável duração do processo, manter nossas seculares “zonas de autarquia”, enquanto espaços marcados pela prevalência da autoridade jurisdicional em detrimento de sua legitimação pelo procedimento e da sua abertura à reconstrução argumentativa.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil, fundamentação das decisões judiciais, integridade do direito, legitimação pelo procedimento.

ABSTRACT

This study aims to reflect on the importance of the reasoning rules of court decisions brought by the Brazilian New Code of Civil Procedure for the promotion of a more argumentative culture in Brazilian law that takes seriously the article 93, IX, of the Brazilian Federal Constitution. In the paradigm of the democratic state, the only way to legitimize the jurisdiction is by procedure, that is, by opening the confrontation of the judgment's reasons speeches in the public sphere. The article 489 of the Brazilian New Code of Civil Procedure wants just that: to strengthen the procedural legitimacy of our jurisdiction and conceive the legal praxis in all its complexity, safeguarding thus law as integrity. The research will also demonstrate that the pseudo-pragmatic arguments against the Brazilian New Code of Civil Procedure do nothing more than, under the guise of protecting the judge's independence principles and safeguarding the reasonable duration of the process, keep our secular "local authority areas" while spaces marked by the prevalence of judicial authority over its legitimacy by the procedure and by the opening for the argumentative reconstruction.

KEYWORDS: Brazilian New Code of Civil Procedure, judgement's reasoning, law as integrity, legitimacy by procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO TEMÁTICA	1
CAPÍTULO I. A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO PROCEDIMENTO	3
I.A. O DIREITO NA MODERNIDADE TARDIA	3
I.B. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO.....	13
CAPÍTULO II. A INTEGRIDADE DO DIREITO E O ART. 489 DO CPC	25
II.A. INTEGRIDADE DO DIREITO E O NOVO CPC.....	25
II.B. RELAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO NOVO CPC: O ART. 489 COMO “METARREGRA DE INTEGRIDADE”	39
CAPÍTULO III. O ART. 489 DO NOVO CPC: PANORAMAS E PERSPECTIVAS	47
III.A. O ESTADO DA ARTE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL.....	47
III.B. O ARGUMENTO DA CELERIDADE PROCESSUAL COMO (PSEUDO) ÓBICE AO NOVO CPC.....	55
CONCLUSÕES SISTEMÁTICAS E CRÍTICAS.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

1. O professor LÊNIO STRECK publicou, em 26.03.2015, texto intitulado “*E o juiz decretou a prisão marcando um ‘X’! Sentença ou quiz show?*”¹, no qual narrou o esdrúxulo caso de uma sentença que mais se parece com um formulário. Nela, o magistrado não examina minimamente as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, não se debruça sobre as alegações das partes e fundamenta sua *ratio decidendi* simplesmente mediante a marcação de um “X” sobre o dispositivo legal que acha adequado ao caso, como se sua mera invocação mecânica bastasse.

2. No mesmo veículo, o professor MARCELO NEVES publicara, em 14.10.2014, artigo intitulado “*A ‘desrazão’ sem diálogo com a ‘razão’: teses provocatórias sobre o STF*”, mediante o qual apontou a falta de racionalidade decisória que muitas vezes acomete os julgados do Supremo Tribunal Federal. Apesar de circunscrito ao âmbito da Suprema Corte, o articulista lançou luzes sobre aspectos relevantes a todos os graus da jurisdição pátria. Segundo aduz, “*Não há ratio decidendi comum. Configura-se um decisionismo em relação à maioria convergente em torno do dispositivo*”².

3. Em oposição a esse panorama, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrará em vigor em março de 2016, traz consigo novas e interessantes perspectivas. Os artigos 926 e 489 são paradigmáticos e podem representar um caminho para o fomento da mudança da cultura jurisdicional de nosso país, rumo à construção de uma racionalidade jurídica mais sistematizadora, argumentativa e coerente. O presente trabalho pretende, justamente, refletir crítica e teoricamente sobre a potencialidade dessas inovações, à luz dos marcos teóricos escolhidos.

4. No primeiro capítulo, será empreendida uma reflexão teórica referente à passagem do direito pré-moderno para o direito moderno, enfocando, com MENELICK DE CARVALHO NETTO, JÜRGEN HABERMAS, NIKLAS LUHMANN e MARCELO NEVES, os fenômenos

¹ STRECK, Lênio. *E o juiz decretou a prisão marcando um “X”! Sentença ou quiz show?* Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>> (último acesso em abril de 2015).

² NEVES, Marcelo. *A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF*. Observatório Constitucional, 2014. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>> (último acesso em dezembro de 2015).

da positividade e da legitimação procedimental como elementos indispensáveis à noção de Estado Democrático de Direito, paradigma constitucional atual e pano de fundo inspirador das novas exigências de fundamentação das decisões judiciais trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

5. No segundo capítulo, à luz de DWORKIN, será explorada a teoria do direito como integridade (enquanto teoria normativa da coerência), como *telos* para a interpretação dos artigos 926 e 489 do Novo CPC. Buscar-se-á demonstrar que tal construção teórica concebe o direito como prática essencialmente interpretativa e criativa, mas deontológica e coerentemente vinculada à comunidade de princípios historicamente. No caso brasileiro, pela Constituição Federal de 1988. No mesmo capítulo, será empreendida, ainda, pequena incursão sobre a clássica polêmica da teoria do Direito acerca da relação entre regras e princípios jurídicos. Aqui, serão exploradas, numa relação de tensão e de complementaridade, a teoria de DWORKIN e a visão de MARCELO NEVES, desenvolvida principalmente na obra *Entre Hidra e Hércules*, ocasião em que defende uma circularidade entre regras e princípios no bojo da argumentação jurídica. No ponto, propõe-se a classificação do art. 489 no Novo CPC, a partir da complementaridade teórica entre os autores acima elencados, como “metarregra de integridade”, uma vez que tal enunciado normativo se situa em posição intermediária entre regras e princípios jurídicos, sendo regra sobre regras e, portanto, híbrida. Mas, ao mesmo tempo, atua como instrumento de materialização da integridade do direito enquanto “condição de possibilidade”, que deve nortear a interpretação de regras e princípios jurídicos.

6. No terceiro e último capítulo, será tecido um panorama sobre o estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, mostrando, com JOSÉ RODRIGUEZ, que em nossa Jurisdição ainda predominam consideráveis “zonas de autarquia”, bem como uma cultura argumentativa notadamente calcada em argumentos de autoridade e não em uma racionalidade procedimental, cuja perpetuação em nosso Poder Judiciário pretende o Novo CPC justamente fomentar. Por derradeiro, será empreendido um excursão sobre a principal crítica levada a cabo por grande parte dos magistrados brasileiros contra o novel diploma processual: a suposta ofensa à razoável duração do processo. Aqui, será desconstruída essa visão parcial e pseudopragmática acerca da fundamentação das decisões judiciais, que deve ser vista não como empecilho, mas como a pedra de toque da atuação jurisdicional.

CAPÍTULO I

A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO PROCEDIMENTO

I.A. O DIREITO NA MODERNIDADE TARDIA

7. O alvorecer da Modernidade pode ser compreendido como uma aquisição evolutiva que trouxe consigo a paulatina diferenciação funcional de sistemas sociais e o surgimento do indivíduo³.

8. Isso porque, a sociedade pré-moderna era, basicamente, um amálgama indiferenciado, composto pela miscelânea das diversas esferas de comunicação constitutivas da sociedade. Direito, economia, arte e política, dentre outros, estavam essencialmente imbricados e possuíam como pano de fundo mantenedor da ordem uma “*estrutura política de dominação, reproduzida com base na diferença entre poder superior e inferior, e da semântica moral-religiosa, construída com base na distinção (moral) entre o bem e o mal, que era indissociável da diferença (religiosa) entre o transcendente e o imanente*”⁴.

9. O Direito, portanto, retirava sua validade de princípios metafísicos do jusnaturalismo determinado pela moralidade cristã, permanecendo, à semelhança das demais esferas da vida social, indiferenciado e determinado heteronomamente por esse “*arcabouço supremo, composto de moral impregnada religiosamente e de dominação política*”⁵. A ordem política, por sua vez, era justificada mediante o direito divino dos soberanos. A economia, em vias da passagem do feudalismo para o mercantilismo (e, depois, para o

³ Segundo HABERMAS, essa mudança de paradigma “*tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 17). No mesmo sentido, para MARCELO NEVES: “*O conceito de pessoa, que está associado à semântica moderna da individualidade, não estava presente [na pré-modernidade], uma vez que não se distinguia claramente entre homem e sociedade-organização: o homem era concebido como membro ou não membro, conforme a sua pertinência a uma camada social. Inexistente o conceito de pessoa em sentido moderno, a integração social não poderia relacionar-se com a instituição de direitos, mas sim com a atribuição de privilégios de status*” (NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 8).

⁴ NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pgs. 6/7.

⁵ NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pgs. 6/7.

capitalismo), era também influenciada pela religiosidade, da qual o maior exemplo era a vedação, na Alta Idade Média, do lucro e da usura.

10. O paradigma filosófico por detrás dessa ordem de coisas essencialmente estática e primordialmente voltada para a manutenção do *status quo* era, segundo HABERMAS, uma razão prática e suas “*encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política*”⁶. Citem-se como exemplos de construções teóricas apegadas a esse estado de coisas, os pensamentos de ARISTÓTELES e de HEGEL⁷. Este ao desenvolver o conceito de “*espírito do povo*” e aquele ao justificar a escravidão no contexto da *polis* grega, não fazem senão afirmar que “*a sociedade encontra a sua unidade na vida política e na organização do Estado*”⁸.

11. A erosão da sociedade pré-moderna e de sua razão prática ocorreu, segundo LUHMANN, mediante “*um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão*”⁹. Deve-se pontuar que, para LUHMANN, a evolução sistêmica não guarda consigo o ideal racional-iluminista de progresso e de melhoria ou da busca instrumental de algum fim, mas sim “*a transformação do improvável em provável*”¹⁰, quando o “*desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema*”¹¹.

12. De outro lado, para THOMAS KUHN, esse processo teria ocorrido mediante uma mudança de paradigma. KUHN, enquanto filósofo da ciência tradicionalmente ligado às ciências exatas buscou, em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, teorizar sobre o

⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 17.

⁷ “Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural deveria configurar normativamente a única e correta ordem política e social” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 19).

⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 19

⁹ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*”). In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“*La costituzione come acquisizione evolutiva*”). In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pgs. 10 e 13.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pgs. 10 e 13.

estatuto epistemológico dessas ditas “ciências duras”. Importante destacar que o professor de Harvard foi profundamente influenciado pelas reflexões de GADAMER¹², autor alemão essencialmente vinculado à hermenêutica filosófica e à fenomenologia hermenêutica.

13. Segundo aduz, o conhecimento não se desenvolve pacificamente, no sentido de uma evolução lenta, gradual e sem sobressaltos, mas, ao contrário, ocorre mediante rupturas, saltos, alterações de paradigmas¹³. Nas palavras do autor, “*a ciência normal leva, ao fim e ao cabo, apenas ao reconhecimento de anomalias e crises. Essas terminam não através da deliberação ou interpretação, mas por meio de um evento relativamente abrupto e não-estruturado semelhante a uma alteração da forma visual*”¹⁴.

14. O conceito de paradigma seria, justamente essa “*forma visual*”, esses óculos mediante os quais é possível se enxergar a factualidade das encarnações das formas da vida social¹⁵. Segundo aponta MENELICK DE CARVALHO NETTO, “*essa discussão de Kuhn encontra-se também intimamente vinculada aos desenvolvimentos da filosofia da linguagem, ao denominado giro pragmático*”¹⁶.

15. De fato, tais reflexões filosóficas são caudatárias dos desdobramentos teóricos acerca do papel da linguagem no mundo, particularmente, na esteira da tradição inaugurada

¹² GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

¹⁴ KHUN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. Pg. 160.

¹⁵ “[...] um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos”. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

por LUDWIG WITTGENSTEIN no *Tractatus logico-philosophicus*, acerca do papel fundamental que o silêncio exerce na comunicação¹⁷.

16. Segundo MENELICK DE CARVALHO NETTO, “Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo *democracia*, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional, mas mero preconceito, ou seja, uma pré-compreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum”¹⁸.

17. Dessa forma, a comunicação torna-se improvável justamente porque não há uma convergência de sentido das palavras utilizadas pelas pessoas que se comunicam. Ocorre, no entanto, que a comunicação efetivamente ocorre devido à não problematização, pelos comunicadores, do sentido de toda e qualquer palavra utilizada em seus respectivos discursos. É dizer, nós nos comunicamos devido ao pano de fundo compartilhado de silêncio, aos preconceitos linguísticos que representam a (pré)compreensão do mundo no qual estamos inseridos antes mesmo de nascermos. Em suma, “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”: esse o paradoxo da linguagem¹⁹.

18. Para THOMAS KHUN, os paradigmas seriam justamente esses preconceitos, essas pré-compreensões constituidoras do pano de fundo da linguagem, o qual, “decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e

¹⁷ “Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar.” (Aforismo 7). Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 1994. p. 281. Nesse mesmo sentido, afirma Marcelo Neves: “O problema da compreensibilidade resolve-se, em parte, por força de uma semântica social generalizada no plano da linguagem natural, em parte por força dos sentidos construídos no particularismo da interação; refere-se à possibilidade de que o destinatário corresponda à expectativa do emitente no que se refere ao conteúdo da mensagem. A compreensibilidade manifesta-se, no plano da comunicação, mediante ações (incluindo a omissão) ou linguagem (incluindo o silêncio) que respondem, com sentido, à mensagem” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 126).

¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

*que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana”*²⁰.

19. Dessa forma, a passagem da pré-modernidade para a modernidade representou verdadeira e significativa mudança de paradigma, a qual não ocorreu de maneira pacífica e ordenada, mas, ao contrário, de forma drástica e radical, erodindo as bases da eticidade típica das sociedades tradicionais. Conforme supramencionado, para LUHMANN, tratou-se de uma *“uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão”*.

20. De fato, muitos foram os fatores que contribuíram para a emergência da Modernidade, a qual foi gestada por pelo menos três séculos de intensos processos revolucionários em todas as searas da vida social. Processos esses que perpassam a formação do capitalismo e da mais-valia (Karl Marx), o surgimento das práticas de investigação policial em detrimento da verdade misticamente revelada (*O nome da rosa*, Umberto Eco), as demandas por liberdade de confissão religiosa (Martinho Lutero), a alteração do modelo cosmológico geocêntrico para o heliocêntrico (Galileu Galilei), dentre outros²¹. Há de se mencionar, ainda, a difusão da escrita através da imprensa, bem como o surgimento da divisão do trabalho (Durkheim)²², como razões outras influenciadoras desse complexo alvorecer do mundo moderno.

21. Durante a efervescência manifestamente revolucionária desse período, o Direito também sofreu significativas mudanças, que culminariam, em seu ápice, com a criação da Constituição pelos estadunidenses.

²⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

²¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

²² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pgs. 10 e 13.

22. Conforme dito anteriormente, poder político e direito se confundiam e se determinavam reciprocamente. Isso porque, o direito, indisponível e sacro, legitimava as estruturas de poder, servindo antes como “*justificação da investidura, titularidade e exercício do poder pelo soberano (individual ou coletivo)*”²³.

23. Importa consignar, no entanto, que a fundamentação do poder, exercida pelo direito sacro, não pode ser comparada aos *checks and balances* contemporâneos, uma vez que não “*havia limitações jurídico-positivas relevantes ao soberano no exercício do jus imperium, ou seja, limitações normativas estabelecidas e impostas por outros homens à sua ação coercitiva*”²⁴.

24. Havia, assim, uma completa indiferenciação funcional entre política e direito, marcada pela subordinação do jurídico às estruturas de poder: “*o chamado ‘direito sacro’ é antes um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião*”²⁵.

25. Paulatinamente, no entanto, esse quadro passou a ser alterado. De maneira paulatina, porque ao advento do Estado Moderno não se seguiu, imediatamente, o constitucionalismo. O Absolutismo monárquico, típico dos Estados nacionais surgidos com o esfacelamento da ordem feudal, ainda carregava consigo a marca indelével da indiferenciação funcional entre política e direito.

26. Segundo MARCELO NEVES, no entanto, “*o que surgia de novo era a tendência à superação dos fundamentos sacros do poder, a saber a dessacralização do direito*”²⁶.

27. Isso porque, o jurídico passava a ser visto não mais como algo metafisicamente revelado pela moralidade cristã, mas sim como um instrumento de exercício de poder por parte do soberano, ao qual seriam atribuíveis direitos de nascimento oponíveis aos súditos, sem que a recíproca fosse, obviamente, verdadeira. É dizer: “*Com o absolutismo, passa-se de*

²³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 8.

²⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 9.

²⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 9.

²⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 17.

uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política”²⁷.

28. Há de se ressaltar, no entanto, que durante esse período de transição entre pré-modernidade e modernidade surgiram tentativas de limitações positivas ao exercício arbitrário do poder real, cujo exemplo histórico máximo é o "*L'État c'est moi*", de Luís XIV. Podem-se citar como exemplos de tais tentativas as cartas de liberdade ou pactos de poder, bem como as leis fundamentais (*lois fondamentales*).

29. Dos primeiros, o arquétipo historicamente mais famoso é a Magna Carta inglesa de 1215, a qual, apesar do ufanismo histórico-jurídico de reputá-la como “declaração de direitos” ou “pré-constituição”, não era senão um típico contrato medieval entabulado entre um suserano e seus vassallos, entre um rei e seus barões, contra o desenfreio e desmedido arbítrio do poder monárquico²⁸.

30. As leis fundamentais, por sua vez, surgiram no âmago do Estado Absolutista francês. Inicialmente, circunscritas a um conjunto de leis positivas²⁹ regedoras da sucessão real, as *lois fondamentales* passaram a ser vistas como um verdadeiro contrato entre súditos e rei. Tal concepção “*de origem pactícia servia para delimitar esferas de poder e sobretudo*

²⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 18.

²⁸ SEERLAENDER, Aírton. *Notas sobre a Constituição do Direito Público na Idade Moderna: A Doutrina das Leis Fundamentais*. Sequência, vol. 27, n. 52, 2006.

²⁹ Segundo LUHMANN, “É certo que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio. Assim, tornava-se mais uma vez necessária a diferenciação, totalmente desconhecida na Idade Média, entre o direito intangível e o direito disponível e também a velha hierarquia entre o direito divino, o natural e o positivo não mais servia para resolver o paradoxo da soberania. Os primeiros e todas as tentativas experimentais levaram a algo como as “leis fundamentais”. Trata-se essencialmente das condições de manutenção da continuidade dinástica (e nesse sentido do Estado), como, por exemplo, das regras de sucessão ao trono. Essas, em razão de sua justificação, servem-se de um argumento auto-referencial, qual seja, o de que o Estado não pode negar os princípios aos quais deve a sua própria existência. É apenas no século XVI, portanto, que o conceito de Constituição (Konstitution), que o direito romano usava de modo completamente distinto, adquire um novo significado, que o libera das limitações das leis fundamentais anteriormente vigentes e o exonera da necessidade de recorrer a uma fundamentação de tipo jusnaturalista” (LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

para ressaltar a ilicitude da expansão do poder monárquico”³⁰. Além disso, o “conceito se prestava a lastrear a estrutura dualística do poder político, ao mesmo tempo em que salientava o caráter jurídico — e legal — dessa mesma estrutura”³¹.

31. Apesar de não podermos considerá-las como manifestações do constitucionalismo, tanto os pactos de poder como as leis fundamentais apontavam para um “desenvolvimento funcionalmente equivalente”³² inserido no bojo do processo evolutivo de paulatina diferenciação funcional entre política e direito, o qual atingiu seu pico, conforme adiantado, apenas com as Constituições revolucionárias dos Estados Unidos (1776) e da França (1789).

32. Tais processos revolucionários originaram-se, basicamente, da oposição aos arbítrios do soberano (Rei ou Parlamento). Para tanto, ocorreu uma refundação das bases da soberania, outrora assentada e atrelada ao corpo do monarca, e, agora, fundada na vontade do povo, a qual, mediante o poder constituinte originário, funda a Constituição, que, por sua vez, origina, limita e condiciona os poderes constituídos³³.

33. NIKLAS LUHMANN, no clássico texto *A Constituição como Aquisição Evolutiva*, afirma o seguinte:

³⁰ SEERLAENDER, Airton. *Notas sobre a Constituição do Direito Público na Idade Moderna: A Doutrina das Leis Fundamentais*. Sequência, vol. 27, n. 52, 2006.

³¹ SEERLAENDER, Airton. *Notas sobre a Constituição do Direito Público na Idade Moderna: A Doutrina das Leis Fundamentais*. Sequência, vol. 27, n. 52, 2006.

³² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 18.

³³ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia - Soberania e Poder Constituinte*. Revista DireitoGV, vol. 6, n. 1, 2010. Nesse mesmo sentido, é a assertiva de LUHMANN: “Na América, a revolução foi juridicamente assentada sobre a ideia ainda medieval segundo a qual não é lícito ao Soberano - aqui o Parlamento londrino - violar o direito. Sob a forma geral da soberania, o príncipe, objeto da resistência, é substituído pelo Parlamento, ora soberano. Mas exatamente o fato de se continuar a pensar o Parlamento em termos de representação popular faz com que surja uma nova dificuldade. A teoria da representação deve assumir novas formas. É necessário distinguir entre o povo como corpo coletivo e o povo como corpo representativo. Os ingleses, antes já do século XVIII, haviam realizado o deslocamento da sede da soberania, acarretando todas as consequências daí decorrentes” (LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

“É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e constringe a que se conclua que a Constituição deva ser supra-ordenada em relação a todo o demais direito. Essa ideia só parece haver surgido após a Declaração da Independência de 1776. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito: no passado, havia, é certo, a ideia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a ideia de que houvesse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Essa posição particular, no entanto, encontra a sua expressão no fato de que a Constituição, por sua vez, relaciona-se com o demais direito e contém uma regra de colisão para a hipótese de uma contradição entre ela e o demais direito.”

34. E é precisamente aqui que reside a peculiaridade da Constituição enquanto acoplamento estrutural do direito e da política. Segundo MARCELO NEVES, *“Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico do Estado de Direito”*³⁴.

35. Nas palavras de LUHMANN, o *“conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles”*³⁵.

36. E tal sucede precisamente porque o direito passa a limitar a política, fazendo imperar os direitos fundamentais historicamente conquistados, bem como os processos de

³⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pgs. 98. Ainda segundo MARCELO NEVES, *“Ao lado da distinção primária ‘poder/não-poder’, o esquema binário ‘lícito/ilícito’ passa a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Só a partir dessa inserção do código de preferência jurídico no interior do sistema político, este se constitui como circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.”* (Idem, pg. 89).

³⁵ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

reprodução e exercício do poder por quem quer que seja. Ao mesmo tempo, a política, por sua vez, influencia o sistema jurídico ao continuamente renová-lo mediante as decisões majoritárias democraticamente alcançadas (soberania popular)³⁶. Dessa forma, a Constituição representa um acoplamento estrutural entre política e direito, pois figura como um mecanismo de interpenetração concentrada e duradoura entre os dois sistemas sociais (Marcelo Neves)³⁷.

37. Assim, para a teoria sistêmica luhmanniana, “*o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político*”³⁸. Ou dito, em outras palavras, a emergência da Constituição, para LUHMANN, marcaria o emergir do Estado Democrático de Direito, na medida em que “*impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras*”³⁹.

38. Nesse sentido, “*Em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo do Estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização dos sistemas político e jurídico em face das influências contraditórias do respectivo ambiente*”⁴⁰.

³⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia - Soberania e Poder Constituinte*. Revista DireitoGV, vol. 6, n. 1, 2010.

³⁷ Segundo MARCELO NEVES: “A Constituição, por um lado, torna o código-diferença ‘lícito/ilícito’ relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca do poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença ‘poder/não poder’ ou, em termos contemporâneos, ‘governo/oposição’ relevante para o sistema jurídico. Isso significa que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, inclusive na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente” (NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 57).

³⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 89

³⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 99.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 143.

39. Assim, para LUHMANN, a noção de legitimação procedimental está intimamente vinculada ao próprio surgimento da sociedade moderna⁴¹, acima sucintamente exposto.

40. Nesse ponto, cumpre introduzir a teoria do discurso de JÜRGEN HABERMAS enquanto ferramenta conceitual indispensável para a presente pesquisa e que guarda, precisamente nesse estágio de reflexão, relação de complementaridade com LUHMANN, conforme discorre MARCELO NEVES em sua obra *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*.

41. Segundo NEVES, quando nos debruçamos sobre dois monumentos teóricos como a teoria sistêmica de LUHMANN e a teoria do discurso de HABERMAS, devemos tomar cuidado para não recairmos em um “*eclétismo inconsistente*”, mas, ao mesmo tempo, podemos “*retirar-lhes elementos conceituais que possam servir à construção de um modelo adequado de fundamentação do Estado Democrático de Direito e à compreensão das condições limitantes de sua realização*”⁴².

42. Adiantando alguns passos, cumpre esclarecer, desde já, que HABERMAS, à semelhança de LUHMANN compreende (com a devida atenção para as óbvias peculiaridades teóricas de cada autor) a positividade do direito e a legitimação pelo procedimento como inerentes à emergência do Estado Democrático de Direito⁴³, nosso paradigma constitucional atual.

I.B. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

43. HABERMAS propõe um modelo de evolução social e do direito significativamente diverso daquele aventado pela teoria sistêmica. Para o professor da segunda geração da Escola de Frankfurt, o desenvolvimento social e do Direito ocorreria à semelhança do desenvolvimento cognitivo-moral. É dizer, HABERMAS “*reinterpreta os*

⁴¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 142.

⁴² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 124.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 142.

modelos de desenvolvimento cognitivo de Piaget e Kohlberg a partir da teoria da ação comunicativa”, aplicando-os ao mundo social. De acordo com o autor:

“O conceito ‘agir comunicativo’, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas *mantêm-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados — ao menos de indivíduos socializados comunicativamente — devendo ser trabalhada pelos participantes.”⁴⁴.

44. Como se vê, HABERMAS transporta da teoria da linguagem para a teoria social a tensão entre facticidade e validade⁴⁵ enquanto força motriz e pedra de toque do agir comunicativo. Tal tensão constitutiva, para o autor, irrompe também na seara do direito: “*o que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente*”⁴⁶. Para ele:

“[...] A ideia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da autoaplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito a partir de fora. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma sequência aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder — ilegítimo — das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa.”⁴⁷

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 35.

⁴⁵ Segundo aduz, “*Com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, através da qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo), essa relação de tensão emigra para os fatos sociais. Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão linguística desencadeada no agir comunicativo através de pretensões de validade como um momento da facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem as formas de vida.*” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 56).

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 56.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 61.

45. Segundo a teoria do discurso, essa tensão entre facticidade e validade apresenta duas facetas indissociavelmente imbricadas: tensão interna e tensão externa, as quais se referem “à situação do direito perante os imperativos funcionais de uma sociedade supercomplexa”⁴⁸.

46. Para pontuar o aspecto extrínseco da tensão, HABERMAS discorre, no capítulo II de sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, sobre as teorias sociológicas do direito e as teorias filosóficas da justiça. Segundo aduz, ambas os desenvolvimentos teóricos teriam cometido o equívoco de se ater fundamentalmente a apenas uma das expressões da tensão.

47. As teorias sociológicas, ao privilegiarem a facticidade do fenômeno jurídico, teriam recaído em um “*objetivismo radical*”⁴⁹, desconsiderando a fundamentação e a justificação jus-filosófica do Direito. De outra banda, as teorias filosóficas da justiça⁵⁰, ao privilegiarem sobremaneira a validade do sistema jurídico, teriam incorrido em clara e

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 112.

⁴⁹ No ponto, HABERMAS tece contundentes críticas tanto ao materialismo histórico de MARX, quanto à teoria dos sistemas de LUHMANN. Segundo aduz, em MARX, “a categoria do direito perde sua posição-chave na estratégia teórica. Parece que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras rígidas do direito racional: E se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza não-normativa. [...] A imagem extraída da medicina logo é substituída pelo venerável tesouro de metáforas relacionado à construção de uma casa: o direito faz parte da superestrutura da base econômica de uma sociedade, onde a dominação de uma classe social sobre as outras classes é exercitado na forma não-política do poder de disposição privado sobre os meios de produção. O círculo recursivamente fechado entre produção e reprodução de valores de troca impõe-se ao direito e às suas realizações de integração social, reduzindo-o às dimensões de um epifenômeno” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 68/69). Em relação a LUHMANN, por sua vez, HABERMAS assevera o seguinte: “O direito deixa de ser considerado um epifenômeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e de discursos (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 71).

⁵⁰ Por todas, HABERMAS critica a teoria da justiça de RAWLS, afirmando que “[...] essas condições abstratas, que tornam possível o julgamento imparcial de questões práticas, não coincidem com as condições sob as quais nós estamos dispostos a agir moralmente. Por isso, Rawls, ao procurar a força motivacional de uma cultura política favorável, encontra-se numa tradição constitucional privilegiada, com mais de duzentos anos de idade, sempre desafiada por conflitos raciais e de classes, porém renovada e revitalizada a cada passo, através de interpretações radicais. Não podemos entender isso apenas em sentido literal, caso contrário a força política de convencimento ficará reduzida a alguns poucos contextos de ressonância” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 90).

manifesta desconsideração dos aspectos institucionais do fenômeno jurídico, recaindo fortemente em uma abstração teórica desamarrada do mundo fático-social.

48. A tensão interna, por sua vez, seria referente à “*relação entre positividade e legitimidade*”. Isso porque, “*o direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos. Essa é a forma mais genérica em que se apresenta o problema. No âmbito da jurisdição, a questão relaciona-se com a tensão entre segurança jurídica e decisão correta (ou discursivamente fundamentada)*”⁵¹.

49. A partir dessa tensão, HABERMAS constrói o seu conceito de direito moderno. Segundo o professor alemão:

“Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma de saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação”⁵².

50. Para ele, então, ao contrário das teorias maniqueístas que tanto critica, o direito moderno traz consigo a indelével “*necessidade de justificação nos quadros de uma moral pós-convencional*”⁵³. Tal justificação residiria, conforme adiantado no final do subcapítulo anterior, na positividade do direito, à semelhança do que sustenta LUHMANN.

51. Para HABERMAS, “*O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação*”.

⁵¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 114.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 110/111.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 114/115.

Isso quer dizer que “a autonomia do direito, inerente ao Estado de Direito, [...] resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação racional discursiva”⁵⁴.

52. Para ele, as leis “obtem sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade”⁵⁵.

53. Dessa forma, a teoria do discurso afirma ser o direito procedimentalmente legitimado. Portanto, tal teoria “entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”⁵⁶.

54. HABERMAS sintetiza as suas reflexões sobre o procedimentalismo jurídico da seguinte maneira:

“O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocratas do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para o desenvolver do direito — a tal ponto que a justiça, apesar de todas cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito —, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legitimadora da opinião e da vontade necessitam de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela

⁵⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 143.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 114/115.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 181.

obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas”⁵⁷.

55. Para a teoria habermasiana do discurso, destarte, as decisões judiciais, no paradigma do Estado Democrático de Direito, obtêm sua legitimação a partir do procedimento, ou seja, da contraposição comunicativa de argumentos jurídicos perante a esfera pública mais ampla, de maneira que a orientação contrafactual para o consenso, à luz do respeito à igualdade comunicativa e ao lugar de fala de cada um, torne a decisão judicial fundamentada, legítima e, portanto, democrática.

56. Nota-se, assim, que apesar das óbvias divergências entre a teoria dos sistemas e a teoria do discurso, conforme alertado no final do subcapítulo anterior, ambos os autores convergem sobre a positividade como autonomia do direito na modernidade tardia. O procedimento como forma de legitimação é, portanto, um ponto de convergência entre as teorias do direito de ambos os autores⁵⁸ e pode ser usada como ferramenta teórica para os fins da análise aqui empreendida acerca do Novo Código de Processo Civil.

57. De acordo com MARCELO NEVES, *“Habermas interpreta a racionalidade discursiva ou procedimental — que envolve as dimensões pragmáticas, éticas e morais — do Estado Democrático de Direito como forma de construção do consenso na esfera pública, indispensável à indisponibilidade do direito”*⁵⁹.

58. Dessa forma, segundo o modelo habermasiano, *“Os procedimentos legitimam-se [...] enquanto possibilitam e valorizam o consenso racional, ou seja, a tomada de decisões racionalmente generalizáveis”*⁶⁰.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 183/184.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 143.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 143.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 145.

59. Já para LUHMANN, “o procedimento desempenha uma função legitimadora enquanto conduz ao consenso suposto”⁶¹. Isso porque, para ele, é impensável que o consenso seja condição de validade para o direito, devendo funcionar apenas como “*mecanismo intra-sistêmico de validação*”⁶².

60. MARCELO NEVES, em sua tese de livre-docência defendida na Universidade de Friburgo (Suíça), critica esse aspecto da teoria do discurso. Segundo ele, “*Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade*”⁶³.

61. Para NEVES, o que caracteriza a modernidade é, justamente, o dissenso, a diferença, a pluralidade, e não o consenso entre projetos de vida radicalmente múltiplos. Segundo ele, “*a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito (orientada para o entendimento intersubjetivo).*”⁶⁴.

62. Assim, MARCELO NEVES propõe uma releitura da legitimação pelo procedimento através da tese da “*intermediação do dissenso contencioso através do consenso procedimental*”. Essa construção teórica afirma, em síntese, que:

“[...] o que se impõe para a manutenção de uma esfera pública pluralista e mesmo para o desenvolvimento da heterogeneidade social é o consenso em torno das regras procedimentais do jogo democrático do Estado de Direito. Assim sendo, a observância dessas regras é legitimadora do resultado procedimental no interior dos sistemas jurídico e político, reestruturando expectativas, como também legitima o sistema constitucional como um todo na perspectiva externa da esfera pública e dos diferentes subsistemas sociais autônomos, independentemente do resultado eventual do procedimento. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito legitima-se enquanto os seus

⁶¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 147.

⁶² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 148.

⁶³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 125.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 127.

procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermedeiam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública”⁶⁵.

63. MENELICK DE CARVALHO NETTO, por sua vez, ressignificando as teorias de HABERMAS e de DWORKIN (a qual será explorada no próximo capítulo), afirma o seguinte sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito:

“Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto”⁶⁶.

64. Como se vê, a despeito das respectivas diferenças de pressupostos teóricos, HABERMAS, LUHMANN, MARCELO NEVES e MENELICK DE CARVALHO NETTO compartilham entre si o ponto comum de que, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais são legitimadas pelo procedimento, sendo isso, precisamente, o que as tornam jurídicas.

65. A despeito das concordâncias e discordâncias no que concerne à possibilidade contrafactual da busca pelo consenso na esfera pública, todos esses autores concordam que o respeito às regras procedimentais estabelecidas pela *práxis* democrática legitimam o direito e o vedam de imperativos de corrupção sistêmica, bem como de influências indevidas da racionalidade instrumental, potencialmente danosa à tensão entre facticidade e validade no sistema jurídico.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 149.

⁶⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

66. É dizer, as decisões judiciais, no paradigma do Estado Democrático de Direito, só são legítimas na medida em que respeitam as regras do jogo democrático, o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico e o rol de direitos fundamentais historicamente conquistados. E mais, esse respeito ao procedimento carrega consigo, conforme bem colocado por MARCELO NEVES, a abertura para o futuro, para a incerteza e para a hipercomplexidade características da modernidade tardia.

67. Dessa forma, o art. 489 do Novo Código de Processo Civil, ao estatuir um rol objetivo de regras sobre a fundamentação adequada das decisões judiciais, procura, justamente, concretizar, na cultura jurídica nacional, a necessidade de respeito aos procedimentos argumentativos de fundamentação jurisdicional, indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. Confirma-se, por oportuno, o inteiro teor do referido enunciado normativo:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

68. O grande processualista FRANCESCO CARNELUTTI, principal mentor do Código de Processo Civil italiano, possui célebre lição segundo a qual a *lide*, instituto central da dinâmica processual, é “*um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*”⁶⁷.

69. Dessa clássica lição de processo civil, exsurge aquilo já aventado nas páginas anteriores deste capítulo: o direito, do qual o processo judicial é o principal instituto, é essencialmente conflito de interesses (religiosos, morais, econômicos, amorosos, políticos, etc.). Sendo essa a principal característica da multicêntrica sociedade moderna.

70. Ocorre, no entanto, que essa diversidade de conflitos, marcados cada qual pelo seu código específico, para ser pacificada pelo *Rule of Law*, carece da mediação do código jurídico: “*De fato, os fatores externos condicionam a reprodução do sistema jurídico também no Estado Democrático de Direito. Mas eles passam por comutação discursiva de acordo com o código-diferença ‘lícito-ilícito’ e os respectivos critérios ou programas jurídicos generalizados. A pluralidade de discursos é processada internamente, ganhando unidade sistêmica*”⁶⁸.

71. Sobre essa dinâmica da decisão judicial, HABERMAS constata o seguinte:

“As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. Pg. 78.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3a Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Pg. 151.

decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação”⁶⁹.

72. Prossegue HABERMAS afirmando que “*O discurso jurídico, no qual os fatos ‘provados’ ou ‘tidos como verdadeiros’ são julgados normativamente, só é abrangido, sob aspectos objetivos, pelo direito processual, na medida em que o tribunal tem que ‘apresentar’ e ‘fundamentar’ o seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública*”⁷⁰.

73. Como se vê, é precisamente essa a finalidade última do novel diploma processual ao trazer em seu bojo o supracitado art. 489: a exigência objetiva expressa de fundamentação minimamente adequada das decisões judiciais como forma de legitimação do provimento jurisdicional perante as partes litigantes e, ao fim e ao cabo, perante a esfera pública, numa perspectiva mais ampla.

74. Nesse mesmo sentido, afirma MICHELE TARUFFO ser a fundamentação das decisões judiciais “*expressão importante [...] da concepção democrática do poder, e em particular do Poder Judiciário, por força da qual uma condição essencial para o correto e legítimo exercício do poder consiste exatamente na necessidade que os órgãos que o exercitam se submetam a um controle externo*”⁷¹.

75. Assim, para os fins do presente trabalho, pode-se extrair a conclusão parcial no sentido de que as nupérrimas normas de fundamentação insertas no Novo CPC representam nada mais do que a materialização infraconstitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que serão “*fundamentadas todas as decisões [judiciais], sob pena de nulidade*” e assim o é devido à exigência do Estado Democrático de Direito no sentido da superação de uma moral conteudística legitimadora da atividade jurisdicional, bem como dos projetos positivistas que apostavam na ampla discricionariedade do Juiz.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 292/293.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 294.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005. Pgs. 166/168.

76. Da leitura do art. 489 do Novo CPC, constata-se precisamente isso: a intenção do legislador infraconstitucional de superar o estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil. Tal intento sói evidente quando se analisa a Exposição de Motivos do Anteprojeto⁷² do novel diploma processual, o qual dispõe que a “*mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas*”. É notória, portanto, a preocupação do Novo CPC com a legitimação procedimental das decisões judiciais, bem como com a importância de motivação consistente para mudanças de entendimento jurisprudencial (*distinguishing e prospective overruling*), tudo isso pelo bem da **integridade do direito**, aspecto esse que será desenvolvido no próximo capítulo.

⁷² SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (último acesso em outubro de 2015).

CAPÍTULO II O NOVO CPC E A INTEGRIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

II.A. INTEGRIDADE DO DIREITO

77. Conforme visto no capítulo anterior, o direito contemporâneo encontra sua legitimidade pela via do procedimento. É dizer, o direito judicial, na modernidade tardia, deve ser visto como uma das manifestações do poder estatal enquanto centro da esfera pública. Para tanto, só é legítimo na medida em que se abre argumentativa e discursivamente à confrontação pública de seus argumentos mediante a fundamentação das decisões judiciais.

78. Com HABERMAS, pode-se afirmar que é justamente essa abertura a um controle procedimental externo que confere racionalidade (discursiva) à *práxis* jurídica, fazendo com que o direito, enquanto manifestação da autonomia pública, seja conformado pelo discurso e não mais pelo conceito de soberania, o qual é visto agora como um “*lugar vazio*”⁷³, permanentemente reconstruído de maneira argumentativa na busca contrafactual do consenso. Ou, com MARCELO NEVES, na busca do consenso apenas quantos aos procedimentos, mantendo-se o dissenso substantivo característico da Modernidade tardia.

79. Nessa esteira, o Novo CPC trouxe consigo a oportuna e premente preocupação objetiva com a fundamentação adequada das decisões judiciais. O maior exemplo é o paradigmático artigo 489, que elenca um rol de diretrizes procedimentais a serem observadas pelo magistrado quando do julgamento do caso concreto. Esse artigo está intimamente ligado a outro enunciado normativo. Trata-se do art. 926, o qual assim dispõe: “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

80. Como se viu de sugestivo trecho da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código, há a clara preocupação no sentido de que a “*mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas*”.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pgs. 187/188.

81. Sói evidente, portanto, que, ao lado da preocupação com a legitimação procedimental das decisões judiciais mediante a fundamentação adequada, há uma clara atenção do Novo CPC com a integridade do direito.

82. Assim, para os objetivos do presente trabalho, se faz necessária a análise dos principais aspectos da teoria do **direito como integridade**, desenvolvida por RONALD DWORKIN, na medida em que tal construção teórica dá respostas e explicações cruciais acerca dos artigos 489 e 926 do Novo Código, inclusive justificando a sua necessidade frente aos imperativos do Estado Democrático de Direito.

83. DWORKIN, enquanto aluno e posteriormente substituto de H. L. A. HART na Cátedra de Teoria do Direito da Universidade de Oxford, estava profundamente imerso no debate ínsito ao positivismo jurídico acerca da construção racional de um modelo coerente de regras jurídicas, bem como dos problemas da legitimidade do Direito e da discricionariedade das decisões judiciais.

84. Tentando superar o modelo de regras típico do paradigma positivista, o qual era centrado em um arquétipo escalonado de regras jurídicas legitimadas pela autoridade superior de regras de reconhecimento (Hart⁷⁴) ou de normas fundamentais (Kelsen⁷⁵), que possibilitariam a criação de uma moldura jurídica a partir da qual, e dentro da qual, o juiz decidiria discricionariamente os casos, DWORKIN passa a conceber a prática jurídica como uma atividade essencialmente interpretativa⁷⁶.

85. Para tanto, desenvolve o conceito de integridade, buscando entrelaçar o embasamento do direito na moral política subjacente à comunidade jurídica personificada. Ele, então, no *Law's Empire*, divide tal princípio-maior de sua teoria em integridade na política (no processo legislativo) e integridade no direito⁷⁷.

⁷⁴ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pgs. 129 e ss.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Pgs. 255 e ss.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pgs. 271/273.

⁷⁷ “Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso

86. Segundo aduz, “*para defender o princípio legislativo da integridade, devemos defender o estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral*”⁷⁸. Esse será o mote de toda sua teoria: a comunidade política, enquanto associação de concidadãos que reciprocamente se reconhecem como livres, iguais e detentores de igual respeito e consideração, cria entre seus membros uma espécie de obrigação de moralidade política, pedindo “*ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em função da cidadania*”⁷⁹.

87. Assim, a prática política da comunidade, quando interpretada, deve sempre despontar, de acordo com o princípio da integridade, como “*expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal*”⁸⁰. Essas obrigações políticas entre os concidadãos não devem ser vistas, contudo, a partir de uma perspectiva eminentemente contratualista, tal como descrito desde HOBBS a ROUSSEAU, mas sim como “*uma ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade a qual pertence*”⁸¹.

88. Para DWORKIN, portanto, a integridade na política significa levar a sério, quando da produção/interpretação legislativa, os compromissos históricos de fraternidade, igualdade, liberdade e segurança jurídica (*fairness*) assumidos pela comunidade política interpretada (re)construtivamente⁸².

atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal [...].” (DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pgs. 261/262).

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 227.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 230.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 231.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 264.

⁸² Segundo afirma, “*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*” (DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 264).

89. Transportando essa noção de integridade, desenvolvida no capítulo VI do *Law's Empire*, para a seara jurídica, afirma DWORKIN ser o direito como integridade uma terceira via ao convencionalismo, essencialmente voltado para a tentativa de interpretação literal e originalista do passado, e ao pragmatismo, circunscrito à busca da maximização utilitarista e econômica do futuro. Nesse sentido, afirma DWORKIN, já nas primeiras páginas do referido capítulo, que “o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem [convencionalismo] ou inventam [pragmatismo] o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”⁸³.

90. Segundo aduz, para o direito como integridade, as proposições jurídicas somente são verdadeiras quando respeitam e resguardam os princípios de equidade, de justiça e do devido processo legal, todos historicamente conformados pela moral política da comunidade. Assim, para o autor, interpretar o direito é buscar a conformidade dos procedimentos jurídicos com esses princípios maiores (“virtudes”), os quais “oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁸⁴.

91. O direito, portanto, é prática essencialmente interpretativa e (re)construtiva. Isso porque, “o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda”⁸⁵.

92. Como exemplos a corroborar sua tese, discorre DWORKIN sobre os posicionamentos da Suprema Corte americana, no século passado, acerca da política de segregação racial no país⁸⁶. Como explicar que no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), a *Supreme Court* declarou inconstitucional a segregação de crianças negras, que eram impedidas de estudar em escolas de crianças brancas, com base na

⁸³ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 271.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 272.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 273.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pgs. 36/38.

Equal Protection Clause, inserta na Décima Quarta Emenda da Constituição estadunidense, sendo que 60 anos antes a mesma Suprema Corte declarara a constitucionalidade dessas mesmas políticas de segregação racial no precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), ocasião em que, interpretando Décima Quarta Emenda, chancelara a tese do “*separate but equal*”?

93. A resposta, para DWORKIN, estaria justamente no caráter interpretativo/(re)construtivo do direito e na noção de paradigma (abordada no Capítulo I). Isso porque, os *Justices* que julgaram *Plessy v. Ferguson* estavam conformados pela visão de mundo do paradigma interpretativo corrente (paradigma do Estado Liberal), a qual não lhes permitiu enxergar o conjunto de princípios insertos na Constituição americana da mesma maneira que os Juízes em *Brown* o fizeram, justamente porque o paradigma era outro (Paradigma do Estado Social), a visão sobre os princípios de equidade, justiça e *fairness* era outra. Destaque-se, no entanto, a divergência⁸⁷ do *Justice* JOHN MARSHALL, mediante a qual reputou de inconstitucionais as práticas de segregação racial (“*The law regards man as man*”), já antevendo a mudança de paradigma e o conseqüente *overruling* que tal questão teria em *Brown v. Board of Education*.

94. Esse exemplo é elucidativo do caráter (re)construtivo da interpretação jurídica e, para explicá-la, impende aqui discorrer sobre a noção de **romance em cadeia**. DWORKIN, valendo-se de sua formação também em literatura, cria um exemplo hipotético de um projeto literário segundo o qual o objetivo seria a elaboração de um romance por vários autores distintos, cada qual incumbido de escrever um único capítulo, a partir do que já fora escrito por seus antecessores, entregando-o, quando pronto, ao seu sucessor, que, da mesma maneira, terá a incumbência de escrever o próximo capítulo da maneira mais coerente possível para que, ao fim, a obra final seja reputada como fruto do trabalho de apenas um autor.

⁸⁷ Afirmou *His Excellency*: “[I]n view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved” (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896).

95. No ponto, destaca DWORKIN que “*não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que um romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou*”⁸⁸.

96. Como se vê, DWORKIN utiliza o romance em cadeia como metáfora para a construção do direito. No lugar dos romancistas, estão os juízes, que diuturnamente interpretam e reinterpretam o direito da comunidade política. No lugar da coesão e da coerência textuais, da escolha de personagens e de enredos, está a busca pela melhor interpretação dos compromissos históricos de igualdade e de liberdade comungados pela comunidade de princípios. Isso porque, para DWORKIN “*uma interpretação tem por finalidade mostrar aquilo que é interpretado em sua melhor luz possível*”⁸⁹.

97. Nesse sentido, exsurge clara a relação entre integridade no direito e a noção de paradigma, acima aventada. Segundo o autor, “*uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias*”⁹⁰. A partir dessa observação, fica clara a força simbólica do voto divergente (*Dissent*) do Justice JOHN MARSHALL em *Plessy v. Ferguson*.

98. DWORKIN entende que “*o direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo*”⁹¹. DWORKIN, então, mais uma vez, se vale de outra metáfora: a do **juiz Hércules**. Segundo ele:

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 279.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 292.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 292.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 294.

“Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotados de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras”⁹².

99. DWORKIN sabe, obviamente, que nenhum juiz real, de carne e osso, é e jamais será Hércules. E, ao assumir isso, ele não demonstra qualquer fragilidade teórica, mas, ao contrário, reforça sua concepção de direito como integridade e a aproxima do seu ideal de legitimação procedimental e (re)construtiva da prática jurídica de acordo com os direitos fundamentais (justiça, equidade e devido processo legal)⁹³.

100. É dizer, DWORKIN está muito mais preocupado com a **postura interpretativa** do juiz, com a sua permanente tentativa contrafactual de levar o direito a sério e de interpretá-lo em sua integridade. Surge, então, o postulado da **única decisão correta**. Segundo afirma, o intérprete, debruçado sobre os autos de um processo e tendo em vista a irrepetibilidade dos eventos históricos (do qual a lide é um exemplo), tem de buscar interpretar as pretensões

⁹² DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 294.

⁹³ Muitas críticas a DWORKIN surgiram justamente dessa sua metáfora do juiz hercúleo. Uma das mais conhecidas é aquela tecida por HABERMAS, segundo o qual Hércules seria um juiz movido pelo “*princípio monológico*” e dotado de um “*privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras*”. Segundo afirma: “*O princípio monológico torna-se especialmente insustentável, quando se tem como necessários paradigmas jurídicos redutores de complexidade, como é o caso de Günther. Pois a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. Isso vale também, mutatis mutandis, para uma compreensão procedimentalista do direito, que conta antecipadamente com uma concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas. Por esta razão, é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O juiz singular tem de conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.*” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 278). Conforme será visto abaixo, essa crítica de HABERMAS perde sentido na medida em que o Juiz Hércules criado de DWORKIN é um modelo de atuação jurisdicional apenas na medida em que representa, da maneira mais extremada possível, o compromisso com a integridade do direito. DWORKIN sabe e deixa expresso em sua obra, que não há juízes reais como Hércules, mas que eles devem tentar adotar, da melhor maneira possível, a postura hermenêutica no sentido de levar os direitos a sério. O importante é a postura e não a plausibilidade da existência ou não de Hércules, fato que o próprio DWORKIN rejeita com central.

jurídicas nele contrapostas, de maneira a separar o joio do trigo, ou seja, de separar as pretensões abusivas daquelas que realmente estão em conformidade com a moral política da comunidade jurídica. Assim, diz que, feito esse percurso hermenêutico, com toda a preocupação que o caso concreto exige, chegará à única resposta correta para **aquele** caso sob análise.

101. Mais uma vez, não se trata de uma ingênua concepção no sentido de que há para cada demanda jurídica uma resposta certa *a priori* ou que nunca haverá discordância sobre essa única resposta correta. Absolutamente, não. Segundo aduz o professor GUILHERME SCOTTI:

“O argumento de Dworkin da *única resposta correta* consiste na afirmação de que mesmo nesses casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispondo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito pré-estabelecido de ter sua pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isso não poderá ser obtido com auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma *postura* a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua *integridade*, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos, etc.”⁹⁴.

102. Dessa forma, novamente, trata-se da valorização da postura interpretativa do juiz e do seu dever de levar os direitos a sério. Segundo afirma LÊNIO STRECK:

“Correta, pois, a advertência de Dworkin, ao lembrar que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que o outro e de que o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a ideia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a

⁹⁴ RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Pgs. 18/19.

equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam”⁹⁵.

103. Dessa forma, à semelhança de HABERMAS, DWORKIN concebe a relação entre forma e conteúdo no direito como duas faces da mesma moeda, marcados, portanto, por uma relação de tensão e de complementaridade: a integridade exige que o juiz leve a sério o direito em toda a sua complexidade, buscando, quando da sua atividade interpretativa, resguardar o devido processo legal (aspecto formal), bem como encontrar a melhor e mais coerente interpretação para a solução daquele caso específico de maneira a materializar os ideais de justiça e de equidade conquistados ao longo da histórica constitucional (aspecto material):

“Those who say that ‘substantive due process’ is an oxymoronic phrase, because substance and process are opposites, overlook the crucial fact that a demand for coherence of principle, which has evident substantive consequences, is part of what makes a process of decision making a legal process”⁹⁶.

104. Como se vê do excuro até aqui empreendido, o direito como integridade pode ser sintetizado, grosso modo, como uma teoria normativa da coerência⁹⁷. Coerência entre as pretensões contrapostas nos autos de um determinado processo e a exigência de coesão entre a interpretação judicial e os princípios de justiça, equidade e devido processo legal (*fairness*), em suma com o postulado irrenunciável do igual respeito e consideração.

105. Importa pontuar, ademais, que para o professor estadunidense não há aquela separação estanque entre moral e direito, conforme pretendido pelo positivismo jurídico, principalmente na formulação de KELSEN⁹⁸. É dizer, para DWORKIN, o direito é fundamentado e assentado na moral política da comunidade, mas com ela não se confunde na medida em que é um sistema de ação coerentemente organizado quando interpretado em sua integridade,

⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 276.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Originalism and fidelity*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press, 2006.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 274.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Pg. 72.

voltado eminentemente para a solução de conflitos de acordo com o postulado, a virtude maior, do igual respeito e consideração.

106. Sobre as diferentes concepções morais de uma determinada comunidade, assim disserta RONALD DWORKIN:

“A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção.”⁹⁹

107. Os professores MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI afirmam, nesse mesmo sentido, que:

“O direito (com seu código *jurídico/não jurídico*) é deontológico como a moral (cujo código binário implica na distinção *justo/injusto*), mas dessa se diferencia, para além de seu espectro argumentativo, por ser um *sistema de ação*, além de um sistema de *conhecimento*. Disso decorre que o direito se compromete com resultados e necessita de um aparato coercitivo que lhe empreste efetividade. O direito não pode depender apenas, como a moral, da motivação interna de cada indivíduo. Além disso, o ordenamento jurídico se refere a uma comunidade política concreta, a uma república de cidadãos.”¹⁰⁰

108. Dessas elucidativas passagens, resta claro o seguinte: moral e direito são sistemas sociais diferenciados. Ainda que as leis, no momento de sua gênese pelo Parlamento, tenham algum conteúdo moral; esse conteúdo é, contudo, traduzido para o código jurídico na forma de direitos fundamentais. Tais direitos, por sua vez, atuam como trunfos (*trumps*)

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pg 202.

¹⁰⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Editora Forum. 2011. Pg. 103.

contra pretensões abusivas calcadas em políticas pragmáticas de maximização de finalidades coletivas¹⁰¹.

109. A despeito dos matizes teóricos próprios, que devem ser respeitados para que não recaiamos em um sincretismo teórico acrítico, JÜRGEN HABERMAS também comunga, em certo sentido, dessa relação entre direito, moral e direitos fundamentais:

“Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade política do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral.”¹⁰².

110. Segundo MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI, “*a relação entre direito e moral de Habermas e Dworkin redundante, no fim das contas, essencialmente terminológico*”¹⁰³. Para justificar tal assertiva, afirmam o seguinte:

“Para ambos os autores [Habermas e Dworkin], portanto, é o conteúdo moral traduzido para o código especificamente jurídico que confere aos direitos fundamentais o *status* de incondicionalidade em face dos demais bens e valores sociais. Da incondicionalidade dos direitos resulta seu funcionamento como trunfos em face de possíveis abusos justificados com base em políticas de maximização de finalidades coletivas”¹⁰⁴.

111. Feitos esses esclarecimentos, salta aos olhos a preocupação do Novo CPC com a integridade e coerência do ordenamento jurídico brasileiro. Tais ideais, conforme se viu, estão expressos no art. 926 do novel diploma processual.

¹⁰¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Editora Forum. 2011. Pg. 74.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. Pg. 256.

¹⁰³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Editora Forum. 2011. Pg. 74.

¹⁰⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Editora Forum. 2011. Pg. 74.

112. Para além da óbvia literalidade do Código, ao dispor que é dever dos tribunais manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente, cabe ressaltar que tal disposição seria inócua se viesse sozinha, não acompanhada de qualquer outro dispositivo que possibilitasse a efetivação procedimental desses postulados, diante da atual situação do tratamento dado pelos Tribunais pátrios à formação de jurisprudência no país. Tal dispositivo é, justamente, o art. 489, também objeto do presente trabalho.

113. Caso o art. 926 não pudesse contar com os parâmetros objetivos do art. 489, não haveria uma inovação tão significativa no direito processual pátrio, pois aquele artigo, de maneira mais expressa, é verdade, apenas desenvolve a regra inserta no art. 93, IX, da Constituição Federal, segundo o qual serão “*fundamentadas todas as decisões [judiciais], sob pena de nulidade*”. É dizer, o atual estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, marcado, em grande medida, pelo desapego com relação à fundamentação, ausência de uma *ratio decidendi* comum, inconsistência hermenêutica e despreendimento com relação à legitimação da jurisdição pelo procedimento, não seria abalado significativamente somente pelo art. 926.

114. Explica-se: como manter a jurisprudência íntegra, coerente e estável? Essa pergunta surgirá no primeiro dia de vigência do Novo CPC. Acredita-se que o principal caminho para se atingir essa finalidade normativa seja, justamente, pela fundamentação adequada das decisões judiciais. Isso porque, todos os juízes do país, incluindo os dos Tribunais Superiores, estarão obrigados, a partir de março de 2016, a fundamentarem de maneira minimamente adequada seus provimentos jurisdicionais.

115. Exigir que os magistrados não simplesmente reproduzam dispositivos legais sem explicar seu *telos* com o caso concreto decidido (inciso I), que não empreguem conceitos jurídicos indeterminados (inciso II) e passíveis de serem aplicados em qualquer decisão (inciso III), que não deixem de enfrentar todos os argumentos deduzidos na lide capazes de mudar o rumo do processo (inciso IV), que não se limitem a invocar precedentes ou enunciados sumulados sem demonstrar a relação deles com a demanda julgada (inciso V) e, por fim, que não deixem de levar em consideração os precedentes e enunciados de súmula aventados pelas partes sem antes expor o motivo da distinção (*distinguishing*) e/ou da

superação do entendimento jurisprudencial (*overruling*) alegados (inciso VI) são exigências absolutamente sectárias da concepção dworkiana de direito como integridade.

116. Isso porque, afirma DWORKIN que o juiz “*deve levar em consideração não apenas o número de decisões que são importantes para cada interpretação, mas se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem outro*”¹⁰⁵.

117. Sustenta, ainda, que “*A história política da comunidade será portanto uma história melhor [...] se mostrar os juízes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade, e se mostrar os juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade*”¹⁰⁶.

118. À luz de DWORKIN, portanto, é possível afirmar que todas as regras acerca da fundamentação das decisões judiciais, insertas no art. 489 do Novo CPC, resguardam a integridade do direito, não só porque assim exige o art. 926 do novo Código, mas porque tais regras cobram do juiz uma postura hermenêutica que leve o direito a sério, que o interprete em toda a sua complexidade, que não dê solução-padrão para casos díspares, que justifique a não aplicação de um enunciado de Lei ou de súmula, que explique porque não acolheu um argumento suscitado pela parte e que tinha a possibilidade de alterar o veredicto, que não adote conceitos jurídicos indeterminados.

119. Todas essas regras buscam, em grande medida, resguardar os princípios da justiça, da equidade e da segurança jurídica, na medida em que cobram do magistrado que analise cada caso em toda a sua complexidade, evitando que se instaure um verdadeiro modelo fordista de decisões por atacado (equidade); que destrinche as pretensões abusivas daquelas efetivamente legítimas e decorrentes da moral política da comunidade de princípios (justiça) e que, portanto, respeite o procedimento (segurança jurídica, *fairness*), o qual, como

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 296.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Pg. 297.

se viu, é intrinsecamente imbricado com a substância da decisão a ser tomada, já que o direito é, para além de um sistema de conhecimento, um sistema de ação (Habermas).

120. O inciso VI do art. 489 é modelar nesse sentido, já que carrega consigo elementos procedimentais de materialização dos três ideais trazidos pelo art. 926: integridade, coerência e estabilidade. Ao prescrever que não se considera 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*”, tal enunciado normativo exige do juiz que analise o direito da comunidade jurídica como um todo (integridade), que esteja atento e justifique as distinções entre o caso concreto e o precedente/enunciado normativo invocado (*distinguishing*), bem como para a superação de precedentes (*overruling*), estes dois últimos aspectos materializadores da coerência e da estabilidade. A supracitada Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC é, aliás, expressa nesse sentido.

121. Assim, entende-se que ambos os artigos do Novo CPC aqui estudados estão em conformidade tanto com a teoria do direito como integridade, como com as exigências procedimentais da hermenêutica jurídica pós-positivista. Segundo MENELICK DE CARVALHO NETTO:

“[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”¹⁰⁷.

122. Ante o exposto, nota-se que tais artigos se propõem justamente a resguardarem o paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que pretendem tornar as decisões judiciais mais coerentes e íntegras, materializando, assim, o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

II.B. RELAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO NOVO CPC: O ART. 489 COMO “METARREGRA DE INTEGRIDADE”

123. Das reflexões tecidas no tópico anterior, salta aos olhos uma questão crucial: como dizer que as regras do art. 489 do Novo CPC estão de acordo com a integridade do direito, se DWORKIN propõe um modelo de ordenamento jurídico justificado por princípios, em superação ao modelo positivista centrado somente em regras, tendo em vista, ademais, que o art. 93, IX, da Constituição Federal e os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica, se interpretados em sua melhor luz, já resguardariam a necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais?

124. Para responder a essa questão, impende um pequeno excursão na teoria dos princípios de DWORKIN, mediatizadas pelas reflexões teóricas de MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI, bem como na teoria alternativa proposta por MARCELO NEVES acerca da relação circular entre regras e princípios jurídicos, desenvolvida na obra *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*.

125. Conforme dito, a teoria de DWORKIN é erigida, sobretudo, como uma crítica ao positivismo jurídico, principalmente à versão desenvolvida por H. L. A. HART.

126. Segundo aduz, a formulação positivista desenvolvida por HART seria simplificadora da atividade jurisdicional, na medida em que o modelo proposto de regras escalonadas que ganhariam legitimidade a partir da autoridade conferida pelas regras hierarquicamente superiores, até se chegar à regra de reconhecimento, que fecharia metafisicamente o ordenamento jurídico, não daria conta de apreender toda a complexidade do fenômeno jurídico. De acordo com ele, descrever o direito como um sistema de regras do tipo tudo-ou-nada, válidas ou inválidas a partir de um critério hierárquico de pertencimento e de *pedigree* formal, não captaria a completude do direito, uma vez que se esqueceria dos princípios jurídicos, indispensáveis para a prática jurídica e para a legitimidade do direito.

127. Principalmente na obra *Taking Rights Seriously*, DWORKIN se propõe a uma crítica ao modelo positivista autocentrado em regras, contrapondo-o à sua teoria acerca dos princípios jurídicos. Confira-se, a propósito, sugestivo excerto sobre essa diferenciação:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis quanto à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

Um princípio, como ‘nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos’ não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, esta não é uma razão que o direito não levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção — por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estipulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio de nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como uma razão que inclina numa ou noutra posição”¹⁰⁸.

128. Destaca DWORKIN, ainda, que as regras e os princípios se diferem em outro aspecto fundamental. Segundo aduz, os princípios seriam dotados de uma “*dimensão de peso*” ou “*de importância*”, não exaurindo as suas próprias condições de aplicação e não determinando uma solução *a priori* para os casos jurídicos. Confira-se:

“Essa primeira diferença entre as regras e os princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pgs. 39/42.

política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ela tem e quão importante ela é ¹⁰⁹”.

129. Concordando com DWORKIN, afirma MENELICK DE CARVALHO NETTO, nesse mesmo sentido, que:

“[...] é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica: ‘Se A, deve ser B’. Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contraditórios que estão sempre em concorrência entre si para reger determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica.” ¹¹⁰.

130. Para DWORKIN, portanto, o ordenamento jurídico é formado por regras e por princípios, com destaque para o fato de que até mesmo as regras são principiológicas, na medida em que se apresentam como densificações de princípios, a eles sempre referíveis.

131. MARCELO NEVES, em seu mais recente livro (*Entre Hidra e Hércules*), propõe um modelo alternativo tanto ao modelo de regras e princípios de DWORKIN, quanto ao modelo

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pgs. 39/42.

¹¹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

desenvolvido por ROBERT ALEXY. Segundo discorre o Professor da Universidade de Brasília, é “*mais apropriada a noção sistêmica da observação de primeira e de segunda ordem para que se compreenda a localização da distinção entre princípios e regras no plano da argumentação jurídica*”¹¹¹.

132. Sobre a diferenciação entre as observações de primeira e de segunda ordem aplicada aos princípios e regras jurídicas, aduz que a primeira é a “*mera observação cotidiana do direito, da pura aplicação rotineira das normas jurídicas*”¹¹², não havendo, assim, questionamentos sobre a validade, sentido e coerência das normas, só a sua estrita obediência.

133. Somente quando as condições de cumprimento da norma, bem como a sua teleologia, são problematizadas no âmbito da argumentação jurídica, “*descortina-se a diferença jurídico-sistêmica entre princípios e regras*”¹¹³, implicando, destarte, a observação de segunda ordem. O autor esclarece, todavia, o seguinte:

“De antemão, não se pode definir qual padrão constitui um princípio ou uma regra. Vai depender do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo. Evidentemente, um padrão pode ser estabilizado como princípio ou regra no sistema (a dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura), e essa estabilização pode estar relacionada, não raramente, à sua textualização constitucional. Mas o surgimento de novos princípios ou regras na cadeia argumentativa é, de início, inexaurível. Além disso, cabe observar que, por se tratar de conceitos normativos análogos aos tipos ideais como categorias gnoseológicas, eles, a rigor, não podem ser imunizados de qualquer contaminação recíproca na prática jurídica. Daí porque se falar em híbridos, normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”¹¹⁴.

134. Exsurge, assim, para NEVES, a categoria das normas híbridas ou **metarregras**. Sobre a localização dessa categoria, afirma o autor que “*as metarregras são normas que se*

¹¹¹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 98.

¹¹² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 98.

¹¹³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 98.

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 98.

referem a normas e, portanto, são também normas de normas”¹¹⁵. Exemplos delas seriam, dentre outras, as “regras de sobredireito processual e regras superiores às normas que são criadas de acordo com elas na dinâmica jurídica”¹¹⁶.

135. Nesse sentido, pode-se afirmar, à luz da tipologia proposta por MARCELO NEVES, que o art. 489 do novo CPC é uma metarregra. Isso porque, tal artigo serve “*como solução incidental ou abstrata de um conflito internormativo, solução de uma controvérsia sobre a norma a aplicar a um caso, solução de uma questão referente ao âmbito de incidência de outras normas, solução processual do conflito normativo de direito substantivo ou mesmo de direito processual etc.*”¹¹⁷.

136. O art. 489, conforme demonstrado, possui como *telos* justamente isso: refletir sobre a produção de normas (sentenças e acórdãos judiciais¹¹⁸) e regular o âmbito de aplicação de outras regras (súmulas, dispositivos de Lei, precedentes).

137. Assim, da regra enquanto tipologia “pura”, essa metarregra se diferencia na medida em que representa uma metalinguagem normativa, ou seja, uma reflexão de uma regra sobre outra regra (regra sobre como uma sentença — que se afigura como outra norma — deve ser fundamentada).

138. Igualmente, dos princípios também se diferenciam, pois “*à luz delas [das metarregras], sempre é possível uma observação de primeira ordem do caso a decidir e da norma de decisão. Os princípios, ao contrário, permanecem, na dimensão estrutural, sempre no plano da observação de segunda ordem, não oferecendo critérios definitivos para a solução do caso*”¹¹⁹.

¹¹⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 124.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 124.

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 125.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Pgs. 255/272.

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 125.

139. Conforme aventado no subcapítulo anterior, para além da classificação do art. 489 do Novo CPC como metarregra, cabe outra, que leve em consideração o seu papel para a integridade no direito.

140. Esse dispositivo normativo, conforme se viu, busca resguardar que a atuação jurisdicional, materializada em sentenças e acórdãos, prime por contemplar a coerência da ordem jurídica e os compromissos históricos assumidos pela comunidade de parceiros do direito perante a Constituição Federal de 1988, ou seja, que o magistrado efetivamente leve o direito a sério, leve em consideração os argumentos aventados pelas partes litigantes à luz do postulado do igual respeito e consideração e que leve em conta, por fim, o caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, marcado pela pluralidade de conflitos e pela necessidade de legitimação procedimental dos atos estatais, inclusive os do Poder Judiciário.

141. Pode-se, então, classificar o art. 489, § 1º, do Novo CPC como uma **metarregra de integridade**. Isso porque, segundo MARCELO NEVES, regras semelhantes a essa atuam como verdadeiras regras de regras, metalinguisticamente se referindo a outras normas, no caso, sentenças, acórdãos e, por conseguinte, precedentes. De igual maneira, à luz de DWORKIN, esse mesmo artigo serve ao resguardo do postulado do direito como integridade.

142. Nesse sentido, a integridade pode ser vista como um postulado, uma “*condição de possibilidade do funcionamento de uma ordem normativa*”, de uma maneira geral, e para o Novo Código de Processo Civil, particularmente (conforme exigido expressamente por seu art. 926).

143. Segundo MARCELO NEVES, uma condição de possibilidade “*vale para todo e qualquer princípio (ou regra): sempre se podem apresentar critérios que constituem condições de possibilidade intrínsecas de sua aplicação, sem que disso resulte impreterivelmente que eles configurem normas jurídicas*”¹²⁰.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 112.

144. Deve-se ter em mente, assim, que a tipologia aqui proposta para o art. 489 do Novo CPC (**metarregra de integridade**) comunga diretamente da teoria do direito como integridade de DWORKIN e da teoria de MARCELO NEVES sobre a circularidade entre regras e princípios no plano da argumentação jurídica.

145. Isso porque, DWORKIN assume a possibilidade de um hibridismo entre regras e princípios¹²¹, aceitando, assim, a classificação tripartite de NEVES. De outra banda, é possível se conceber a integridade do direito como uma “*condição de possibilidade*” do ordenamento jurídico, na medida em que o intérprete, ao se debruçar sobre um caso concreto, deve interpretar as pretensões nele contrapostas, bem como as normas aplicáveis ao caso, justamente à luz desse postulado, dessa “*condição de possibilidade*”. A despeito, portanto, das óbvias diferenças teóricas entre ambos os autores e sem recair em um ecletismo teorético, pode-se dizer que o art. 489, § 1º, do Novo CPC, aqui chamado de **metarregra de integridade**, atua como um ponto de inflexão entre ambos os teóricos.

146. Recapitulando o até aqui dito, o art. 489 do CPC está, conforme visto no capítulo I, em conformidade com as exigências procedimentais do Estado Democrático de Direito, na medida em que exige do Poder Judiciário que legitime suas decisões através da contraposição de argumentos jurídicos, coerentes e fundamentados, não só perante as partes litigantes imediatamente interessadas na lide, mas também, e principalmente, perante a esfera pública mais ampla. As exigências nele constantes, no sentido de vedar que os magistrados motivem suas decisões de maneira absolutamente dissociada dos princípios democráticos basilares (segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, igualdade, dentre outros), atuam, portanto, como requisitos procedimentais do paradigma do Estado Democrático de Direito.

147. Assim, é flagrante que o novel diploma processual, em sintonia com as novas exigências da democracia contemporânea pós 1988, milita pela integridade e coerência do direito. Com efeito, partindo-se do embate teórico travado entre as teorias acerca da relação entre regras e princípios jurídicos desenvolvidas por MARCELO NEVES e por RONALD

¹²¹ “[...] Dworkin sustenta que ‘Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma.’” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Pg. 104).

DWORKIN, pode-se encontrar um ponto de convergência, como se viu, entre ambos os desenvolvimentos teóricos. Tal ponto pode ser assim sintetizado: **(a)** a clássica dicotomia entre regras e princípios é relativizada tanto por NEVES quanto por DWORKIN, uma vez que ambos concebem tipos híbridos (metarregras) entre os dois modelos “puros” ou “ideais”; e **(b)** DWORKIN desenvolve a clássica concepção do direito como integridade enquanto teoria normativa da coerência jurídica, orientadora de toda interpretação que efetivamente leve os direitos a sério; já MARCELO NEVES, no mesmo sentido (apesar de claras divergências e matizes teóricos próprios), concebe a existência de condições de possibilidade do funcionamento de uma ordem normativa, que se diferenciam de regras e princípios. Assim, pode-se classificar o art. 489 do Novo CPC como uma **metarregra de integridade**.

148. Feito esse panorama teórico e alcançadas essas duas conclusões parciais, cumpre agora tecer um breve excuro sobre o estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, bem como das resistências institucionais e pseudopragmáticas acerca do art. 489 do Novo CPC.

CAPÍTULO III

O ART. 489 DO NOVO CPC: PANORAMAS E PERSPECTIVAS

III.A. O ESTADO DA ARTE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL E A PRETENSÃO DO NOVO CPC DE SUPERAR AS “ZONAS DE AUTARQUIA”

149. O repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça guarda em seus anais sugestivo julgado em que o Ministro HUMBERTO DE BARROS demonstra como grande parte dos juízes brasileiros, incluindo *His Excelency*, enxergam a fundamentação das decisões judiciais:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. 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 e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Este é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.” (AgRg no REsp n. 278889/AL, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 03.04.2001, DJ 11.06.2001).

150. Esse estarrecedor excerto indica, em grande medida, o atual estado da arte de significativa parcela do Poder Judiciário brasileiro. Parcela essa que acredita que suas decisões são legitimadas pela “consciência” dos julgadores ou mesmo pelo seu “notável saber jurídico”, tido como um imperativo constitucional justificador de todo e qualquer ato praticado por quem assim se enquadra.

151. Atente-se, ainda, para o fato de que o voto acima transcrito é de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de uniformizar o direito federal, de fazer “jurisprudência”, de criar precedentes.

152. Sobre o ponto, assim discorre o professor JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ:

“[...] a caracterização da racionalidade jurisdicional no Brasil [...] está marcada pela utilização de argumentos de autoridade em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis. Por esta forma de argumentar o objetivo não é demonstrar a correção de uma tese jurídica qualquer, mas simplesmente tomar uma decisão, mesmo sem oferecer razões de decidir à altura da complexidade do caso. Nos casos difíceis, ou seja, aqueles em que os tribunais ainda não têm uma opinião homogênea e que, portanto, geram debates entre os juízes, a estratégia é invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerando sempre o indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria”¹²².

153. Note-se que o Ministro HUMBERTO DE BARROS, em um primeiro momento, aponta que as decisões devem ser justificadas pela “consciência” e pelo “notável saber jurídico”. Após, diz que as decisões assim justificadas, quando acompanhadas pela maioria dos membros do Tribunal, representam a opinião do Tribunal. Assim, ao fim e ao cabo, para ele, a jurisprudência é essencialmente fundada na autoridade dos magistrados.

154. Nesse sentido, “*a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais*”¹²³.

155. Pode-se afirmar, portanto, com JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, que a jurisdição brasileira caracteriza-se, em grande medida, como “*justiça opinativa*”, uma vez que “*a sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação*”¹²⁴.

¹²² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pg. 62.

¹²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pg. 62.

¹²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pgs. 63.

156. Segundo o Professor da Fundação Getúlio Vargas, “*os julgados escritos publicados pelos tribunais são o registro cronológico e textual dos debates ocorridos e não um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha como objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, tendo em vista seu papel na criação de jurisprudência e na legitimação racional do direito*”¹²⁵.

157. JOSÉ RODRIGUEZ, nesse contexto, chama de racionalidade jurisdicional “*o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo*”.

158. Referindo-se a pronunciamentos semelhantes àquele do Ministro HUMBERTO DE BARROS, acima transcrito, o autor cria o conceito de “zona de autarquia”, sobre o qual assim disserta:

“Denomino zona de autarquia o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Uma observação importante: será rara a ocasião em que os organismos de poder afirmem simplesmente ‘Decido assim porque eu quero’ ou ‘Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer’. É de se esperar que esteja presente alguma forma de falsa fundamentação cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.

Uma zona de autarquia, portanto, existe na ausência de fundamentação, ou seja, de uma justificação em que a autoridade levanta pretensões de validade fundadas em normas jurídicas, as quais, quando necessário, podem ser justificadas sem contradição. Não se pode sustentar racionalmente A e não A ao mesmo tempo; não se pode recusar, racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questioná-la; também não se pode, racionalmente, desqualificar o interlocutor que demanda por minhas razões ou impedir que outro faça o mesmo, desde que cumpra os requisitos dos procedimentos que preveem oportunidades em que é possível falar diante da autoridade.

A existência de zonas de autarquia no interior de uma ordem jurídica, cujo discurso de legitimação seja marcado pelo conceito de estado de direito, ajuda a evidenciar os setores, os espaços em que tal discurso funciona como mero instrumento de dominação. Sob tal aparência de direito, portanto, podem ser tomadas decisões meramente arbitrárias, ou seja, que não se pode reconstruir

¹²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pg. 63.

racionalmente. Cabe à pesquisa vigiar as autoridades para que isto não ocorra”¹²⁶.

159. Como se vê, tal excerto de RODRIGUEZ nada mais faz do que desconstruir e desvelar a ode às zonas de autarquia empreendida, por exemplo, pelo Ministro HUMBERTO DE BARROS. O Novo CPC, nessa mesma linha, busca, com seu art. 489, superar as ainda muitas zonas de autarquia presentes na Jurisdição pátria.

160. O novel diploma processual, com suas exigências objetivas de fundamentação adequada das decisões judiciais, intenta, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, conferir uma maior racionalidade argumentativa e procedimental ao Judiciário brasileiro, garantindo a integridade do direito e a legitimação de seus atos perante a esfera pública, justamente para solapar essas seculares zonas de autarquia tão presentes em nossa Jurisdição desde tempos imemoriais.

161. O próprio Supremo Tribunal Federal possui entendimento, que, em certa medida, corrobora para a existência dessas “zonas de autarquia” na Jurisdição nacional. Isso porque, em sede de Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, decidiu-se que o artigo 93, IX, da Constituição Federal não exige do juiz o “*exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas*”. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. **O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas**, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.” (AI-QO-RG nº 791.292/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 23.06.2010, DJe 13.08.2010 – grifou-se e destacou-se).

¹²⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pgs. 69/70.

162. Importante destacar e transcrever o sucinto, mas pontual, voto divergente do Ministro MARCO AURÉLIO naquela oportunidade, *in verbis*:

“Presidente, reporto-me ao voto proferido no caso antecedente e ressalto cumprir ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão julgante não está compelido a fazê-lo apenas quanto o articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial. Lembro-me de que certa vez me deparei, em nota de rodapé de uma publicação do Código de Processo Civil, com um precedente que considerei perigosíssimo. Segundo assentado, o juiz não é um perito e, portanto, não precisa se manifestar sobre todas as matérias de defesa veiculadas pela parte. Digo que o juiz é um perito na arte de proceder e na de julgar e que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar improcedência, todos os pontos enfocados pela parte.”¹²⁷.

163. Esse precedente, com todas as vênias devidas, mostra-se extremamente perigoso, conforme bem assentado pelo Min. MARCO AURÉLIO, na medida em que representa um salvo-conduto hermenêutico aos juízes de todo o país no sentido de poderem fundamentar a seu bel prazer as respectivas decisões que diuturnamente exaram.

164. O precedente em questão dá guarida, portanto, a interpretações que primam por manter as “zonas de autarquia” em nosso Poder Judiciário, pois, ao interpretar dispositivo constitucional que exige motivação adequada das decisões judiciais, autoriza que os magistrados fundamentem seus entendimentos sem explorarem todas as provas ou alegações das partes.

165. Há, assim, uma contrariedade entre esse posicionamento do STF e da integridade do direito, bem como com a legitimação da jurisdição pelo procedimento, na medida em que o juiz não pode se furtar de examinar todas as provas e alegações constantes dos autos. Permitir o contrário, no sentido adotado pelo STF, é justamente desobedecer ao postulado do igual respeito e consideração que as partes litigantes gozam, por força da Constituição Federal de 1988.

¹²⁷ AI-QO-RG nº 791.292/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 23.06.2010, DJe 13.08.2010.

166. Importante pontuar que nem sempre foi essa a visão do STF. O próprio Ministro GILMAR MENDES, nos autos do Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, no qual figurou como Relator, exarou substancioso voto-condutor, unanimemente acompanhado, exatamente no sentido oposto, ou seja, reconhecendo o dever do juiz de se debruçar sobre todas as alegações das partes. Veja-se, a propósito, interessante trecho do referido voto:

“Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

(I) – direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos nele constantes;

(II) – direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (cf. Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNS-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, v. IV, nº 97);

(III) – direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht, cit. p. 363-364; ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNS-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, v. IV, nº 85-99)”¹²⁸.

167. Sobre esse entendimento inicial do STF, afirma o professor JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI o seguinte:

“Em um primeiro momento, o STF acertadamente decidiu que o Judiciário deve responder todos os argumentos levantados pelas partes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, com base em clássicos do Direito brasileiro, tais como João Barbalho e Pontes de Miranda, e fazendo menção ao Direito alemão, afirmará que a Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal, constitucionalizou uma pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Sobre esse

¹²⁸ RE nº 434.059/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2008, DJe 12.09.2008

último aspecto, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que o direito de ver os argumentos contemplados pelo órgão julgador corresponde ao dever do juiz de a eles conferir atenção, envolvendo não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.”¹²⁹

168. Sobre o novo e equivocado entendimento alçado pelo STF, assim se posicionam os professores HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON:

“Em todos esses posicionamentos a decisão judicial é vista como ato de criação solitária pelo magistrado; mesmo para aqueles que pensam que a exigência se abriria a uma possibilidade de um controle público da decisão. Essa premissa equivocada agora foi corrigida normativamente pelo Novo CPC, pois este leva a sério o atual quadro de litigiosidade massiva que impõe aos juízes e, especialmente, aos Tribunais (em decorrência da força que a jurisprudência vem obtendo na práxis jurídica), analisar desde a primeira vez as questões (com destaque para as repetitivas) com amplo debate e levando a sério todos os argumentos para que, tais decisões e suas *ratione decidendi*, possam ter a dimensão de que necessitam.”¹³⁰

169. Conforme facilmente perceptível, essa interpretação do STF resta suplantada pela superveniência do art. 489, § 1º, IV, do Novo CPC. Isso porque, referido enunciado normativo dispõe que não será considerada fundamentada a decisão que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”.

170. O Novo CPC, justamente no afã de disciplinar o art. 93, IX, da Constituição, estatuiu referida regra, com a finalidade de constranger o julgador a analisar o caso concreto que tiver diante de si em toda a sua complexidade, buscando interpretar o direito e sua integridade e materializar os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e da igualdade entre as partes ao se manifestarem nos autos.

¹²⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III.

¹³⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 307.

171. Tal mudança de orientação encampada pelo Novo CPC vai, inclusive, ao encontro do modelo alemão, na linha do que consignara o Ministro GILMAR MENDES em seu excelente voto nos autos do RE nº 434.059/DF. Confira-se:

“O direito do contraditório (artigo 103, parágrafo 1º, da Lei Fundamental em conjunto com o § 96, parágrafo 2, FGO) **inclui o dever de o Tribunal levar em consideração as observações que as partes suscitaram. Também precisa ser vista nos fundamentos do acórdão a discussão dos principais argumentos das partes.** [...] O direito de ser ouvido só é violado quando resulta das circunstâncias específicas de cada caso em que o Tribunal não leve em consideração e não aprecie um argumento real que a decisão levou em apreço (Resolução do Senado de 7 de novembro de 2012, IB 172/11, BFH/NV 2013 561, com outras referências; grifos nossos)”¹³¹.

172. Assim, o que o art. 489 do Novo CPC propõe é que o juiz fundamente adequadamente as suas decisões, ou seja, que não decida os casos superficialmente, que aprecie as alegações das partes, que justifique seus posicionamentos, não como fez o Ministro HUMBERTO DE BARROS, com suposições metafísicas de autoridade, mas sim a partir das exigências procedimentais do paradigma do Estado Democrático de Direito de legitimação discursiva da decisões judiciais, do respeito à integridade e à coerência do ordenamento jurídico e, que, em suma, leve os direitos a sério, concebendo a práxis jurídica como um diuturno processo de embates argumentativos, no qual, à luz da democracia contemporânea, não há espaço mais para inócuos argumentos de autoridade dos “donos do poder”.

173. A cidadania, enquanto espaço a permanecer aberto e não passível de ser ocupado exaustivamente por quem quer que dela busque discursiva e praticamente se apropriar, é sempre colocada em risco quando, a título de protegê-la ou com vistas à consecução de finalidades materiais por ela requeridas, elimina-se a garantia decorrente da própria formalidade constitucional, que exige respeito à segurança jurídica, ao contraditório, à ampla defesa e ao igual respeito e consideração do magistrado pelos argumentos contrapostos pelas partes na lide.

¹³¹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 306.

174. Feito esse rápido panorama do estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, cumpre analisar sucintamente as principais críticas às novas regras fundamentação das decisões judiciais inseridas no Novo CPC, quais sejam, as supostas ofensas à celeridade processual e à independência funcional dos juízes que essas novas exigências supostamente causarão.

III.B. O ARGUMENTO DA CELERIDADE PROCESSUAL COMO (PSEUDO) ÓBICE AO NOVO CPC

175. Em 9 de março de 2015, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA publicou, em seu sítio eletrônico, Nota Pública assinada por seu Presidente Paulo Luiz Schmidt, mediante a qual explicitou as razões pelas quais confiava no veto da Presidência da República sobre, dentre outros, o art. 489, § 1º, do Novo CPC.

176. A dita associação de magistrados assim se pronunciou sobre as críticas que recebeu acerca dos pedidos de veto aos artigos 12, 153 e 942, além dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927, todos do Novo CPC:

“1. Diversamente do que – até levemente – afirmaram alguns poucos dentre os muitos juristas ouvidos, **os vetos propostos não têm por finalidade "diminuir o trabalho dos juízes", mas preservar-lhes a independência funcional e assegurar mínima concretude a um dos princípios norteadores do NCPC e de todos os Pactos Republicanos para o Judiciário até aqui: a duração razoável do processo.** Embora esperado o ataque de setores da advocacia, lamentavelmente ele veio antes mesmo de serem conhecidas as razões alinhavadas por ANAMATRA, AMB e AJUFE. Preferiu-se, pois, o julgamento às cegas.

[...]

4. **À vista dos termos do artigo 93, IX, da Constituição da República, o legislador entendeu por bem “regulamentar” a matéria em questão, contrariando a tradição secular do processo civil brasileiro — que jamais se viu “condicionado” pelo legislador quanto àquilo que seria ou não uma fundamentação sentencial suficiente —, para agora, em pleno século XXI, tolher a construção dos tribunais e estatuir ele próprio, Poder Legislativo, quais as hipóteses em que os tribunais devem considerar as decisões “não fundamentadas” (e, portanto, nulas de pleno direito, aos olhos da Constituição).**

5. Ao fazê-lo, o Congresso Nacional retira do Poder Judiciário a plena autonomia para a interpretação do artigo 93, IX, CRFB, travestindo-se em “intérprete autêntico” de uma cláusula constitucional de garantia que foi ditada pelo poder constituinte originário, o que chama a atenção por afrontar a própria

separação harmônica entre os Poderes da República (artigo 2º da CRFB). O Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição. Esse papel cabe sumamente ao próprio Judiciário; e, em derradeira instância, ao Supremo Tribunal Federal, guardião constitucional da Carta Maior (artigo 102 da CRFB). O inciso IX do artigo 93/CF jamais encerrou norma jurídica de eficácia limitada ou contida, mas indubitável norma jurídica de eficácia plena, que agora perde plenitude por uma interpretação legislativa enviesada.

6. Não bastasse, onde regulamenta impropriamente, o Congresso Nacional regulamentou de modo írrito, violando outras tantas cláusulas constitucionais. Cite-se como exemplo o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 486 (“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), que enuncia uma utopia totalitária. Esperar que o juiz – em tempos de peticionamento eletrônico e dos impressionantes “ctrl C” e “ctrl V” – refute um a um todos os argumentos da petição inicial, da contestação e das várias peças recursais, ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (porque será possível tê-los, p.ex., no âmbito das respostas processuais, à vista do princípio da eventualidade da defesa), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo.

7. De outra parte, quanto aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo artigo 489, diga-se da sua quase esquizofrenia. Por tais preceitos, será nula a sentença que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; logo, o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo “identificar” (enaltecer?) seus fundamentos determinantes. Mas não é só. Assim como não pode “simplesmente” decidir com base em súmula de jurisprudência de tribunais superiores, também não pode deixar de decidir conforme essa mesma súmula (o que denota, no limite, um tratamento esquizoide da matéria), porque também será nula a sentença 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”. No limite, restará ao juiz reproduzir súmulas e enaltecê-las --- conquanto não sejam constitucionalmente vinculantes.”¹³² (grifou-se e destacou-se).

177. Como se vê, são duas as principais críticas ao Novo CPC, que motivaram as três maiores associações de juízes do Brasil a se insurgirem contra as novas normas de

¹³² <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra> (último acesso em novembro de 2015).

fundamentação das decisões judiciais: (a) suposta ofensa ao princípio constitucional da independência funcional dos juízes; e (b) alegada ofensa à razoável duração dos processos.

178. Quanto à primeira crítica, sói evidente que a ANAMATRA confunde, na infeliz nota acima transcrita, independência com arbitrariedade funcional. Isso porque, em momento algum, o Novo Código ataca as prerrogativas dos magistrados, mas apenas adequa o seu **dever** de fundamentação das decisões judiciais às exigências procedimentais do paradigma do Estado Democrático de Direito.

179. O Novo CPC não diz e/ou obriga os juízes a fundamentarem suas decisões somente de uma determinada maneira. O que se faz é exigir respeito ao procedimento decisório e à integridade do direito. O juiz continuará tendo uma ampla liberdade e independência decisória para julgar as lides, mas tal liberdade/independência deverá ocorrer nos limites procedimentais estatuídos pela Constituição de 1988.

180. Nota-se que a associação chega a acoimar o Novo Código de “*utopia totalitária*”.

181. Há de se mencionar, ainda, que a ANAMATRA afirma ter o Congresso Nacional usurpado a competência constitucional conferida ao Poder Judiciário, notadamente ao STF, de interpretar a própria Constituição Federal. É dizer, aduz a associação que somente ao Judiciário caberia interpretar o art. 93, IX, da CF/88, o qual é chamado de “cláusula constitucional de garantia que foi ditada pelo poder constituinte originário”.

182. É estarrecedor tal raciocínio. Segundo dispõe, cabe ao Judiciário ter a “última palavra” sobre a Constituição Federal e, por consequência, ao Parlamento não seria facultado disciplinar dispositivos presentes na constituição, “*travestindo-se em “intérprete autêntico”*”, pois “*O Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição*”.

183. O professor JULIANO ZAIDEN BENVINDO, em passagem esclarecedora, tece a seguinte crítica a esse discurso metafísico de supremacia:

“Porque, afinal, querer se afirmar o detentor da "última palavra" não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida, caso contrário perde em legitimidade. Ter a tão desejada "última palavra" é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a "última palavra" é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania.”¹³³.

184. Como se vê, o discurso autoritário e autocentrado da associação de magistrados é anacrônico e dissociado das exigências hermenêuticas do Estado Democrático de Direito, marcado, segundo aduz INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO sobre a teoria da constituição de PETER HÄBERLE, por “*uma visão republicana e democrática da interpretação da Constituição, centrada na ideia de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental*”¹³⁴. Sói evidente que a referida associação compreende, na contramão do paradigma constitucional vigente, que a interpretação constitucional é tarefa somente do Judiciário e não da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição¹³⁵.

185. Esquece-se a ANAMATRA, ainda, de que compete privativamente ao Congresso Nacional, de acordo com o art. 22 da Constituição Federal, legislar sobre direito processual civil e que, por força da mesma Constituição, cabe sim ao Parlamento interpretar o texto constitucional, na medida em que, enquanto poder constituinte derivado, ao Congresso Nacional incumbe emendar a Constituição e, para isso, sói evidente a sua legitimação para interpretá-la. Assim, ao editar o Novo Código de Processo Civil, o Congresso Nacional, contrariamente ao afirmado pela ANAMATRA, não só exerceu sua competência constitucional privativa de legislar sobre processo civil, mas também sua atribuição de intérprete da Constituição, enquanto potencial constituinte derivado.

¹³³ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 201, jan-mar - 2014.

¹³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998. Pgs. 157-164.

¹³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

186. Quanto ao segundo argumento aventado pela associação no sentido de que o art. 489 do Novo CPC provocará uma mácula à duração razoável do processo, é importante afirmar, desde já, que nova confusão é aqui empreendida. Confunde-se fundamentação concreta e adequada com motivação prolixa e professoral.

187. Isso porque, conforme aduz BRUNO TORRANO, “*não há no Novo Código de Processo Civil nenhum dispositivo que demande do magistrado argumentações exaustivas, citações intermináveis de doutrinadores ou páginas e páginas de precedentes, mas simplesmente um mandamento, de todo já contido na própria Constituição da República, de adequação dos fatos às normas, de respeito aos limites semânticos dos textos, de coerência e cautela na indicação dos precedentes e de atenção às teses pertinentes suscitadas pelas partes*”¹³⁶.

188. Essa injustificável insurgência das associações de magistrados contra o Novo CPC, se levada às últimas consequências, representa também uma insatisfação com a própria Constituição Federal de 1988, uma vez que o novel diploma processual não fez senão disciplinar o art. 93, IX. Nesse sentido, novamente com BRUNO TORRANO, pode-se afirmar o seguinte:

“Não há nada no art. 489 do CPC que não derive da intencionalidade normativa da Constituição da República e de um longo debate doutrinário sobre como os juízes devem decidir. Se se entende que a superveniência dessa norma infraconstitucional demandará respeito às leis, às alegações das partes e à história institucionalizada do direito a ponto de culminar em uma violação contundente à razoável duração do processo e à independência funcional dos magistrados, isso significa que, hoje, em sua ausência, o dever constitucional de fundamentação não está sendo levado tão a sério como deveria.”¹³⁷.

189. Para além dessa análise hermenêutica, cumpre esclarecer que estatuir a celeridade processual como mais importante que a qualidade da prestação jurisdicional

¹³⁶ TORRANO, Bruno. *Obrigar fundamento em decisões judiciais não cria caos*. Consultor Jurídico – CONJUR. 13 de março de 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-15/bruno-torrano-obrigar-fundamento-decisoes-judiciais-nao-cria-caos>> (último acesso em novembro de 2015).

¹³⁷ TORRANO, Bruno. *Obrigar fundamento em decisões judiciais não cria caos*. Consultor Jurídico – CONJUR. 13 de março de 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-15/bruno-torrano-obrigar-fundamento-decisoes-judiciais-nao-cria-caos>> (último acesso em novembro de 2015).

ofertada às partes ou que a legitimação procedimental das decisões judiciais perante a esfera pública através da fundamentação é subverter as exigências mais comezinhas do Estado de Direito. A prestação jurisdicional célere surgiu como exigência funcional da sociedade contemporânea hipercomplexa, com sua pluralidade de conflitos e a crescente massificação das demandas jurídicas. Ocorre, no entanto, que esse imperativo não teve e não tem o impensável condão de suprimir os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, cuja gênese se confunde com o próprio surgimento do Estado de Direito.

190. Prestação jurisdicional célere só faz sentido se se atentar para esses imperativos outros que devem reger o Poder Judiciário, particularmente, e o Estado, em geral. Cabe aqui lembrar a pertinente advertência de RUI BARBOSA ao comentar a rapidez com que se redigia o Código Civil de 1916: “*a pressa é a mãe do tumulto e do erro*”.

191. Com essa linha de raciocínio, concordam os professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI. Confira-se, a propósito, texto por eles publicado no site *Consultor Jurídico*, no qual rebatem, dentre outros, o argumento da celeridade processual:

“É um equívoco de natureza lógica, entretanto, computar no prazo da duração razoável do processo uma atividade tão essencial à atividade judicial como a adequada justificação de uma decisão. Seria o mesmo que considerar prejudicial à celeridade do processo a produção de uma prova relevante e necessária à resolução do litígio. Isso sem considerar que motivação dessa natureza, avessa a abstrações, tem maior aptidão de cumprir seu escopo subjetivo, convencendo a parte que sucumbiu do acerto da decisão e desestimulando-a, portanto, a impugná-la.”¹³⁸.

192. Ademais, pelo menos em tese, pode-se falar que o novel Código poderá corroborar em certa medida, ao contrário do afirmado pela ANAMATRA, para uma prestação jurisdicional mais célere. Isso porque, as decisões tendem a ganhar em qualidade argumentativa e os recursos, conseqüentemente, ficarão menos suscetíveis de aproveitarem retoricamente eventuais falhas na argumentação tecida, mesmo que, no mérito, não tenham —

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Em defesa das inovações introduzidas pelo Novo CPC*. Consultor Jurídico – CONJUR. 14 de março de 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/defesa-inovacoes-introduzidas-cpc> > (último acesso em novembro de 2015).

como à luz do Código de 1973 ocorre — qualquer chance de êxito. Ou seja, os recursos meramente procrastinatórios tendem a diminuir.

193. Nesse sentido, afirmam HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON o seguinte:

“É dizer, ao contrário do que possa parecer a uma leitura menos atenta, a fundamentação substancial é resposta (e não empecilho) a esse momento no qual há que se enfrentar julgamentos em massa e formação de precedentes: um precedente bem formado, quando amadurecida a questão, é a solução mais consentânea com os ditames constitucionais e práticos para servir de parâmetro para o julgamento de futuros casos sobre a mesma temática. Para isso, no entanto, há que ser formado como resposta às questões postas, de ambos os lados do debate.

A ideia é que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória (art. 926).”¹³⁹

194. Partilhando dessa linha de raciocínio, o destacado processualista italiano MICHELE TARUFFO aduz que a fundamentação das decisões judiciais teria, além da função extraprocessual¹⁴⁰, uma função endoprocessual, na medida em que “*a motivação é útil à parte que intenta impugnar a sentença, porque o conhecimento dos motivos da decisão facilita a individualização dos erros cometidos pelo juiz ou de qualquer modo os aspectos criticáveis da decisão mesma*”¹⁴¹.

195. Dessa forma, não subsistem as críticas pseudopragmáticas tecidas contra o Novo CPC, também no que concerne à suposta ofensa à celeridade das decisões judiciais.

¹³⁹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 307.

¹⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005. Pgs. 166/168.

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005. Pgs. 166/168.

196. Importante consignar, por fim, que o Novo CPC foi pensado em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição Federal de 1988. O moribundo Código de 1973, ao contrário, foi gestado ainda sob os auspícios do paradigma do Estado Social e da Constituição de 1964/1969. Dessa forma, o novel diploma processual, conforme amplamente demonstrado, pretende, com suas novas normas de fundamentação, corroborar para que o crepúsculo de nosso secular “*modelo opinativo de decidir que aposta mais no poder simbólico da jurisdição do que na necessidade de que ela se legitime racionalmente diante das partes na ação e da esfera pública mais ampla*”¹⁴².

197. Dizia RUI BARBOSA que “*A morte não extingue, transforma; não aniquila, renova; não divorcia, aproxima*”¹⁴³.

198. Oxalá a morte do Código Buzaid represente a transformação das nossas velhas práticas, a renovação de nossas esperanças no direito e a sua cada vez maior aproximação com a Constituição Federal!

¹⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Pg. 81.

¹⁴³ BARBOSA, Rui. *Discurso pronunciado na Academia Brasileira de Letras, junto do ataúde de Machado de Assis, aos 29 de setembro de 1908, minutos antes de partir o féretro para o cemitério de S. João Batista*. In: *Obras Completas de Rui Barbosa, Discursos Parlamentares*. Volume XXXV (1908), Tomo 1.

CONCLUSÕES SISTEMÁTICAS E CRÍTICAS

199. A partir das considerações tecidas ao longo deste trabalho, podem-se extrair as seguintes conclusões sobre o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro:

- (a) Sob os auspícios do paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual trouxe consigo (de acordo com LUHMANN, HABERMAS e MARCELO NEVES) a positivação do direito como sua exigência irrenunciável, a única forma de se legitimar a prática jurídica é mediante a fundamentação procedimental das decisões judiciais, as quais somente se tornam racionais na medida em que estão abertas à possibilidade de confrontação de seus argumentos não só perante as partes litigantes, mas também perante a esfera pública mais ampla.
- (b) Referido enunciado normativo atua, na esteira do disposto no art. 926 do Novo CPC, como garantidor da integridade do direito, na medida em que cobra do juiz a exigência de igual respeito e consideração pelos argumentos contrapostos na lide, bem como que interprete o direito da comunidade (de princípios) em toda a sua complexidade e de maneira coerente com a moralidade política historicamente consagrada. Assim, pode-se afirmar que o art. 489 do Novo CPC busca resguardar o postulado da integridade, o qual, seguindo a nomenclatura proposta por MARCELO NEVES, pode ser classificado como “*condição de possibilidade*” da aplicação/interpretação de regras e princípios jurídicos. Ainda de acordo com MARCELO NEVES, no que é acompanhado por RONALD DWORKIN, pode-se afirmar que o art. 489 do Novo CPC é uma metarregra, na medida em que figura, metalinguisticamente, como regra sobre regras, ou seja, como uma norma que disciplina a produção/interpretação de outras normas. Assim, é possível classificar esse dispositivo legal como uma metarregra de integridade, na medida em que representa uma norma orientadora de outras normas e que, ao fim e ao cabo, busca resguardar o postulado da integridade enquanto teoria normativa da coerência.
- (c) Conclui-se, ainda, que o Novo CPC, dado o estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, possui a intenção e a real possibilidade de contribuir

para a dissolução das “zonas de autarquia” em nossa Jurisdição, enquanto espaços marcados pela ausência de justificção adequada das decisões jurisdicionais e da prevalência de argumentos de autoridade típicos da “justiça opinativa”.

(d) Por fim, pode-se concluir que as críticas dirigidas, principalmente pelas associações de magistrados, ao art. 489 do Novo CPC, se analisadas detidamente, nada mais representam do que falácias pseudoprágmatias. É dizer, as críticas supostamente calcadas na violação, pelo enunciado normativo em referênci, à independência funcional e à celeridade processual nada mais são do que tentativas de manutenção, pelos juízes, das “zonas de autarquia”. Isso porque: (i) o Congresso, ao editar referida regra, nada mais fez do que materializar, nos limites de sua competência privativa de legislar sobre processo civil e de interpretar a Constituição enquanto poder constituinte derivado, do que materializar o art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige fundamentação adequada das decisões judiciais, sob pena de nulidade; e (ii) Não se pode computar como atentado à razoável duração do processo o tempo despendido pelo magistrado no exercício adequado de sua principal função constitucional, qual seja, fundamentar suas decisões; ademais, deve-se ter em mente que decisões mais bem fundamentadas são menos suscetíveis de serem desafiadas por recursos meramente retóricos e protelatórios, podendo contribuir, assim, em tese pelo menos, para a celeridade processual e não contra ela.

200. Pode-se indagar, finalmente: Dará certo o Novo Código de Processo Civil? Haverá o incremento de uma maior racionalidade argumentativa em nosso direito? Surgirão pretensões abusivas quando da sua aplicação? Haverá a suplantação das ainda presentes “zonas de autarquia”? Superaremos a faceta secular de nossa Jurisdição ainda calcada, em grande parte, na autoridade dos “donos do poder”?

alea jacta est.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. *Discurso pronunciado na Academia Brasileira de Letras, junto do ataúde de Machado de Assis, aos 29 de setembro de 1908, minutos antes de partir o féretro para o cemitério de S. João Batista*. In: Obras Completas de Rui Barbosa, Discursos Parlamentares. Volume XXXV (1908), Tomo 1.

BENVINDO, J. Z. A “Última Palavra”, o Poder e a História : O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. Revista de informação legislativa, n. 201, p. 71–96, 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-QO-RG nº 791.292/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.06.2010, DJe em 13.08.2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2008, DJe 12.09.2008.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (último acesso em outubro de 2015).

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

_____. Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998. Pgs. 157-164.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia - Soberania e Poder Constituinte*. Revista DireitoGV, vol. 6, n. 1, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pgs. 39/42.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

_____. *Originalism and fidelity*. In: *Justice in Robes*. Cambridge, Mass., Belknap Press, 2006.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Em defesa das inovações introduzidas pelo Novo CPC*. Consultor Jurídico – CONJUR. 14 de março de 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/defesa-inovacoes-introduzidas-cpc> > (último acesso em novembro de 2015).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volumes I e II.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

NEVES, Marcelo. *A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF*. Observatório Constitucional, 2014. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>> (último acesso em dezembro de 2015).

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SEERLAENDER, Airton. *Notas sobre a Constituição do Direito Público na Idade Moderna: A Doutrina das Leis Fundamentais*. Sequência, vol. 27, n. 52, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *E o juiz decretou a prisão marcando um “X”! Sentença ou quiz show?* Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>> (último acesso em novembro de 2015).

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005. Pgs. 166/168.

TORRANO, Bruno. *Obrigar fundamento em decisões judiciais não cria caos*. Consultor Jurídico – CONJUR. 13 de março de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-15/bruno-torrano-obrigar-fundamento-decisoes-judiciais-nao-cria-caos>> (último acesso em novembro de 2015).

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 1994.