

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DÉBORA LAÍS DOS SANTOS COSTA

FUNDAMENTAR OU NÃO FUNDAMENTAR? EIS A  
QUESTÃO: UM DEBATE A PARTIR DA CHAIN NOVEL  
DE DWORKIN SOBRE O ARTIGO 489, §1º E SUA  
APLICABILIDADE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

POUSO ALEGRE – MG  
2018

DÉBORA LAÍS DOS SANTOS COSTA

FUNDAMENTAR OU NÃO FUNDAMENTAR? EIS A  
QUESTÃO: UM DEBATE A PARTIR DA CHAIN NOVEL  
DE DWORKIN SOBRE O ARTIGO 489, §1º E SUA  
APLICABILIDADE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa: Relações Sociais e Democracia, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

POUSO ALEGRE – MG  
2018

## FICHA CATALOGRÁFICA

C837f

Costa, Débora L. S.

Fundamentar ou não Fundamentar? Eis a questão: Um Debate a partir da *Chain Novel* de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua Aplicabilidade no Brasil Contemporâneo/Débora Laís dos Santos Costa. Pousso Alegre – MG: FDSM, 2018.  
184 pg.

Orientador: Dr. Edson Vieira da Silva Filho  
Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas,  
Mestrado em Constitucionalismo e Democracia.

1. Fundamentação. 2. Código de Processo Civil de 2015. 3. Dworkin. 4. *Chain Novel* I. Silva Filho, Edson Vieira. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Constitucionalismo e Democracia. III. Fundamentar ou não Fundamentar? Eis a questão: Um Debate a partir da *Chain Novel* de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua Aplicabilidade no Brasil Contemporâneo.

CDU 340

DÉBORA LAÍS DOS SANTOS COSTA

FUNDAMENTAR OU NÃO FUNDAMENTAR? EIS A QUESTÃO: UM  
DEBATE A PARTIR DA CHAIN NOVEL DE DWORKIN SOBRE O  
ARTIGO 489, §1º E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL  
CONTEMPORÂNEO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação \_\_/\_\_/\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof. (a) Dr. (a)  
Instituição

---

Prof. (a) Dr. (a)  
Instituição

POUSO ALEGRE – MG  
2018

# AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão aos meus pais. Os agradecimentos aos pais eu sempre sinto que são os mais difíceis de serem escritos, muitas vezes não há palavras para demonstrar esse tipo de amor. Eu sei que vocês fazem tudo por mim e eu sei que vocês sempre estarão ao meu lado a qualquer momento. Vocês me criaram e me transformaram nessa pessoa que é otimista frente a qualquer problema e que sempre renasce quando derrotada. Eu só sou assim por causa dos meus pais, e eu os agradeço sempre.

Agradeço muito ao professor Doutor Edson, que me assistiu com muito amor. Que me amparou em momentos de frustrações e que com muita paciência tirou todas as minhas dúvidas. Professor, o senhor me deu a mão quando precisava e me ajudou a passar por um período um pouco estressante, que é o mestrado, com certa leveza. Muito obrigada, por tudo.

E, agradeço a Faculdade de Direito do Sul de Minas. Eu não vejo a faculdade apenas como um local de aprendizado, para mim, a nossa faculdade, com os professores e todos os funcionários se tornaram uma segunda casa. Eu me sinto muito bem na nossa instituição e isso acontece por causa das pessoas que trabalham nela. Obrigada a todos que passaram no meu caminho, não apenas no mestrado, mas também no período de graduação, e transformaram meus dias melhores.

## RESUMO

COSTA, Débora Laís dos Santos. Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da *Chain Novel* de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo. 2018. 184f. **Dissertação** (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

A pesquisa tem como foco o princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, que na ordem constitucional vigente tem força normativa e aplicabilidade direta, e, suas implicações no Código de Processo Civil de 2015. Tratando-se de norma constitucional representativa do Estado Democrático Constitucional de Direito, instituído com a Constituição de 1988, inexistente dúvida quanto a sua aplicabilidade. O Código de Processo Civil de 2015 visa efetividade do princípio constitucional instituindo normas para sua plena eficácia, buscando a exposição de uma fundamentação adequada e metódica para as decisões fixadas no artigo 489, § 1º. O Código de Processo Civil de 2015, é o primeiro na história do país instituído em um regime democrático, demonstrando a necessidade de uma nova postura da jurisdição com o banimento da conduta discricionária e do ativismo judicial, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Destarte, é essencial que haja uma modificação no modelo do juiz, isto pois, desde as Ordenações Filipinas, o magistrado não é limitado, concebendo sentenças que tem em sua base sua consciência. Entretanto, no direito brasileiro contemporâneo moderno não se pode aceitar esse tipo de decisão, pois choca-se com os princípios constitucionais e direitos fundamentais. O Código de Processo Civil de 2015 explora o desenvolvimento do novo modelo de juiz, amparado na virada linguística, e por esse motivo aplicando as leis e princípios para criar a sentença. Empregando, como marco teórico da pesquisa, Dworkin contempla a relação entre os códigos e a construção de um modelo de juiz que se limite a lei. Compreende, com a *Chain Novel*, a análise e nota-se que há a existência de conexão entre os códigos, fazendo com que sua efetivação seja viável, uma vez que há uma estruturação de sentido entre as normas, e com isso a mudança do modelo do magistrado, que deve se distanciar do discricionário. Entretanto, por meio do uso do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal está modificando como se interpreta as normas quanto a fundamentação adequada da decisão, e, assim retirando sua eficácia, uma vez que acórdãos e enunciados estão criando precedentes contra a utilização do artigo 489, § 1º do novo Código de Processo Civil, rompendo com a *Chain Novel* e da mesma forma estando em desacordo com o Estado Democrático de Direito. A pesquisa se desenvolve com a análise da aplicação da metáfora da *Chain Novel*, de Dworkin, na legislação e na decisão, a exigir um novo modelo de juiz com o afastamento do ativismo judicial e da discricionariedade; bem como a proposta da aplicação da filosofia da linguagem, fundada com o giro linguístico proposta por Heidegger e Gadamer, como fundamento de uma nova hermenêutica, com fundamento nas lições de Lenio Streck. Trata-se de pesquisa bibliográfica, investigando os fundamentos históricos e sociais, vinculando a crise do Estado que é a crise do Poder Judiciário, às transformações metodológicas, filosóficas e ideológicas que desencadearam a revisão do papel do constitucionalismo e da hermenêutica, abrangendo o estudo de decisões judiciais que demonstram a resistência institucional à observância do dever de fundamentar.

**Palavras-Chave:** Fundamentação, Código de Processo Civil de 2015, Dworkin, *Chain Novel*.

## ABSTRACT

COSTA, Débora Laís dos Santos. 2018. *To base or not to base? That is the question: a debate on Dworkin's Chain Novel about Article 489, §1º and its applicability in contemporary Brazil*. 2018. 184f. Dissertation (Master in Constitutionalism and Democracy) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

The research focuses on the constitutional principle of mandatory reporting of judicial decisions, which in the current constitutional order has normative force and direct applicability, and its implications in the Code of Civil Procedure of 2015. In the case of a constitutional representative norm of the Democratic Constitutional State of Law, established under the 1988 Constitution, there is no doubt as to its applicability. The Civil Procedure Code of 2015, aims at the effectiveness of the constitutional principle by establishing norms for its full effectiveness, seeking the presentation of an adequate and methodical reasoning for the decisions set forth in Article 489, § 1º. The Code of Civil Procedure of 2015 is the first in the country's history established in a democratic regime, demonstrating the need for a new position of the jurisdiction with the ban of discretionary conduct and judicial activism, incompatible with the Democratic State of Law. Hence, it is essential that there be a modification in the model of the judge, that is to say, since the Philippine Ordinances, the magistrate is not limited, conceiving sentences that have in their base their conscience. However, modern contemporary Brazilian law can not accept this type of decision, as it conflicts with constitutional principles and fundamental rights. The Code of Civil Procedure of 2015 explores the development of the new model of judge, supported in the linguistic turn, and for that reason applying laws and principles to create the sentence. Using Dworkin as the theoretical framework of research, he contemplates the relationship between codes and the construction of a model of a judge that limits itself to the law. It understands, with Chain Novel, the analysis and it is noticed that there is a connection between the codes making their effectiveness feasible, since there is a structuring of meaning between the norms, and with this the change of the model of the magistrate, who must distance himself from the discretionary. However, through the use of judicial activism, the Federal Supreme Court is changing how to interpret the norms as to the adequate grounds for the decision, and thus to withdraw its effectiveness, since judgments and statements are creating precedents against the use of article 489, §1º of the new Code of Civil Procedure, breaking with Chain Novel and likewise being in disagreement with the Democratic State of Law. The research develops with the analysis of the application of Dworkin's Chain Novel theory in legislation and decision, to demand a new model of judge with the separation of judicial activism and discretion; as well as the proposal of the application of the philosophy of language, founded on the linguistic turn proposed by Heidegger and Gadamer, as the foundation of a new hermeneutic, based on the lessons of Lenio Streck. It is a bibliographical research, investigating the historical and social foundations, linking the crisis of the State that is the crisis of the Judiciary, to the methodological, philosophical and ideological transformations that triggered the revision of the role of constitutionalism and hermeneutics, covering the study of decisions that demonstrate institutional resistance to compliance with the duty to state reasons.

*Key words: Grounding, Civil Procedure Code 2015, Dworkin, Chain Novel.*





## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O CONTEXTO DO SURGIMENTO DO NOVO: OS PARADIGMAS A SEREM ROMPIDOS .....	14
1.1. Construção ideológica do Código de Processo Civil.....	30
1.2. A que veio o novo? .....	45
2. A CRISE DO CHOQUE DE RACIONALIDADE: ROMPER AS AMARRAS PARA PERMITIR O NASCIMENTO DO NOVO .....	60
2.1. Questões sobre a fundamentação .....	74
2.2. O decisionismo em xeque .....	88
3. O INÍCIO DA PRÁTICA SEM A EXPERIÊNCIA: A CONSTRUÇÃO DA <i>CHAIN NOVEL</i> .....	103
3.1. A <i>Chain Novel</i> é posterior .....	117
3.2. Deixem que o texto nos diga algo: a prisão feita de enunciados .....	132
CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	156

## INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil, principalmente no que se refere a interpretação da norma jurídica e a elaboração da decisão judicial como atribuição de sentido à lei e ao Direito, constitui-se um tema nevrálgico no Direito Processual Civil, especialmente em um país de modernidade tardia. Revela-se, ainda, especial importância ao destacar o resultado prático da atividade jurisdicional na vida das pessoas, da sociedade e das instituições.

Exigência do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões judiciais se cristalizou em princípio constitucional, apresentando-se ao sistema do direito pátrio através do artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo aplicável ao processo civil e instituído como regra no novo Código de Processo Civil. Pretende-se, assim, promover a pesquisa sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Por tratar-se de tema abrangente, se faz necessária a delimitação do presente tema, de modo que a presente pesquisa encaminhará a dissertação sobre a fundamentação das decisões como instrumento democrático indispensável à concretização de garantias fundamentais, vinculadas ao devido processo legal, e, ao acesso à justiça. Desta forma, se investigará a obrigatoriedade da fundamentação como instrumento integrante do acesso à justiça, e do devido processo legal, normatizados nos incisos XXXV e LIV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A discussão acadêmica acerca de princípios constitucionais e de normas infraconstitucionais se apresenta como relevante, uma vez que a obriedade do artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988 não consegue ser eficaz frente a atividade do Poder Judiciário.

Em que pese a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, evidenciou-se um debate sobre a eficácia de tal norma frente à grande demanda de questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Como resistência institucional, magistrados argumentaram tratar-se de norma excessiva, uma vez que prejudicaria a celeridade da jurisdição. Nesse contexto em que uma garantia fundamental já normatizada encontra óbices à sua efetivação, verifica-se o problema de seu reconhecimento como exigência lógica, constitucional e infraconstitucional, decorrente da superação histórica do positivismo jurídico; da força normativa da constituição; do acesso à justiça, que não se limita ao direito de estar em juízo, mas compreende o direito a uma tutela justa e efetiva, submetida em um regime democrático à análise crítica; do devido processo legal e da segurança jurídica; sobretudo, em decorrência da força que o precedente judicial adquirirá com a vigência da nova norma processual.

Não se desconhece as dificuldades estruturais do Poder Judiciário, entretanto, não pode a insuficiência de recursos ser argumento para a sonegação de direitos fundamentais, isto é, sonegar direitos para atender a direitos. O ordenamento jurídico brasileiro confere relevante importância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, prescrevendo, inclusive, sanção de nulidade para os julgados que não satisfaçam esse dever.

Diante de tal problema central, apresentam-se as demais questões que saltam à face como objetos do proposto estudo: A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais constitui exigência democrática imposta nas relações humanas?; Relaciona-se a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais ao acesso à justiça, ao devido processo legal e à segurança jurídica?; Possui caráter abusivo e antidemocrático o ato do Poder Judiciário, que através da discricionariedade do magistrado, em decisão não fundamentada ou precariamente respaldada, define questões práticas da sociedade?; É a fundamentação das decisões judiciais que atesta a racionalidade da decisão de forma a promover sua credibilidade e legitimidade frente a sociedade?; A regra inscrita no Código de Processo Civil de 2015 quanto à fundamentação das decisões tem eficácia plena constituindo direito subjetivo público dos jurisdicionados?

A matéria impõe o debate doutrinário, ao qual o presente trabalho pretende contribuir, pois, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 o entendimento dos tribunais quanto à eficácia da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais conduzirá sua efetivação ou o retrocesso histórico. Desta forma, o presente trabalho iniciará a pesquisa sobre a questão da fundamentação como instrumento de racionalidade, legitimação e credibilidade da argumentação das decisões judiciais.

O primeiro capítulo da pesquisa apresenta o contexto histórico de surgimento das normas processuais brasileiras, principalmente as que se referem a fundamentação das decisões. Havendo assim, uma reconstrução de um chão teórico, sendo uma demanda necessária para a construção da *Chain Novel* a que Dworkin pretende subordinar as decisões, retirando delas seu sentido. Apresenta-se a construção do juiz solipsista no Brasil colônia, observando a sociedade que estava estabelecendo no país e como ela se relacionava com as leis, com o Império e com este modelo de juiz. Analisa-se a ruptura com a imposição da cultura portuguesa e o aprimoramento científico da norma processual a partir do Código de Processo Civil de 1939.

Investiga-se a finalidade ideológica, política, histórica e social do Direito como exercício de poder vinculado à ideologia dominante, que se manifesta através de rupturas advindas das transformações econômicas que promovem novas estruturas sociais. Neste

contexto, a construção das concepções e conceitos do processo civil apresenta como marco paradigmático o contexto histórico do Estado Moderno.

É tratado no capítulo, ainda, sobre a formação da identidade nacional, no cenário de colonização e extração, com a presença do colonizador, dos índios, negros e mestiços; a imposição da cultura portuguesa através das Ordenações do Reino, que se apresentaram como instrumento ideológico de dominação e afirmação do Estado português. Posteriormente, trata-se da ruptura com a metrópole, que se tornou necessidade, e tinha o objetivo de promover a internalização do exercício do poder em todos os níveis sociais.

Analisa-se o contexto do advento das codificações a partir de 1804 e suas implicações no sistema processual brasileiro, as transformações econômicas, o Segundo Reinado e o desequilíbrio econômico e político dele causado, os reflexos da crise econômica mundial de 1929, bem como as implicações das revoluções no contexto das normas processuais e para a cientificidade do Direito.

No primeiro capítulo, há a investigação quanto a construção ideológica do Código de Processo Civil, que em decorrência do Positivismo demonstrou função ideológica de promover a naturalização das condições postas pelo Direito e constituir-se instrumento de dominação. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, em ruptura com esse positivismo, apresentou racionalidade a partir da sua constitucionalização, acrescentando-se à sua ideologia de dominação a ideologia da efetivação dos direitos fundamentais.

Pretendendo-se apresentar ao final deste capítulo, portanto, a que veio o novo, estabelecendo estreito vínculo entre o Código de Processo Civil de 2015 e a Constituição da República de 1988. Ou seja, possui o objetivo de promover a eficácia dos direitos materiais fundamentais, com a observância das garantias constitucionais do processo, que constituem instrumentos de limitação do poder do Estado em proteção à pessoa, preservando o devido processo legal e seus princípios derivados, positivando na norma processual o dever de fundamentação das decisões judiciais.

O segundo capítulo apresenta a crise do choque de racionalidade, partindo-se da investigação do esquema e racionalidade sujeito-objeto utilizando-se da revisão bibliográfica de Lenio Streck. Apresenta-se sobre a modernidade construída a partir do paradigma racionalista em contraposição ao direito Medieval, utilizando-se para tanto, argumentos dos contratualistas Hobbes, Locke, Rousseau. O Direito Moderno, fundado e desenvolvido na afirmação histórica dos direitos humanos, vinculado ao conceito de Estado de Direito, se desenvolveu sob o ambiente intelectual do racionalismo iluminista; e a moderna racionalidade, vista como composição que constitui o sentido das coisas, vincula-se à limitação do poder

estatal pelo Direito, reconhecendo a supremacia da lei sobre a administração pública e promovendo as liberdades públicas como fundamento da ordem jurídica.

Portanto, investiga-se, que o Direito moderno nasceu em um período de revoluções, que o geraram, em especial a Revolução Industrial inglesa e a Revolução Francesa, ambas de sentido burguês, capitalista e liberal, rompendo a ordem posta, os costumes e a cultura até então existente, instituindo o conceito de nacionalismo.

Contudo, a partir da segunda metade do século XX a modernidade se apresenta como um projeto que não se sustenta e necessita apresentar mudanças. O liberal (que aposta no *self made man* e traz um abismo entre as pessoas) precisa abrir espaço para o social, que resgata as promessas não cumpridas da modernidade, de forma que já não é possível racionalmente compreender o Direito e o poder centralizados unicamente no Estado. O gênero liberal individual dá lugar para o plural e à diversidade. A base de sustentação burguesa dá lugar à base de sustentação democrática na Europa do pós-guerra, enquanto no Brasil somente após a constituição de 1988, com a solidificação da vontade geral nos direitos individuais que se apresentam como um núcleo duro do sistema do Direito, e, portanto, inegociável.

Isso, no processo civil do Brasil contemporâneo, em face da ruptura do paradigma do positivismo e suas pretensas segurança e certeza produziu o fenômeno da discricionariedade como realidade da jurisdição, em sentido contrário à efetivação dos direitos fundamentais, entre os quais se encontram os do processo, afetando não apenas a credibilidade da função estatal, mas também sua legitimidade e a própria ciência do Direito submetida a contexto em que qualquer decisão se faz possível.

Desta forma, apresenta-se como objeto de investigação a filosofia da consciência e sua necessária superação a partir da virada linguística, e sua substituição pela filosofia da linguagem, as transformações sociais e promessas daí decorrentes para que se construa o modelo de juiz esperado no Código de Processo Civil de 2015, afastando o decisionismo e o juiz solipsista. Neste sentido, investiga-se ainda, a formação da decisão jurídica através da linguagem produzida como uma prática social e exercício do poder jurisdicional, que no contexto do Estado Democrático de Direito necessita de adesão para credibilidade e legitimidade.

Analisa-se a norma processual que se volta à eficácia do dever de fundamentação e destaca o seu caráter hermenêutico, que exige motivação das decisões e que exige o dever de coerência e integridade, apresentando o marco teórico da presente pesquisa, qual seja, Ronald Dworkin.

Apresenta-se historicamente a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que pode ser encontrada desde o Direito Processual Romano, nos séculos III e IV d.C.. Apresentam-se dispositivos constitucionais de diversos países com tal referência, bem como a remissão da obrigatoriedade de fundamentação das decisões no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até o Código de Processo Civil de 2015.

Observa-se a postura relativista, que se justifica nas teorias da argumentação associada ao esquema sujeito-objeto, como instrumento hábil para superação do positivismo, que exige o enfrentamento do solipsismo que lhe caracteriza. Nota-se a construção de uma mixagem ou sincretismo metodológico, como instrumentos retóricos destinados e muitas vezes criados arbitrariamente, com o objetivo específico de justificar uma determinada decisão, permitindo a consolidação do esquema-sujeito-objeto, gerando a instabilidade do Direito. Tal atitude gera, ainda, a insegurança do jurisdicionado, pois, qualquer solução se torna possível a depender de posições subjetivas e incontroláveis do julgador, através do ativismo judicial e do decisionismo.

Portanto, o que se pretende é buscar um caminho para a efetivação da democracia e dos direitos fundamentais, sonogados por opções políticas e ideológicas que se estabilizam através do decisionismo exposto ideologicamente como instrumento de eficácia da jurisdição em um sincretismo metodológico em que os princípios constitucionais são argumentados conforme o interesse do interprete.

Finalmente o terceiro capítulo apresenta a conexão entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015 e como eles se relacionam a partir das pesquisas de Dworkin na metáfora *Chain Novel* em uma construção de sentidos, bem como se forma a decisão jurídica e o conjunto de precedentes na nova ordem processual. Em Dworkin, integridade e coerência refere-se ao reconhecimento da única resposta correta às questões submetidas à jurisdição, o que se constitui solução ao decisionismo.

A metáfora da *Chain Novel* relacionada ao tema da presente pesquisa explora o modelo do juiz contemporâneo como coautor da história, do romance em cadeia, o que exige, portanto, fundamentação da decisão como sequência íntegra e coerente para efetividade da Constituição.

Entretanto, o que se apresenta na prática do Poder Judiciário é a promulgação de decisões que não se relacionam com o Código de Processo Civil de 2015. Desse modo, por meio de ativismo judicial, os juízes rompem com o que foi construído durante os anos, não aplicando a letra da lei, e continuando como personagens sem limitação.

A construção dos códigos como ordenamentos desenvolvidos durante o tempo, transformados pelos anseios populares perdem a eficácia com enunciados e acórdãos que não

tem o objetivo de cumprir a norma, usando do ativismo judicial para criar precedentes, os quais não se relacionam com a Constituição e o Código de Processo Civil de 2015.

Se apresenta como um marco democrático para o novo Código de Processo Civil, a obrigatoriedade da fundamentação adequada, isto, pois, exige o dever de responsabilizar o juiz pela sentença, restringindo seus poderes. Sendo, portanto necessário que o ativismo seja contido para que o magistrado siga as normas promulgadas pelo Poder Legislativo.

## 1. O CONTEXTO DO SURGIMENTO DO NOVO: OS PARADIGMAS A SEREM ROMPIDOS

A experiência jurídica que, como todo conhecimento humano, pode ser interpretada em diferentes dimensões, vincula-se ao entendimento e compreensão que se extrai pela relação de assimilação estabelecida a partir de determinados parâmetros de conduta (dos quais retira sua significação), com a realidade social, o ordenamento normativo e, o sistema de valores acolhidos em determinado momento histórico como essenciais à sociedade e se referem à própria ideia de justiça.

O ordenamento normativo e seus valores não surgem simplesmente da inspiração de um estadista ou da obra dogmática de um jurista, mas são produtos de uma construção histórica em constante transformação, a partir da realidade social que representam, na medida em que refletem suas necessidades e a influenciam, ao criar os consensos indispensáveis à vida em sociedade e à própria existência do Estado.

Tais consensos se oferecem ao Direito como sua finalidade ideológica, política, histórica e social, pois, constituem instrumentos de controle e conformação social, constituídos por direcionamento da compreensão da sociedade, por força da difusão da crença disseminada quanto a sua validade e obrigatoriedade, difundida através de meios de convencimento, como as tradições, os costumes, os meios de comunicação, as decisões judiciais e, inclusive, com o uso da força.

Nesse ambiente de entendimento, a construção das concepções e conceitos do processo civil apresenta como marco paradigmático o contexto histórico do Estado Moderno<sup>1</sup>, em que o Direito se apresenta como um instrumento empregado veladamente para reprodução ideológica da dominação, do controle e da subordinação à classe social dominante, de modo a proteger seus modos de produção<sup>2</sup>, “(...) em conseqüência de um determinado nível de desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais daí decorrentes (...)”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> “Surgido na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, com centralização do poder soberano. ” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de política geral*. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 1. p. 425.

<sup>2</sup> “O Estado é uma ‘máquina’ de repressão que permite às classes dominantes (no século XIX à classe burguesa e à ‘classe’ dos grandes latifundiários) assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais-valia (quer dizer, à exploração capitalista). ” ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiro de Castro. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2003, p. 62.

<sup>3</sup> BESSA, Paulo. Apresentação. In PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. VII.



Sob tal perspectiva, a construção do direito brasileiro, inicialmente como obra do colonizador, estruturou-se e se direcionou à instituição de uma normatização adequada aos interesses próprios de determinada classe dominante detentora dos modos de produção, instaurados com o mercantilismo<sup>4</sup> na metrópole, de forma que, vincula-se a ordem jurídica do período colonial aos interesses do império português. Nesse âmbito, a ocupação da terra brasileira pelo colonizador português se deu sob a vigência das Ordenações Afonsinas<sup>5</sup>, que em seu Livro III, com seus 128 artigos, tratava do processo civil<sup>6</sup>, sendo revogadas e substituídas pelas Ordenações Manuelinas<sup>7</sup> (que também tratavam do processo civil em seu Livro III) e posteriormente, revogadas e substituídas pelas Ordenação Filipinas, editadas em 1603<sup>8</sup>, que igualmente apresentavam o processo civil em seu Livro III.

As Ordenações Filipinas, instituídas no período da união das duas Coroas<sup>9</sup>, em que Filipe II da Espanha, utilizando de seus direitos de sucessão, tornou-se rei de Portugal, constituem instrumento jurídico, ideológico e político imposto pela metrópole de maior incidência efetiva na colônia, quanto ao tempo de vigência e população atingida, destinadas historicamente como instrumento de afirmação de manutenção da ordem vigente, atualizando as ordenações que a precederam<sup>10</sup>. As primeiras normas estabelecidas no Brasil, desta forma, foram impostas pela metrópole que, por esse motivo, desconsiderou a cultura jurídica pré-existente ou as peculiaridades locais, fixando apenas a positivação de uma normatização direcionada aos interesses dos sujeitos de primeira classe do império português, de tal forma que, os habitantes da colônia foram submetidos à uma normatização, aplicada como instrumento de submissão política e econômica<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> FERREIRA, Waldemar. *O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*. Rio de Janeiro: Nacional do Direito, 1960, p. 21.

<sup>5</sup> Vigente no período compreendido entre 1443 a 1521.

<sup>6</sup> NUNO J. Espinosa Gomes da Silva. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, v.1. p. 192.

<sup>7</sup> Vigente no período compreendido entre 1521 a 1603.

<sup>8</sup> Vigente em Direito Processual Civil até 1850 e em grande parte até 1939, e, em Direito Civil até 1916.

<sup>9</sup> “O período da chamada união das duas Coroas (1580-1640), quando o rei da Espanha ocupou também o trono de Portugal, caracterizou-se por crescentes restrições à participação de outros países no comércio colonial, visando especialmente a Holanda, que estava em guerra com a Espanha.” FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 52.

<sup>10</sup> “Por ordem do rei Filipe I de Portugal (1581-1598) foram revistos os diplomas em vigor. (...). O trabalho legislativo, dividido em 5 livros, foi concluído em 1595 e promulgado em 11 de janeiro de 1603.” AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

<sup>11</sup> “(...) o Brasil viria a ser uma colônia cujo sentido básico seria o de fornecer ao comércio europeu gêneros alimentícios ou minérios de grande importância. A política da Metrópole portuguesa consistirá no incentivo à empresa comercial, com base em uns poucos produtos exportáveis em grande escala e assentada na grande propriedade. Essa diretriz deveria atender aos interesses de acumulação de riqueza na Metrópole lusa, em mãos dos grandes comerciantes, da Coroa e seus afilhados.” FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 44.

Sete annos e pouco mais bastaram aos legistas (...) para apromptar a codificação emprehendida: mas ainda assim não teve Philippe 1º o gosto de ve-la terminada. Foi Philippe 2º quem, em Janeiro de 1603, decretou a observancia, por todo o reino, das Ordenações Philippinas, - o código destinado a reger por mais de dois seculos a nação portugueza, e a ser, ainda hoje, em vesperras do seculo 20, a pedra angular do direito civil brasileiro!<sup>12</sup>

O Brasil, antes da colonização, constituía-se por diferentes grupos de tribos indígenas<sup>13</sup>, que possuíam ordenamento jurídico próprio, ainda que não escrito, adequado à sua cultura<sup>14</sup>. O modo de produção vinculava-se à subsistência, ou seja, a população utilizava em comum, de maneira moderada, os bens conferidos pela natureza, tendo os portugueses, ao explorar a colônia, optado por desvalidar a cultura nativa, promovendo uma exploração essencialmente extrativista<sup>15</sup>, fundada no genocídio como modo conquista<sup>16</sup>, no discurso legal de inferioridade e na política econômica mercantilista.

A conquista do território brasileiro se desenvolveu através da capacidade bélica e tecnológica do colonizador, aliada à ausência de reações conjuntas dos povos autóctones, que se dividiam em grupos separados por toda extensão territorial, circunstância que contribuiu com o método de conquista dos portugueses de promover guerras e divisões tribais<sup>17</sup>, de forma a permitir, mais facilmente, a dominação da comunidade e a execução, ainda que mal sucedida,

<sup>12</sup> MARTINS JUNIOR, José Isidoro. *História do Direito Nacional*. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 98.

<sup>13</sup> "Podemos distinguir dois grandes blocos que subdividem essa população: os tupis-guaranis e os tapuias. Os tupis-guaranis estendiam-se por quase toda a costa brasileira, desde pelo menos o Ceará até a Lagoa dos Patos, no extremo Sul. Os tupis, também denominados tupinambás, dominavam a faixa litorânea, do Norte até Cananéia, no sul do atual Estado de São Paulo; os guaranis localizavam-se na bacia Paraná-Paraguai e no trecho do litoral entre Cananéia e o extremo sul do que viria a ser o Brasil." FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 35.

<sup>14</sup> SOUZA FILHO, CF Marés de. O direito envergonhado (O direito e os índios no Brasil). *Revista IIDH*, Montevideo, v. 15, n. 15, jan./jun. p.145-164, 1992. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acesso em: 10 de abr. 2017.

<sup>15</sup> "Um membro da camada dirigente, como o burocrata escrivão, não via só o lado mercantil da descoberta. O letrado traía preocupações diversas, que se sublimariam numa visão diferente do novo mundo, insinuando-lhe outro destino, mais refinado, mais sutil, de alcance mais largo. Para o comércio a terra era imprestável – resgatavam-se apenas 'coisinhas de pouco valor', na língua desdenhosa do cronista. Portugal – e a Europa do século XVI – não era apenas a próspera mercancia, a riqueza fácil. (...). Muitas peças constroem o palco do paraíso: os homens e as mulheres andam nus, 'sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas', todos são saudáveis, 'mancebos e de bons corpos', as mulheres são benfeitas e redondas, não plantam nem criam, e, sobretudo, estão libertos da autoridade, do 'acatamento ou medo'. Embora esquivos – esquivos como 'animais monteses', ou 'como pardais, do cevadoiro' –, a 'gente é boa e de boa simplicidade'. A inocência dos indígenas aponta para um caminho inesperado: a inocência é o caminho do cristianismo." FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012, p. 119-120.

<sup>16</sup> SILVA FILHO, José Carlos da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 220/264.

<sup>17</sup> Política também utilizada pelos invasores franceses.

de um projeto escravocrata, ao qual se integraria o negro africano (e nesse caso o colonizador obteve êxito), constituindo uma população mestiça<sup>18</sup>.

Desse modo, na formação da identidade nacional, no cenário de colonização e extração, tem-se a presença do colonizador lusitano, e, sobretudo, dos índios, negros e mestiços que residiam no território, constituindo, em um primeiro momento histórico, o povo brasileiro, sem identidade firmada.

Naquela busca de sua própria identidade, talvez até se desgostasse da ideia de não ser europeu, por considerar, ele também, como subalterno tudo que era nativo ou negro. Mesmo o filho de pais brancos nascidos no Brasil, mazombo, ocupando em sua própria sociedade uma posição inferior com respeito aos que vinham da metrópole, se vexava muito da sua condição de filho da terra, recusando o tratamento de nativo e discriminando o brasilíndio mameluco ao considera-lo como índio.<sup>19</sup>

A imposição da cultura jurídica portuguesa, desta forma, através das Ordenações e, por consequência, seu processo civil, atribuindo ao rei função jurisdicional no Título X<sup>20</sup> do Livro III, se apresentam como instrumento ideológico de dominação e afirmação do Estado português, conferindo-lhe o controle social e econômico em todos os níveis.

(...) as Ordenações não regulam, não disciplinam relações jurídicas individuais, tendo em conta a harmonia dos interesses em pugna. O direito se dirigia ao delegado real, ao agente do soberano, e só daí se projetava ao indivíduo, instrumento de desígnios superiores, vigiado de cima, do alto, sem autonomia moral e sem incolumidade jurídica.<sup>21</sup>

Nessa normatização, anterior a separação formal dos poderes, o juiz se apresentava como subordinado, em um primeiro momento, aos donatários das Capitanias Hereditárias, e, posteriormente, com a organização do Estado, do rei, exercendo a par da atividade jurisdicional,

<sup>18</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>20</sup> “3. E se algum fosse citado para responder a certo dia perante algum Juiz, e antes desse dia fosse chamado per Nós, ou pela Rainha, ou pelo Príncipe, virá primeiro ao dito chamado, e durando o tempo de sua ida, estada ou tornada e mais dous dias (2) para repousar (se a distancia dos lugares fôr mais de vinte legoas, e se fôr menos, haverá hum dia), não será obrigado responder á dita citação, cessando ácerca de tal chamamento, ida, vinda, estada, toda a fraude, ou engano. E isto se entenderá, quando Nós, a Rainha, ou Príncipe, estivermos fóra do lugar, para onde o dito réo fôr citado, porque de outra maneira responderá á dita citação, sem embargo de assi ser chamado. E quando Nós nos quizermos servir delle, proveremos ácerca da citação, como o houvermos por nosso serviço.” ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870, p. 574.

<sup>21</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012, p. 85.

funções administrativas<sup>22</sup> e políticas, fundamentais aos interesses do Império e de sua classe dominante.

A organização judiciária no período colonial seguiu o modelo português atuando com função política, de tal forma que, as nascentes instituições apresentam como escopo a preservação dos interesses imperiais, não obstante a instituição de uma classe econômica local, detentora dos meios de produção a influenciar a aplicação do Direito na colônia, mesmo após a constituição de uma jurisdição nacional.

Quanto a divisão do território em Capitanias Hereditárias, observa-se, que esta permitiu que os donatários exercessem amplos poderes jurisdicionais, em uma “(...) *prática político-administrativa tipicamente feudal* (...)”<sup>23</sup>. Somente com a instituição de um governador-geral, Tomé de Souza<sup>24</sup>, foram instalados pela metrópole seus órgãos burocráticos de controle, especialmente na natureza jurisdicional, mantendo vigente a legislação portuguesa, ao contrário do que ocorreu com as colônias espanholas na América, que receberam legislação própria, reunida em 1680, através das “*Recompilación de Leyes de los Reinos de Índias*”<sup>25</sup>.

No entanto, não se pode olvidar, que nesse momento histórico, Portugal, tal qual toda Europa, admitia a convivência de um pluralismo jurídico, onde ordens jurídicas diversas conviviam simultaneamente através do Direito Comum, do Direito Canônico e do Direito dos Reinos. Nesse contexto, também na colônia se instaurou um Direito específico, através de atos normativos específicos, sobretudo, por consequência do ciclo econômico do ouro, sem prejuízo das Cartas de Doação e Forais, Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos, legislação canônica, *ius commune* e Ordenações do Reino<sup>26</sup>.

Mais tarde, a Lei da Boa Razão, promulgada em 1769, atualizou as Ordenações e afastou definitivamente a aplicação, ainda que subsidiária, do direito romano, além de limitar a atividade do intérprete.

4. (d) Interpretação é a explicação do que um escripto diz, mais concisa ou menos claramente do que convém para a boa intelligencia do espirito do seu auctor. Se as palavras de uma Lei são claras, e bem conhecido o espirito do auctor d'ella; trabalhar

<sup>22</sup> “Pondere-se, ainda, que as atribuições locais e do governo-geral não se delimitam fixamente, como confusas são as atividades em todos os setores judiciários ou administrativos. Os juízes e oficiais fiscalizam o comércio, cuidam da justiça, expedem ordens, em controle não apenas exterior e formal como nos tempos atuais, mas em vigilância íntima e profunda.” Ibidem, p. 215.

<sup>23</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.58.

<sup>24</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução da estrutura judiciária no Brasil. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 1, n. 5, set. p. 1-23, 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Acesso em: 09 de jul. 2017.

<sup>25</sup> GUARDIA, Dom Miguel de la. *Las leyes de índias con las posteriores vigentes hoy y un epilogo sobre las reformas legislativas ultramarinas*. Madri: Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, 1889.

<sup>26</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59.

pela interpretação é efeito de paixão, que cega o entendimento, é o mesmo que accender uma luz á luz do sol, com perigo de nos queimarmos. Este é o primeiro abuso, que se póde fazer da interpretação, justamente condemnado no proemio da nossa Lei. Além d'este podem praticar-se outros abusos da interpretação, se em vez de guardar as regras de Hermeneutica, Grammatica, Logica, e Juridica, qualquer interpretar as Leis á feição da sua phantasia; ou fundado em uma equidade cerebrina, que conduz a grandes erros.<sup>27</sup>

As alterações introduzidas pela Lei de Boa Razão, continuaram a assegurar os poderes do monarca<sup>28</sup>, assim como a própria organização judiciária instituída pela metrópole<sup>29</sup>, de forma que, observa-se um movimento de reprodução<sup>30</sup> da estrutura colonial, tomando-se como figuras essenciais para tal reiteração o juiz, o direito e, as dinâmicas processuais.

O desenvolvimento da colônia, foi obstado pelo colonizador em claro objetivo de submissão à metrópole, sobretudo, após a advertência representada pela independência dos Estados Unidos da América, com apoio direto de uma potência europeia rival (França)<sup>31</sup>, “(...) *para Portugal, o Brasil deveria servir seus interesses; existia para ele e em função dele (...)*”<sup>32</sup>.

Dois séculos tiveram que se escoar para que o Brasil pudesse povoar-se mais intensamente, em razão de seus portos se acharem fechados à imigração de outros povos. Imperava o monopólio lusitano mesmo no âmbito do povoamento: este havia de fazer-se exclusivamente por portugueses e os negros do continente africano.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> TELLES, José Domem Corrêa. *Commentario Critico á lei da boa razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus. 1865, p. 8.

<sup>28</sup> “*A Lei da Boa Razão constituiu um mecanismo fundamental para minimizar os influxos do direito comum. ‘Seus principais dispositivos são francamente centralizadores e uniformizadores: a razão e a vontade do monarca são as fontes do direito; a jurisprudência deveria ser unificada e só seria reconhecida como tal se tornada assento da Casa de Suplicação; o direito consuetudinário só seria admitido se fosse condizente com a boa razão, tivesse mais de cem anos e não se chocasse com a lei; o direito comum só seria admitido quando não conflitasse com a boa razão (...)*.” WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.476.

<sup>29</sup> FERREIRA, Waldemar. *O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1960.

<sup>30</sup> “*O papel do aparelho repressivo do Estado consiste essencialmente, como aparelho repressivo, em garantir pela força (física ou não) as condições políticas da reprodução das relações de produção, que são em última instância relações de exploração. Não apenas o aparelho de Estado contribui para a sua própria reprodução (existem no Estado capitalista as dinastias políticas, dinastias militares, etc.) mas também, e sobretudo o Aparelho de Estado assegura pela repressão (da força física mais brutal às simples ordens e proibições administrativas, à censura explícita ou implícita, etc.), as condições políticas do exercício dos Aparelhos Ideológicos de Estado.*” ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiro de Castro. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2003, p. 74.

<sup>31</sup> FERREIRA, Waldemar. *O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1960.

<sup>32</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46.

<sup>33</sup> FERREIRA, Waldemar. *O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1960, p. 33.

Por meio da independência do país manteve a vinculação do Estado aos interesses dos sujeitos de primeira classe<sup>34</sup> (substituindo os da corte europeia pelos da corte nacional), que ocupavam posições estratégicas ligadas ao poder, através das quais, promoveram sua hegemonia na sociedade, de forma a manter as estruturas sociais intactas, servindo apenas para constituir um monopólio de poder à elite local.

Nessa conjuntura, a ruptura com a metrópole tornou-se uma necessidade histórica, com o objetivo de promover a completa internalização do exercício do poder em todos os níveis sociais, mantendo-se a ordem social vigente, pois, as elites nativas “(...) *não se erguiam contra a estrutura da sociedade colonial. Mas, contra as implicações econômicas, sociais e políticas do estatuto colonial, pois este neutralizava sua capacidade de dominação em todos os níveis da ordem social(...)*”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> “Essa classe dominante empresarial-burocrática-eclésiástica, embora exercendo-se como agente de sua própria prosperidade, atuou também, subsidiariamente, como reitora do processo de formação do povo brasileiro. Somos, tal qual somos, pela forma que ela imprimiu em nós ao nos configurar, segundo correspondia a sua cultura e a seus interesses. Inclusive reduzindo o que seria o povo brasileiro como entidade cívica e política a uma oferta de mão de obra servil.” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015, p. 135.

<sup>35</sup> FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006, p. 50.

Os artigos 10<sup>36</sup>, 151 a 164<sup>37</sup> e, 179-XII<sup>38</sup> da Constituição de 1824, regularam a jurisdição, durante sua vigência, período em que o país passou por diversas transformações, como “(...) *as intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa preferencial da Inglaterra e o início do protecionismo econômico, com a tarifa Alves Branco, de 1844; a supressão do tráfico de escravos, o início da industrialização e a própria Abolição em 1888(...)*”<sup>39</sup>, com a sistemática reformulação das Ordenações, quanto a matéria processual.

---

<sup>36</sup> “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. ” BRASIL, *Constituição Política do Imperio do Brazil*, de 25 de março de 1824.

<sup>37</sup> “Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar. Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei. Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar. Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar. Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei. Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos. Art. 159. Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já. Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei. Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Offício, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes. ” Ibidem.

<sup>38</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte; XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. ” Ibidem.

<sup>39</sup> NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 14.

Depois da independência as leis portuguesas continuaram a vigorar no Brasil, por força da Lei de 20 de outubro de 1823<sup>40</sup>, desocultando e comprovando a circunstância histórica de que a independência surgiu como elemento de continuidade e não de transformação<sup>41</sup>.

A Constituição Imperial de 1824<sup>42</sup>, e por todo primeiro reinado<sup>43</sup>, buscou-se privilegiar e fortalecer o poder pessoal do imperador<sup>44</sup>, a produção normativa se desenvolveu em torno da conveniência de uma elite imperial, sob uma ideologia liberal de cunho individualista.

No interesse dessa burguesia em ascensão, que produziu novas condições materiais de produção de riqueza<sup>45</sup>, mantem-se vigente a ordem jurídica processual civil portuguesa (Livro III das Ordenações Filipinas), tal qual o ordenamento civil. Porém, a par do reconhecimento da necessidade da constituição de normas jurídicas próprias, institui-se, desde logo, a nova estrutura judiciária, inspirada no modelo português, mas com características próprias, mantendo-se, de qualquer forma, o poder do rei na escolha dos juizes e sua função eminentemente política.

O centro do sistema estava no juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores, os inspetores de quarteirão, de triste memória nos anais do crime e da opressão: “era talvez a 3.<sup>a</sup> autoridade depois da regência e dos ministros”. A autoridade nomeada pelo imperador, o juiz de direito que se colocaria na função de chefe da polícia nas cidades populosas, não recebeu atribuições. (...). O estatuto processual, conjugado com a guarda nacional, municipalista e localmente eletiva no seu primeiro lance, garante a autônoma autoridade dos chefes locais, senhores da justiça e do policiamento.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> “ *Após a Independência, continuou a vigorar em nosso território, por força de lei, aprovada pela Assembléia Constituinte e Legislativa, em 20 de outubro de 1823, toda a legislação (ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções) promulgada pelos monarcas portugueses, e pelas quais o Brasil se governava até o dia vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor Dom Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino; e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas; para por elas se regularem negócios do interior deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas (...).*” AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 177.

<sup>41</sup> O Brasil é um país de modernidade tardia e por esse motivo, percebe-se que a modernidade sólida que Bauman discorre em seu livro *modernidade líquida* se enquadra neste ponto, uma vez que a modernidade sólida está no direito costumeiros e nas obrigações impostas e presas as tradições, que impediam movimentos e iniciativas, ou seja, a sociedade que não anseia mudanças.

<sup>42</sup> BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824.

<sup>43</sup> Período compreendido entre 7 de setembro de 1822 e 7 de abril de 1831.

<sup>44</sup> “*Entre as principais medidas dessa Constituição, destaca-se o fortalecimento do poder pessoal do imperador, com a criação do Poder Moderador, que estava acima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As províncias passam a ser governadas por presidentes nomeados pelo imperador e as eleições são indiretas e censitárias.*” PONTUAL, Helena Daltro. *Uma breve história das Constituições do Brasil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acessado em 05 de abr. 2017.

<sup>45</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92.

<sup>46</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 353.



O sentido da nova ordem jurídica nacional se vincula ao movimento das codificações, inaugurado pelo Código de Napoleão<sup>47</sup> em 1804, que se direcionou ao longo da história fixando normas positivas capazes de atribuir (pretensa) segurança jurídica aos agentes sociais capazes de impor de forma normativa seus interesses. As decisões proferidas em tais regramentos estavam limitadas à aplicação do texto imediato da norma<sup>48</sup>, de forma a reduzir sua atividade interpretativa.

Desse modo observa que a Constituição de 1824, ainda que liberal e individualista do ponto de vista econômico, demonstra as características de um poder monárquico autoritarista, que concentrava o poder na pessoa do imperador, de tal forma que, as distinções entre a monarquia constitucional e absolutista, neste cenário, são pequenas, sobretudo, por ter Dom Pedro I, outorgado uma Constituição que pouco limitava seus próprios poderes, que eram exercidos a título de Poder Moderador<sup>49</sup>.

Entretanto, Dom Pedro I, abdicou da coroa em 1831, deixando em seu lugar Dom Pedro II, que se emancipou em 1840, nesse interstício, de aproximadamente dez anos, o poder foi exercido por figuras políticas da elite econômica que o assistiam, institucionalizadas através de regências provisórias, quando então foi suspenso o Poder Moderador, por meio de Ato Adicional de 1834<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> “Acontece, porém, que ‘um Código não detém a evolução do direito... o direito é matéria viva, não se encerra em códigos (MAZEAUD, vol. cit., nP 43). Ou como diria THIBAUT, professor em Heidelberg, replicando a SAVIGNY que prognosticava a cristalização do Direito por obra da codificação (no célebre opúsculo ‘De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciência dei Derecho), a evolução jurídica envolve sempre, o direito não estaciona (cf. minhas Instituições de Direito Civil, vol.I, nP 14). ” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais. *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, v.32 n.32 out. p.1-14, 1989. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003/937>>. Acesso em: 14 de mar. 2017.

<sup>48</sup> “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor. ” MONTESQUIEU. *O Espirito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

<sup>49</sup> “A Coroa, armada com o Poder Moderador, que lhe permite nomear e demitir livremente os ministros, conserva o comando a política e da administração, convertendo o sistema parlamentar num aparente parlamentarismo. A ausência de eleições autênticas, o fracionamento dos partidos, sua armadura oligárquica e não personalizada em líderes, permite-lhe, com desembrço, dar as cartas e fixar o valor das paradas. O ‘país legal’, expressando-se no país oficial, não lhe pode contestar a chefia, incapaz de, à sua ilharga, constituir núcleo autônomo de poder. Para esse jogo, o Poder Moderador será o pretexto, embora o pretexto legal, do domínio da realeza, enquistado na monarquia limitada, nutrida pela tradição secular. ” FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012, p. 336.

<sup>50</sup> “Uma lei de agosto de 1834, chamada de Ato Adicional, porque fez adições e alterações na Constituição de 1824, determinou que o Poder Moderador não poderia ser exercido durante a Regência. Suprimiu também o Conselho de Estado. Os presidentes de província continuaram a ser designados pelo governo central, mas criaram-se Assembleias Provinciais com maiores poderes, em substituição aos antigos Conselhos Gerais. ” FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 141.

Houve o desenvolvimento da produção normativa com a edição do Código de Processo Criminal, 1832<sup>51</sup>, revogado pela Lei 261 de 1841<sup>52</sup>; o Código Comercial Brasileiro<sup>53</sup> de 1850; os Regulamentos 737<sup>54</sup> e 738<sup>55</sup>, do mesmo ano, que tratavam de matéria processual no âmbito de aplicação daquela codificação. As diversas normas processuais editadas a partir daí foram reunidas na Consolidação das Leis de Processo Civil de 1876<sup>56</sup>, no Decreto 763<sup>57</sup>, de 1890.

As transformações econômicas ocorridas no segundo reinado<sup>58</sup>, com a expansão do mercado internacional e o deslocamento do centro do poder econômico, acarretaram um “(...) profundo desequilíbrio entre o poder econômico e o poder político (...)”<sup>59</sup>, viabilizando a ruptura da ordem constitucional, representada pela mais longa Constituição da história do Brasil, a Constituição de 1824<sup>60</sup>. Com a proclamação da República, as estruturas coloniais foram superadas por uma nova ordem jurídica, sob o comando de uma nova elite política e econômica. Tal qual quando da independência, o contexto do novo se traduz na ruptura política, que em poucos anos transformaria o cenário do direito processual.

Excluiu-se o Poder Moderador na primeira Constituição republicana<sup>61</sup>, a qual atribuiu ao Congresso competência para legislar exclusivamente sobre matéria processual afeta à justiça federal<sup>62</sup>, de forma que, os Estados-membros editaram seus próprios códigos processuais civis, o que constitui prática comum em Estados Federados<sup>63</sup>, trazendo delimitações quanto ao poder governamental e transferindo-o às classes dominantes<sup>64</sup>, em um sistema presidencialista<sup>65</sup>.

<sup>51</sup> BRASIL, *Código de processo criminal*, Lei de 29 de novembro de 1832.

<sup>52</sup> BRASIL, *Lei n.º: 261*, de 3 de dezembro de 1841.

<sup>53</sup> BRASIL, *Código comercial*, Lei n.º: 556, de 25 de junho de 1850.

<sup>54</sup> BRASIL, *Decreto n.º: 737*, de 25 de novembro de 1850.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> BRASIL, *Consolidação das leis do processo civil*. Resolução Consulta de 28 de dezembro de 1876.

<sup>57</sup> BRASIL, *Decreto n.º: 763*, de 19 de setembro de 1890.

<sup>58</sup> Período compreendido entre 23 de julho de 1840 e 15 de novembro de 1889.

<sup>59</sup> COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: UNESP, 1999, p. 15.

<sup>60</sup> Vigente entre 25 de março de 1824 e 24 de fevereiro de 1889.

<sup>61</sup> BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

<sup>62</sup> “Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal;” *Ibidem*.

<sup>63</sup> O primeiro Estado a regular processo foi o do Pará (Dec. n.1.380, de 22.06.1905) seguindo-se o Rio Grande do Sul (Lei n.507, de 22.6.1909) e o Maranhão (Lei n.65, de 16.01.1908).

<sup>64</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2016, p. 45.

<sup>65</sup> “Com efeito, os princípios chaves que faziam a estrutura do novo Estado diametralmente oposto àquela vigente no Império eram doravante: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder; enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 365.

Nota-se, nesse contexto, uma preocupação muito maior com as leis penais do que com as civis, pois, as liberdades do individualismo apresentado como discurso dominante, se apresentam como riscos potenciais ao modelo de ordem que se pretendia estabelecer, sobretudo, quanto a grupos marginais<sup>66</sup>.

Com o final do Império e ao longo da Primeira República<sup>67</sup> as estruturas econômicas e sociais do país se transformaram, constituindo uma elite formada pela classe proprietária dos meios de produção agrícola (em especial o café), por uma nascente burguesia industrial, e, pela hegemônica classe comercial urbana, às quais se acresceu o capital internacional<sup>68</sup>, a formação de uma classe média e do proletariado industrial nacional, pelo que a Constituição de 1891 vincula-se ao ambiente histórico da formação de uma identidade<sup>69</sup> nacional, até então não formada<sup>70</sup>, entretanto, através da importação de “(...) fórmulas vazias, de índole francesa, inglesa ou norte-americana (...)”<sup>71</sup>.

A Primeira República se caracterizou pelos ciclos econômicos do café e da borracha, pelas constantes crises políticas no plano institucional, pela desmoralização das eleições<sup>72</sup>, e, por constantes violações à Constituição Republicana. Esse cenário, aliado a crise econômica mundial, desencadeada pela Crise da Bolsa de valores de Nova Iorque, de outubro de 1929 e à crise eleitoral de 1929-1930, deu origem ao movimento revolucionário de 1930, liderado por Getúlio Vargas<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> “O sentido de marginais aqui é de estarem a margem do Estado: “A ordem aliava-se à desordem, com a exclusão da massa dos cidadãos que ficava sem espaço político. (...) o cidadão era marginalizado. ” Ibidem, p. 38.

<sup>67</sup> Período compreendido entre a proclamação da República e a revolução de 1930.

<sup>68</sup> PERISSINOTTO, Renato M. *Classes dominantes e hegemonia na república velha*. Campinas: Unicamp, 1994, p. 13.

<sup>69</sup> “Já ficou registrado que o fim do Império e o início da República foi uma época caracterizada por grande movimentação de idéias, em geral importadas da Europa. Na maioria das vezes, eram idéias mal absorvidas ou absorvidas de modo parcial e seletivo, resultando em grande confusão ideológica. Liberalismo, positivismo, socialismo, anarquismo misturavam-se e combinavam-se das maneiras mais esdrúxulas na boca e na pena das pessoas mais inesperadas. Contudo, seria enganoso descartar as idéias da época como simples desorientação. Tudo era, sem dúvida, um pouco louco. ” CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2016, p. 42.

<sup>70</sup> “A sociedade era, de fato, um mero conglomerado de gentes multiétnicas, oriundas da Europa, da África ou nativos daqui mesmo, ativadas pela mais intensa mestiçagem, pelo genocídio mais brutal na dizimação dos povos tribais e pelo etnocídio radical na descaracterização cultural dos continentes indígenas e africanos. ” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015, p. 327.

<sup>71</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012, p. 534.

<sup>72</sup> “A desmoralização das eleições, sabidamente fraudulentas, ao lado da “política dos governadores”, foi talvez, a causa principal do malogro da 1ª República e da sua condenação pela opinião pública onde ela existia. ” BALIEIRO, Aliomar, *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 53.

<sup>73</sup> Ibidem.

Ultrapassada a resistência ao movimento de 1930<sup>74</sup>, representado pela denominada “revolução constitucionalista”, foi promulgada a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar<sup>75</sup>, que em seu artigo 5º-XIX, “a”<sup>76</sup>, atribuiu à União a competência para legislar sobre matéria processual, apesar da resistência das oligarquias estaduais aliada a juristas como Campos Salles, em contraponto a nomes como Rui Barbosa, João Mendes, Clóvis Beviláqua e João Monteiro, que defenderam a unicidade processual<sup>77</sup>. A unicidade do sistema processual, passou a exigir, a partir da vigência da Constituição de 1934, um Código de Processo Civil, em substituição às codificações processuais dos Estados da Federação.

Em um contexto<sup>78</sup> de revoluções que se espalharam pelo mundo, com a tomada de poder por governos autoritários (Salazar, Franco, Mussolini, Hitler), foi outorgada a Constituição de 1937<sup>79</sup> a exigir, tal qual a de 1934, um sistema processual unitário, instaurado com o Código de Processo Civil<sup>80</sup> de 1939, originário da inter-relação de circunstâncias históricas que marcam a instituição do Estado Novo, como se observa da própria exposição de motivos de Francisco Campos, vinculando-o à nova ordem política<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> “(...) é simplista a tese segundo a qual a Revolução de 1930 significou a tomada direta do poder por esta ou aquela classe social. Os vitoriosos de 1930 compunham um quadro heterogêneo, tanto do ponto de vista social como político. Eles tinham se unido contra um mesmo adversário, com perspectivas diversas: os velhos oligarcas, representantes típicos da classe dominante de cada região do país, desejavam apenas maior atendimento à sua área e maior soma pessoal de poder, com um mínimo de transformação; os quadros civis mais jovens inclinavam-se a reformular o sistema político e se associaram transitariamente com os tenentes, formando o grupo dos chamados “tenentes civis”; o movimento tenentista - visto como uma ameaça pelas altas patentes das Forças Armadas - defendia a centralização do poder e a introdução de algumas reformas sociais; o Partido Democrático - porta-voz da classe média tradicional - pretendia o controle do governo do Estado de São Paulo e a efetiva adoção dos princípios do Estado liberal, que aparentemente asseguraria seu predomínio.” FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 279.

<sup>75</sup> “2. La Constitución de Weimar es una Constitución, no sólo una serie de leyes constitucionales. Envuelve las decisiones políticas fundamentales a favor de una Democracia constitucional. Pero, por lo demás, se encuentra en los desarrollos legal-constitucionales como en disposiciones diversas – sobre todo en la segunda parte, bajo el epígrafe «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»-una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos. Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una síntesis con frecuencia confusa.” SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza. 1996, p. 53.

<sup>76</sup> “Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; ” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

<sup>77</sup> POLETTI, Ronaldo, *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 28.

<sup>78</sup> “A Constituição de 1937 fora, segundo Francisco Campos, outorgada em um momento de crise de ordem e de autoridade em todo o mundo.” PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 8.

<sup>79</sup> BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937.

<sup>80</sup> BRASIL, *Código de processo civil, decreto-lei nº: 1.608, de 18 de setembro de 1939*.

<sup>81</sup> “Este documento legislativo já era uma imposição da lei constitucional de 34, e continuou a sê-lo da Constituição de 37. Era, porém, sobretudo, uma imposição de alcance e de sentido mais profundos: de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; ” CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos ao Código de Processo Civil, In BRASIL, *Código de Processo Civil, Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939*.

A superação do fracionamento normativo processual, com o Código de Processo Civil de 1939, apresenta-se coerente com a adoção de um Código Civil<sup>82</sup> único, desde 1916 (que substituiu as Ordenações Filipinas, vigentes desde 1603), e, com a centralização do poder político, promovida pelo novo regime<sup>83</sup>, acompanhando sob esse aspecto uma tendência histórica observada no início do século XX.

Se de um lado, o ambiente político internacional direcionava para centralização do poder, de outro, a aprovação de diplomas processuais pelo mundo<sup>84</sup> vinculava a ideia do aprimoramento científico absorvido pelo Código de Processo Civil de 1939, que pôs fim a aplicação da legislação portuguesa em matéria processual, bem como a extinção dos códigos processuais aplicados pelos Estados da Federação, rompendo com a tradição processual<sup>85</sup> então consolidada, como se observa na exposição de motivos<sup>86</sup>.

Na verdade, por processo autoritário se qualifica aquele em que predomina o *princípio da autoridade*. "Trata-se — escreve CALAMANDREI, reagindo contra as tendências do legislador italiano — de projetar no campo do processo aqueles princípios em que se inspira o ordenamento constitucional do Estado: porque no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário transplantado para o processo significa logicamente reforçamento dos poderes do juiz". Exatamente com esse sentido, ou seja "porque a justiça é o Estado e o Estado é a justiça", e na administração desta requer-se "cada vez mais o uso da autoridade pública", o ministro brasileiro qualificava de *autoritário* o Código que nos ofertava, justificando a adjetivação ao ressaltar que "o primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria de ser a função que se atribuiu ao juiz" O juiz brasileiro, portanto, na consonância da orientação do Estado instituído e da doutrina que preconizava para o processo civil, deveria ser um *juiz autoritário*.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> BRASIL, *Código Civil*. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

<sup>83</sup> "Inspirador da codificação brasileira foi o Prof. Francisco Campos (1939), Ministro da Justiça, que, já na *Exposição de Motivos*, vem evidenciar a preponderância do elemento político sobre aquele técnico-jurídico, sublinhando que o Código se inspirava a uma concepção de processo de um Estado Forte (Estado Novo) (SANTOS, 1959). Estávamos na época de Getúlio Vargas e da sua ideologia não-liberal e autoritária." PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.48 n.190 abr./jun. p. 93-120, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945>>. Acesso em: 15 de nov. 2017.

<sup>84</sup> Código de Processo Civil alemão, de 1877; Código de Processo Civil da Áustria, de 1895; da Hungria de 1911; da Noruega de 1915; da Bulgária de 1922, de Portugal de 1939, o brasileiro (1939), o italiano (1940) e o sueco (1942).

<sup>85</sup> "O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribuiu ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade." CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos ao Código de Processo Civil, In BRASIL, *Código de Processo Civil*, Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, p. 3.

<sup>86</sup> "O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces." Ibidem.

<sup>87</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.54 n.2 p. 212-229, 1959. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>>. Acesso em: 05 de abr. 2017.

O profundo impacto produzido pelo final da segunda guerra mundial, aliado a crises políticas internas levou a promulgação da Constituição de 1946<sup>88</sup>, fruto da mais representativa Assembleia Constituinte, até então instituída na história do país, todavia, mesmo representando uma Constituição democrática, não tratava de direitos fundamentais como um núcleo duro constitucional contemporâneo<sup>89</sup>, sendo constantemente marcada por levantes militares e tentativas de golpes de Estado<sup>90</sup>, que culminaram com a ruptura da ordem constitucional democrática através do golpe militar de 1964, que deu origem às constituições outorgadas de 1967<sup>91</sup> e 1969<sup>92</sup>.

Situa-se o estudo agora no direito contemporâneo<sup>93</sup>, passando a análise para os dois últimos códigos da atualidade, o Código de Processo Civil de 1973 elaborado em um Estado de exceção e o seguinte como sua contracultura, ou seja, o primeiro Código de Processo Civil brasileiro de processo civil a ser elaborado em um Estado Democrático de Direito.

Já sob a vigência da Emenda n<sup>o</sup>: 1, foi editado do Código de Processo Civil de 1973, buscando essencialmente a modernização do sistema processual, tomando por fundamento a doutrina clássica italiana e, em especial de Enrico Tullio Liebman<sup>94</sup>, como se observa logo em sua exposição de motivos<sup>95</sup>.

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição<sup>96</sup> vigente, que incorporou valores e princípios considerados fundamentais pelo constituinte, deslocando o centro do direito para a dignidade da pessoa humana.

Nessas circunstâncias históricas o processo civil sofreu intensa transformação através das decisões dos tribunais nacionais, levando a constantes reformas, especialmente a partir de 1994, culminando com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015<sup>97</sup>, após longa

---

<sup>88</sup> BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946.

<sup>89</sup> Os Direitos Fundamentais e as Garantias ganham sua estrutura e localização privilegiada nos sistemas jurídicos, notadamente, na segunda metade do século XX com o surgimento dos neoconstitucionalismos, expressão utilizada, principalmente, por Lenio Streck.

<sup>90</sup> BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras: 1946*, Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 24.

<sup>91</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967.

<sup>92</sup> BRASIL, *Emenda Constitucional n<sup>o</sup>: 1*, de 17 de outubro de 1969.

<sup>93</sup> É necessário que se faça uma ressalva quanto a expressão direito contemporâneo, uma vez que ele está dissociado com o constitucionalismo contemporâneo da Constituição de 1988.

<sup>94</sup> BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v.72 n.1 p. 131-152, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795>>. Acesso em: 17 de jan. 2017.

<sup>95</sup> BUZUID, Alfredo. Exposição de motivos. In BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

<sup>96</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

<sup>97</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei n<sup>o</sup>: 13.105, de 16 de março de 2015.

tramitação que contou com audiências públicas e diálogo com a sociedade, o que não impediu sua alteração ao longo do primeiro ano de vigência<sup>98</sup>.

Observando a breve história apresentada, constata-se que a jurisdição, ambiente em que trafega o processo, desde sua constituição na fase colonial, apresenta-se como ato, exercício e disputa de poder entre os sujeitos sociais, vinculando-se à ideologia dominante em cada fase do desenvolvimento do país, de forma que, o novo, nesse contexto histórico, chega através de rupturas promovidas em torno de transformações econômicas, que provocam novas estruturas sociais, como também das disputas institucionais de poder, em busca de hegemonia, de produção e reprodução de ideologia adequadas a determina formação social dominante.

Daí se depreende, igualmente, a significação de cultura jurídica como as representações padronizadas da (i)legalidade na produção das ideias, no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social.<sup>99</sup>

Percebe-se que a matéria processual constante das Ordenações Filipinas, apresentava-se perfeitamente adequada à proposta de colonização extrativista típica do mercantilismo, em um período em que a metrópole buscava sua afirmação e domínio sobre o território ocupado. O Direito local se apresentou de forma específica, sobretudo, diante do ciclo do ouro, e, para dele obter o melhor resultado possível à coroa portuguesa.

Como foi constatado, a independência buscou a internalização do poder, sem que estruturas sociais e o modo de produção fossem modificados, o que somente ocorreria ao final do século XIX, no qual as transformações econômicas produziram as condições históricas necessárias para ruptura da ordem constitucional. Ao longo do século XIX foram editadas diversas normas processuais adaptando o sistema processual à realidade econômica e social instauradas. Com a República e a importação do modelo federalista, que possibilitou a pulverização do poder em torno das elites locais (Estados-Membros), foram editados códigos processuais estaduais, mantendo-se em boa medida a aplicação das normas processuais do império e das ordenações do reino.

As crises econômicas ocorridas no início do século XX, aliadas a instauração de governos autoritários por todo mundo, possibilitaram a centralização do direito processual civil brasileiro através do Código de Processo Civil de 1939, substituído em ambientes de transformação econômica, política e social, pelo Código de Processo Civil de 1973, também

---

<sup>98</sup> BRASIL, *Lei 13.363*, de 25 de novembro de 2016; e, *Lei nº 13.256* de 04/02/2016.

<sup>99</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

substituído com a redemocratização do país e sua transformação em sétima economia do mundo, pelo Código de Processo Civil de 2015, o que leva a pesquisa a perscrutar a construção ideológica da norma processual.

### 1.1. Construção ideológica do Código de Processo Civil

Toma a pesquisa como foco a construção ideológica do Código de Processo Civil, apropriando-se dos sinais expostos na compreensão do ambiente histórico em que se desenvolveu, iniciando o estudo pelo entendimento do que vem a ser ideologia, não obstante se tratar de vocábulo a que se atribuem múltiplas conceituações:

Existem poucos conceitos na história da ciência social moderna que sejam tão enigmáticos e polissêmicos como esse da ideologia. Ao longo dos últimos dois séculos ele se tornou objeto de uma acumulação incrível, até mesmo fabulosa, de ambigüidades, paradoxos, arbitrariedades, contra-sensos e equívocos.<sup>100</sup>

A descoberta da origem de um determinado conceito e, sua utilização ao longo do tempo, contribui para a compreensão de seu uso na atualidade, pois, segundo Skinner: *“Quando traçamos a genealogia de um conceito, pomos a descoberto as diferentes maneiras como poderá ter sido usado no passado. Ao recuperar esses usos, ganhamos também um instrumento útil a reflexão sobre a forma como esse conceito é hoje utilizado (...)”*<sup>101</sup>, que esclarece ainda que *“O mais seguro indício de que uma sociedade realmente passou a dominar um novo conceito está no desenvolvimento de um vocabulário, em termos do qual esse conceito pode então ser articulado e discutido de público (...)”*<sup>102</sup>.

IDEOLOGIA (in. *Ideology*; fr. *Idéologie*; al. *Ideologie*; it. *Ideologia*). Esse termo foi criado por Destut de Tracy (*Idéologie*, 1801) para designar “a análise das sensações e das ideias, segundo o modelo de Condillac. A I. constituiu a corrente filosófica que marca a transposição do empirismo iluminista para o espiritualismo tradicionalista e que floresceu na primeira metade do séc. XIX (v. ESPIRITUALISMO). Como alguns ideologista franceses fossem hostis a Napoleão, este empregou o termo e sentido depreciativo, pretendendo com isso identifica-los como “sectários” ou “dogmáticos”, pessoas carecedoras de senso político e, em geral, sem contato com a realidade (PICAVET, *Les idéologues*, Paris, 1891). Aí começa a história do significado moderno desse termo, não mais empregado para indicar qualquer espécie de análise

<sup>100</sup> LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 10.

<sup>101</sup> SKINNER, Quentin. *Uma genealogia do estado moderno*. Tradução de Mônica Brito Vieira. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2011, p. 9.

<sup>102</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 620.



filosófica, mas uma doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, porém mantida pelos interesses claros ou ocultos daqueles que a utilizam.<sup>103</sup>

Predomina, entre os diversos conceitos possíveis para o termo ideologia, um denominado fraco, que se apresenta como conceito neutro e se refere a um determinado dogmatismo ou estilo político e um forte, de conteúdo negativo que se refere à ocultação e mistificação da realidade.

Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de "significado fraco" e de "significado forte" da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.<sup>104</sup>

O termo ideologia tem sua gênese no livro de Destutt de Tracy, *Eléments d'idéologie*, de 1801, que se propôs a criar uma ciência das ideias, a partir de uma teoria sobre as faculdades sensíveis (o querer, o julgar, o sentir e o recordar), buscando criar um espírito observador, como nas ciências naturais, assumindo posições antiteológicas, antimetafísicas e antimonárquicas, esperando que o progresso das ciências fosse capaz de levar a uma nova pedagogia e a uma nova moral. Os ideólogos franceses se filiaram ao pensamento liberal, apoiando Napoleão no golpe de 18 Brumário, assumindo por algum tempo posições na administração pública e na Academia, até que se insurgiram contra ele, a quem acusavam de se converter em um restaurador do antigo regime. Napoleão passou a atacar os ideólogos retirando-os dos cargos públicos, fechando a Academia e, exatamente ao contrário do que pregavam, atribuindo à ideologia a função metafísica que oculta a realidade<sup>105</sup>. A ideologia, sob tal concepção, apresentaria como traço fundamental, o de propor e institucionalizar ideias alheias à realidade

<sup>103</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 531-532.

<sup>104</sup> STOPPINO, Mario. Ideologia. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de política geral*. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 1. p. 595.

<sup>105</sup> CHAUI, Marilena. *O que é ideologia?*. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 11.

histórica e social com objetivos e finalidades estratégicos direcionados a atribuir uma falsa consciência à sociedade. Leandro Konder esclarece os conceitos expostos em *Eléments d'Idéologie*:

Seu raciocínio seguia um caminho que pode ser resumido da seguinte maneira: agimos de acordo com nossos conhecimentos, que se organizam através das idéias; se chegarmos a compreender como se formam essas idéias a partir das sensações, teremos a chave para nos entender e para criar um mundo melhor. A conclusão era: precisamos decompor as idéias até alcançar os elementos sensoriais que se constituem em sua base.<sup>106</sup>

Tratando da questão em seu conceito forte (que Wolkmer denomina negativo em contraposição ao positivo - fraco<sup>107</sup>), Marx e Engels, aprofundaram a análise da alienação da essência humana, que se constituiria como conceito-chave do materialismo histórico, afirmando, em “A ideologia Alemã”, que “*Até o momento, os homens sempre fizeram representações falsas de si mesmos, daquilo que eles são ou devem ser. Eles organizaram suas relações de acordo com suas representações de Deus, do homem normal e assim por diante. Os produtos de sua cabeça tornaram-se independentes(...)*”<sup>108</sup>.

Em Marx, especialmente na Ideologia Alemã, o conceito de ideologia aparece formado por três componentes básicos: (...) como forma de conceber o mundo, como um conjunto de idéias fundamentais consideradas não somente em seus aspectos naturais mais especialmente no seu aspecto social e no das relações entre os homens e suas atividades. O segundo aspecto diz respeito ao fato de essa ‘visão do mundo’ ou ‘conjunto de idéias’ só pode ser compreendido como produto ou reflexo da sociedade e de uma época, ou seja, de grupos sociais reais, estratos e classes. Enquanto visão do mundo e ideologia expressaria exatamente os interesses, a atividade e o papel histórico desses grupos ou classes sociais. No entanto, esse modo de expressão se faria não como expressão do conhecimento ‘verdadeiro’ mas como ‘racionalização’, ou seja, ao mesmo tempo em que os expressa e exprime-os parcialmente, deforma-os, obscurece-os. O terceiro aspecto, com base no segundo, mostra que a ideologia não é um sistema de pensamento neutro ou inócuo mas que, tendo uma função ou direcionalidade que se constitui em parte essencial dos conflitos da História, teria como função legitimar, justificar e assim contribuir para a manutenção da ordem social vigente.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 22.

<sup>107</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101-109.

<sup>108</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 523.

<sup>109</sup> WERNECK, Vera R. *A ideologia na educação: um estudo sobre a interferência da ideologia no processo educativo*. Petrópolis: Vozes, 1982, p.18.

Sob esse enfoque, a ideologia se apresenta como “(...) *um sistema de ideias, de representações que domina o espírito de um homem ou de um grupo social (...)*”<sup>110</sup> e, como tal, um instrumento de classe na disputa do poder, oferecendo-se à aplicação em todos os campos do conhecimento e das relações humanas, inclusive na instituição e na aplicação das normas jurídicas, direcionando-lhe o sentido a uma visão do mundo adequada e justificadora dos interesses que lhe foram determinantes, de forma a reproduzir e justificar sua hegemonia.

A guisa de simples reflexão sobre como o horizonte da imaginação histórica está sujeito a mudança, vermo-nos, *in medias res*, obrigados a aceitar a inexorável pertinência do conceito de ideologia. Até uma ou duas décadas atrás, o sistema produção-natureza (a relação produtivo-exploratória do homem com a natureza e seus recursos) era percebido como uma constante, enquanto todos tratavam de imaginar diferentes formas de organização social da produção e do comércio (o fascismo ou o comunismo como alternativas ao capitalismo liberal); hoje, como assinalou Fredric Jameson com muita perspicácia, ninguém mais considera seriamente as possíveis alternativas ao capitalismo, enquanto a imaginação popular é assombrada pelas visões do futuro “colapso da natureza”, da eliminação de toda a vida sobre a Terra. Parece mais fácil imaginar o “fim do mundo” que uma mudança muito mais modesta no modo de produção, como se o capitalismo liberal fosse o “real” que de algum modo sobrevivera, mesmo na eventualidade de uma catástrofe ecológica global... Assim, pode-se afirmar categoricamente a existência da ideologia *qua* matriz geradora que regula a relação entre o visível e o invisível, o imaginável e o inimaginável, bem como as mudanças nessa relação.<sup>111</sup>

Embora não utilize expressamente do vocábulo ideologia, apresenta-se Francis Bacon<sup>112</sup>, em sentido diretamente comprometido com o racionalismo, como o autor original da aplicação do conceito, através de sua teoria dos ídolos, que impedem e ocultam a percepção da verdade, que somente poderia ser atingida após superadas essas influências ao pensamento.

A ideologia, passível de modificações e adaptações diante de circunstâncias históricas, segundo os interesses que lhe foram determinantes, constitui-se ao ser compartilhada por grupos sociais, desenvolvendo-se especificamente através da disseminação ou do compartilhamento de ideias, em termos de crenças, de tradições inventadas ou quaisquer outras formas de influência sobre o pensamento coletivo, de forma a que sejam as concepções propostas consideradas naturais e imutáveis:

Por “tradição inventada” entende-se um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácitas ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento

<sup>110</sup> ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiro de Castro. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2003, p. 81.

<sup>111</sup> ZIZEK, Slavoj. Introdução: O espectro da ideologia. In ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 7.

<sup>112</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade em relação ao passado. Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado.<sup>113</sup>

O pensamento ideológico, portanto, sob esse enfoque, vincula-se a um ideário que busca perenizar uma realidade por ele proposta, apresentando-se essencialmente conservador, como instrumento de manutenção, legitimação e justificação da ordem posta.

A realidade social não é visível a olho nu, o que significa que o mundo social não é transparente aos nossos olhos. Afinal, não são apenas os músculos dos olhos que nos permitem ver, existem ideias dominantes, compartilhadas e repetidas por quase todos, que, na verdade, “selecionam” e “distorcem” o que os olhos veem, e “escondem” o que não deve ser visto. O leitor pode se perguntar: mas por que alguém faria isso? Por que existiria o interesse em esconder, distorcer ou, como dizemos na vida cotidiana, o interesse em “mentir” sobre como o mundo social realmente é? Ora, como diria o insuspeito Max Weber, os ricos e felizes, em todas as épocas e em todos os lugares, não querem apenas ser ricos e felizes. Querem saber que têm “direito” à riqueza e felicidade. Isso significa que o privilégio – mesmo o flagrantemente injusto, como o que se transmite por herança – necessita ser “legitimado”, ou seja, aceito mesmo por aqueles que foram excluídos de todos os privilégios.<sup>114</sup>

Contrapõe-se ao pensamento ideológico (no sentido forte) o pensamento utópico, de caráter revolucionário, que pretende não manter e justificar a realidade, mas introduzir elementos desejáveis e transformá-la, porém, também constitui uma distorção da realidade, pois, se orienta a objetivos que não existem em sua contemporaneidade, e, que ao passarem para o mundo da vida cotidiana tenderiam a transformá-la completamente<sup>115</sup>. O sentido atribuído à palavra “utopia”<sup>116</sup>, tem origem na obra de Thomas Morus, do século XVI, referindo-se a um mundo ideal a partir de uma crítica à realidade inglesa da época<sup>117</sup>.

Em todos os ramos institucionais do Direito, e, sobretudo, no Direito Processual Civil, por representar diretamente a ação concreta da jurisdição substituindo a vontade das partes, em campos de especial atenção da racionalidade individualista (a propriedade, as obrigações e a família), apresenta-se igualmente o fenômeno da naturalização da realidade jurídica.

<sup>113</sup> HOBBSAWM, Eric J. Introdução: a invenção das tradições. In HOBBSAWM, Eric J.; RANGER Terence. *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 8.

<sup>114</sup> SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015, p. 5.

<sup>115</sup> MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

<sup>116</sup> “*Utopia significa etimologicamente não lugar - embora alguns prefiram entender U inicial como um eu grego e, portanto leiam bom ou ótimo lugar.*” ECO, Umberto. *História das terras e lugares lendários*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 305.

<sup>117</sup> MORE, Thomas. *Utopia: edição bilíngue*. Tradução de Márcio Meirelles Gouvêa Júnior. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

No Direito, a ideologia e os interesses se organizam em torno de parâmetros metodológicos, instituídos como paradigmas que emergiram de revoluções científicas<sup>118</sup>, impulsionadas pela incapacidade de determinado paradigma satisfatoriamente enfrentar a complexidade oferecida por novas relações sociais, pelo surgimento de novos sujeitos de direito e pelas exigências ideológicas daí decorrentes. A compreensão dos paradigmas aplicados historicamente contribui para desvendar a construção ideológica do Direito Processual Civil<sup>119</sup>.

O Direito no Brasil, como adrede exposto, foi composto e se desenvolveu em seu período colonial, com reflexos no período monárquico, pelo Direito da Metrópole representado pelas Ordenações do Reino, sobretudo, pelas Ordenações Filipinas, a partir do século XVII, revelando um pensamento jurídico, ainda pluralista<sup>120</sup>, atrelado ao jus naturalismo, principalmente o de matiz teológica, sob influência jesuítica, que hegemonicamente desenvolveu seu projeto de educação no país<sup>121</sup>, oferecendo-se Tomás Antônio Gonzaga, como primeiro teórico do Direito Natural.

Quando analisa-se, o conceito de direito natural (jus naturalismo), observa-se que este se originou na filosofia grega, em que os pitagóricos utilizavam a razão numérica para demonstrar o conceito de equivalência e, através dele o da justiça, com o reconhecimento, pelos sofistas, de um justo natural e um justo legal. Protágoras e Sócrates, atribuíam o cumprimento das leis às vantagens que essa prática oferecia à vida em comum, enquanto que os céticos, defendiam que a instituição de leis visava a um equilíbrio entre os mais fortes e os mais fracos<sup>122</sup>, em sentido próximo ao exposto pelos epicuristas que viam na observância das leis um pacto tácito firmado na conveniência da sociedade<sup>123</sup>. Aristóteles e Platão tomaram a justiça como ponto central de seus estudos sobre o Direito<sup>124</sup>.

<sup>118</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

<sup>119</sup> "(...) o nosso direito não vem da semente; mas de um galho, que se plantou. É de todo interesse seguir-lhe a evolução antes de existir o Brasil-Colônia. Só assim poderemos compreender certos fenômenos que posteriormente se hão de verificar." MIRANDA, Pontes. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 28.

<sup>120</sup> "Em primeiro lugar, a lei era, dentro do direito "oficial", uma fonte minoritária. O direito "oficial" – i.e., aplicado pelos tribunais centrais ou pelos (poucos) tribunais "oficiais" periféricos – era, esmagadoramente, de natureza doutrinária (...). Em segundo lugar, o próprio direito escrito e erudito, de que a lei fazia parte, era também minoritário." HESPANHA, Antônio Manuel Botelho. *Lei e Justiça: História e perspectiva de um paradigma*. In HESPANHA, Antônio Manuel Botelho. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13 e 15.

<sup>121</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 4.

<sup>122</sup> COING, HELMUT. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 44.

<sup>123</sup> LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 153-154.

<sup>124</sup> "A idéia nuclear do sistema político-jurídico de Aristóteles é, também, como em Platão, a Justiça, que se revela nos seus livros *Política* e principalmente *Ética Nicomáquea*." MACEDO, Sílvio de. *História do pensamento jurídico*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.134-135.

O conceito dos estoicos, levado ao Direito Romano por Cícero<sup>125</sup>, foi utilizado como fundamento jurídico da Revolução Francesa, ao argumento de que a lei natural seria a de todos os homens, em uma ordem mundial, atuando como elemento agregador, ainda que por breve lapso de tempo, de um certo sentimento revolucionário que “(...) em *nenhum outro momento o coração do homem foi tão amplo e espaçoso – em nenhum outro momento as distinções de classe, fortuna e facção foram mais completamente esquecidas (...)*”<sup>126</sup>.

O direito natural moderno é, neste sentido, uma novidade. Seu método e sua função social rompem com a tradição estabelecida do direito comum e são relativamente disfuncionais no antigo regime, ainda profundamente corporativista, estamental, tradicional. Impõe-se como novo método, novo paradigma, e impõe-se aos poucos, ou seja, embora possamos definir os séculos XVII e XVIII como séculos do jusnaturalismo, o que se ensina nas escolas, o que se comunica como profissão jurídica ainda e, naqueles duzentos anos, em boa parte o *direito comum*. Isto sem falar que as instituições ainda funcionam no regime antigo. O direito natural é uma luta contra o sistema medieval de estudo e ensino de submissão à tradição e aos costumes e, sobretudo, contra a ordem pré-liberal, pré-burguesa e pré-capitalista. Por isso a revolução burguesa, francesa ou americana, será travada em termo jusnaturalistas, com a invocação do direito natural como arma de combate, justamente contra o edifício jurídico-institucional do Antigo Regime. Os juristas filósofos do direito natural terão um papel ideológico relevante no processo revolucionário porque justificarão a derrubada da tradição medieval, incorporada seja nas instituições políticas, seja na regulação privada dos negócios (contratos, propriedade, família e sucessões).<sup>127</sup>

Nessa conjuntura se apresentou uma tendência histórica de codificações, a partir do Código Civil francês de 1805, através da qual se imagina um Direito estável e dotado de completude, fundado no interesse dos detentores do poder necessário à instituição dessas codificações, apresentadas ideologicamente como instrumento natural de igualdade e segurança para fixação do justo como aquilo que considerado como tal pelo ordenamento. Porém, a instituição de normas fechadas e pretensamente completas apresenta sua gênese ainda no século XVII, através da obra de Thomas Hobbes, expoente do jus naturalismo racionalista, tomado como precursor do positivismo<sup>128</sup>, que propôs a aplicação de um Direito positivado e legalista como instrumento de concentração do poder, em contraposição ao *commow law*<sup>129</sup>,

<sup>125</sup> CÍCERO. Marco Túlio. *Leis*, Livro I. In MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

<sup>126</sup> MICHELET, Jules. *Apud WILSON, Edmund. Rumo à estação Finlândia*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Círculo do Livro. 1987.

<sup>127</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 182.

<sup>128</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril, 2001, p.35.

<sup>129</sup> HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

reconciliando-se até certo ponto em “Leviatã” com a da retórica e persuasão<sup>130</sup>. O positivismo científico representa a crença no poder do conhecimento da ciência, dogmatizando a noção de isenção e imparcialidade, pela qual o Direito deve suprimir qualquer conteúdo axiológico.

O direito positivo vale porque e na medida em que foi criado por uma autoridade reconhecida como legítima pelo fato de ser, ela mesma, fundamentada em normas jurídicas positivadas. Assim, o critério para indicação da norma jurídica válida é, sempre e somente, outra norma jurídica válida, substituindo-se então o critério de *justiça* pelo critério de *validade* na identificação do direito.<sup>131</sup>

O positivismo exerceu a função ideológica de promover a naturalização das condições impostas pelo Direito posto, considerando-a justa, perfeita e acabada, de forma a buscar consensos capazes de considerar injusta toda resistência, cumprindo um papel indispensável na superação dos costumes para proteção dos interesses patrimonialistas próprios da sociedade capitalista.

Por outro lado, quase imediatamente, na mesma série de artigos da “*Rheinische Zeitung*” (1842-1843); é oferecida a Marx uma outra ocasião - e sempre uma ocasião “política, ou seja, oferecida ao pensamento pela ação, à teoria pela prática” – para penetrar melhor na “história que se faz”. Marx observa um “direito em gestação”: a Dieta renana transforma a coleta de lenha, uma vantagem concedida aos pobres pelos costumes, em “furto de lenha”, punindo como delito em nome da propriedade que, para tornar-se “moderna”, se faz “absoluta”. E, lendo os debates da Dieta, o jovem Marx tem a primeira intuição de alguns fundamentos da sua futura teoria – da sua teoria da história – da sua “concepção materialista da história”, que Engels indicará como uma das descobertas fundamentais, de alcance igual ao seu núcleo teórico econômico, a mais-valia.<sup>132</sup>

No âmbito ideológico se apresenta o normativismo kelsiano, que se preocupa com o *dever-ser*, adequando os fatos ao Direito, para que se conformem com o sistema normativo, instituindo ideologicamente a ideia de estabilidade das relações sociais através da força normativa.

O ponto de partida da fundamentação teórica de Kelsen é uma criação tanto às concepções sociológicas quanto psicológicas do direito. No lugar da observação da relação jurídica sociológica ou do reconhecimento psíquico do direito, Kelsen vai propor a observação da norma jurídica como unidade analítica da sua teoria do direito. A norma jurídica vai ser a chave primária da observação do direito, vai ser o objeto

<sup>130</sup> SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação UNESP/Cambridge, 1999, p. 569-581.

<sup>131</sup> GALLUPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo: a questão do sistema. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 160.

<sup>132</sup> VILLAR, Pierre. Marx e a História. In HOBSBAWM, Eric J. (org.). *História do marxismo*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988, p. 94.

do conhecimento jurídico. O direito não pode ser entendido como relação jurídica fática, tampouco como um acontecimento psíquico. Para Kelsen, o direito deve ser entendido como norma. E portanto, uma ciência do direito só pode ser uma ciência normativa.<sup>133</sup>

Objetivando a pureza do Direito, Kelsen, oferece uma ciência desconectada e autônoma, livre de quaisquer elementos estranhos<sup>134</sup>, como a subjetividade, vinculando-o à norma e à sua validade, como parâmetro de justiça e derivado do poder.

Nesse contexto de ideias, a decisão judicial se apresenta justa, quando proferida segundo as regras processuais pela autoridade competente, de forma a instituir norma entre as partes em decorrência de ato do poder jurídico<sup>135</sup> (poder de produzir normas jurídicas).

Naturalmente, a decisão pode escolher um dos sentidos possíveis da norma para realiza-lo na forma de uma norma individual, mas também ‘pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa’. Nesses casos, a decisão já não pode mais ser considerada juridicamente correta. Mas se assim o foi, inexistindo possibilidade jurídica de anulação da decisão (...), a decisão marginal à moldura do direito passa a ter validade. E passa a ter validade na forma de um direito novo. Isso pode ser bastante comum no âmbito dos tribunais superiores, responsáveis por dar a última palavra sobre as decisões e contra as quais já não cabem mais recursos.<sup>136</sup>

Condições históricas marcantes, em especial o final da Segunda Guerra Mundial (ou como prefere Hobsbawm a grande guerra do século XX<sup>137</sup>) a ao longo da segunda metade do século passado, desocultou-se a incapacidade do paradigma do positivismo em tratar da realidade, sendo oferecido como argumento de defesa dos oficiais nazistas perante o Tribunal de Nuremberg, gerando as circunstâncias necessárias para sua superação através de uma nova revolução científica<sup>138</sup>.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à

<sup>133</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 174 – 175.

<sup>134</sup> “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2012, p. 1.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008, p. 153-156.

<sup>136</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 207.

<sup>137</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos, o breve século XX, 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.11.

<sup>138</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.



derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.<sup>139</sup>

A questão surge, no Brasil, sintomaticamente, após a promulgação da Constituição de 1988, que constitui um elemento para quebra do paradigma positivista, que já não se adequa a um Direito essencialmente principiológico, tomando por centro a pessoa humana, em reação àquele imbricado com um sistema político autoritário.

Fábio Konder Comparato esclarece, no mesmo sentido, que: *“Por outro lado, quando as Constituições são promulgadas após a derrocada de um regime político, é fácil perceber, pelo movimento natural de reação contra os vencidos, aquilo que a nova Carta Política pretende instaurar no país (...)”*<sup>140</sup>.

Nesse ambiente institucional vigeram ao longo do tempo as leis processuais, vinculadas a conjunturas sociais, econômicas e políticas, como se observa pela aplicação das Ordenações Filipinas em um ambiente mercantilista de afirmação do Estado português; pelos Códigos processuais estaduais, na constituição de uma federação ainda submetida a interesses de oligarquias locais; pelo Código unificado, como consequência da unificação do Código Civil de 1916 (patrimonialista e individualista<sup>141</sup>), da centralização do poder aliada à revolução burguesa dos anos 1920<sup>142</sup>, à urbanização e industrialização; por sua substituição por outra norma processual contemporânea e fruto de uma ditadura militar envolta na propaganda ideológica do milagre econômico; e, finalmente pelo Código de Processo Civil de 2015, o primeiro instituído em um regime democrático, sob uma Constituição que apresenta como princípio estruturante o da dignidade da pessoa humana, que universalizou o acesso à justiça, em contexto de globalização que marca uma nova fase do capitalismo.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro. n.232 abr./jun. p. 141-176, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

<sup>140</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil, uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 11.

<sup>141</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>142</sup> FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006, p. 373-409.

Desse caminhar metodológico, frente à sua conjuntura histórica, se extrai a percepção de que o Direito, cujas fontes informativas se encontra no Direito Europeu com suas bases no Direito Romano e Canônico<sup>143</sup>, vincula-se ao poder, tornando-se “(...) *uma espécie de superestrutura social, imodificável, na medida em que, funcionalizado, serve de suporte político a outros interesses (...)*”<sup>144</sup>, e, às disputas de poder entre seus agentes institucionais em busca da hegemonia, tomando por pressuposto o racionalismo e por objeto a busca de consenso de suas representações, de forma que, “(...) *talvez em nenhuma outra forma de conhecimento os condicionamentos ideológicos estejam presentes de maneira mais evidente (...)*”<sup>145</sup>, apresentando-se o Direito como “(...) *projeção lingüístico normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e os esquemas mentais de um determinado grupo hegemônico (...)*”<sup>146</sup>.

Se o poder é suposto como a base do direito, como fazem Hobbes etc., então direito, lei etc., são apenas sintomas, expressão de outras relações nas quais se apoia o poder do Estado. A vida material dos indivíduos, que de modo algum depende de sua mera “vontade”, seu modo de produção e as formas de intercâmbio que se condicionam reciprocamente são a base real do Estado e continuam a sê-lo em todos os níveis em que a divisão do trabalho e a propriedade privada ainda são necessárias, de forma inteiramente independente da vontade dos indivíduos.<sup>147</sup>

Constrói-se, pois, a ideologia do Direito a partir da hegemonia de grupos sociais, não apenas na criação, mas também na sua interpretação e aplicação, destinada a possibilitar um controle social instituído como ato de poder e legitimado pelo consenso, em termos adequados aos interesses dos grupos dominantes<sup>148</sup>, em um contexto filosófico racionalista sob a ideologia fundamental da modernidade, o individualismo.

A primeira coisa a se fazer quando se reflete sobre um objeto confuso e multifacetado como o mundo social perceber as hierarquias de questões mais importantes a serem esclarecidas. Sem isso, nos perdemos na confusão. A questão do poder é a questão central de toda sociedade. A razão é simples. É ela que nos irá dizer quem manda e quem obedece, quem fica com os privilégios e quem é abandonado e excluído. O dinheiro, que é uma mera convenção, só pode exercer seus efeitos porque está ancorado em acordos políticos e jurídicos que refletem o poder relativo de certos estratos sociais. Assim, para se conhecer uma sociedade, é necessário reconstruir os meandros do processo que permite a reprodução do poder social real.<sup>149</sup>

<sup>143</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 197-198.

<sup>144</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. VIII.

<sup>145</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

<sup>146</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>147</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 317-318.

<sup>148</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1986, p. 336.

<sup>149</sup> SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 16.

O Direito Processual Civil tem no século XIX sua afirmação histórica como ramo científico autônomo do Direito, adotando caráter demonstrativo e recepcionando o princípio lógico do racionalismo, profundamente influenciado pelo voluntarismo de Hobbes e Pufendorf, responsável pela criação e distinção de um mundo jurídico, vinculado não à experiência, mas a definições exatas, como na matemática, em que a noção de comunidade, própria da Idade Média foi substituída pelo individualismo, legitimando a aristotélica noção de justiça comutativa em detrimento da distributiva, considerada revolucionária e contrária à segurança jurídica que se pretendia<sup>150</sup>. Por influência do racionalismo que buscou no positivismo a certeza e cientificidade do Direito, separaram-se, ao menos na grande família do Direito Romano-Germânico, que tende a equiparar direito a lei<sup>151</sup>, aquele praticado no foro do exposto na doutrina, obra de teóricos e professores universitários.

Através do positivismo se buscou obter a certeza do Direito, limitando a função jurisdicional à pura e imediata aplicação da lei, como instrumento ideológico de segurança jurídica, sob a conveniência daqueles que detêm o poder para impor o ordenamento jurídico. Nesse contexto, tal metodologia se apresentou perfeitamente adequada à realidade política totalitária, vigente quando da elaboração dos Códigos de Processo Civil de 1939 (Estado Novo) e 1973 (ditadura militar). Observa-se em ambos os Códigos a influência da lógica racionalista no ambiente metodológico do positivismo. Ainda nesse contexto se instaurou a hipótese de recursos extremos, o recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal e, após a Constituição de 1988, também o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, como instrumentos de controle das decisões judiciais quanto à aplicação do texto constitucional e da lei federal vigente.

A necessidade de se estabelecer um órgão jurisdicional para garantir a estabilidade da federação, através da aplicação da lei federal, constitui-se a partir da necessidade de controle sobre o entendimento final da legislação federal, cuja competência abarca indispensáveis províncias institucionais do Direito, com a exclusão da diferença, banindo-a para fora do Direito ou conformando-a, através da assimilação, tornando o diferente essencialmente semelhante. Oferece-se o Direito, nessa perspectiva, a criar e anular os estranhos<sup>152</sup>, também quanto a

---

<sup>150</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 77-87.

<sup>151</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 25-26.

<sup>152</sup> BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 27-48.

aplicação da norma jurídica. Além de instituir o Superior Tribunal de Justiça com a competência constitucional de racionalizar a aplicação da lei federal, enquanto que o Supremo Tribunal Federal limitou sua competência à jurisdição constitucional. Assim a Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu as condições para ruptura do paradigma oitocentista do positivismo, constitucionalizando o Direito Processual Civil, de forma a vincular o exercício da jurisdição civil à eficácia dos direitos fundamentais do processo<sup>153</sup>.

Interrompendo o paradigma do positivismo se apresentou o Código Civil de 2002, com diversas cláusulas abertas, princípios e conceitos jurídicos indeterminados, transportando ao juiz um poder incompatível com a preconizada limitação ao texto da lei. Da mesma forma a jurisprudência dos Tribunais corroborou com a atuação ativa do juiz no processo, também em choque com o positivismo em crise, contribuindo para sua superação.

A atividade jurisdicional se aplica através de seus operadores, em disputa pelo poder e hegemonia quanto a dizer e interpretar o Direito, em tal conjuntura a interpretação jurídica e seus métodos se revelam como recursos políticos e ideológicos<sup>154</sup>.

Compreende-se que, o Direito, poderá atuar como instrumento de dominação e de manutenção da ordem posta, ou de libertação da sociedade. Nesse contexto os operadores do direito atuam como intelectuais orgânicos para transformação ou conservação da sociedade tal qual ela está. *“Assim, no âmbito das relações hegemônicas, formam-se os intelectuais orgânicos (da burguesia ou do proletariado), que expressam, organizam, defendem, os objetivos e interesses do grupo social ao qual estão vinculados (...)”*<sup>155</sup>.

A disputa de poder sobre o dizer do Direito envolve a aplicação de um linguajar técnico específico, cuja inacessibilidade se apresenta como instrumento a negar o efetivo acesso à

---

<sup>153</sup> “Artigo 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei; LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; e, 93- IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).” BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

<sup>154</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

<sup>155</sup> SCHLESENER, Anita Helena. *Hegemonia e cultura: Gramsci*. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2001, p. 27.

justiça, que compreende também o de compreensão<sup>156</sup>, e, no contexto social constitui instrumento de sequestro da cidadania, pois, o sentido, a legitimidade e a credibilidade da decisão se ocultam.

É de ter em conta que a linguagem técnico-jurídica *não é uma linguagem científica*, uma vez que a sintaxe e a sua semântica não assentam em regras explícitas. No fundamental ela não é ainda uma linguagem técnica, mas antes uma linguagem da classe dos juristas, pois aqui os técnicos põem-se de acordo sobre um determinado uso linguístico – *Rudolf Wassermann* chama-lhe “linguagem técnica corrente”. Tendo isso em vista pode falar-se, seguidamente, duma linguagem técnico-jurídica.<sup>157</sup>

O discurso em um Direito reconhecidamente aberto e móvel organiza a própria aplicação do ordenamento normativo através da argumentação, que nesse contexto se responsabiliza por atribuir racionalidade à decisão judicial. Precisamente como mediação entre o direito e a sociedade civil se apresenta o formalismo jurídico<sup>158</sup>.

Oferecem-se à teoria do processo, desta forma, as posições próprias da atividade de prestação jurisdicional, “teoria do processo dos juízes”, e, aquelas próprias à aplicação do direito material, “teoria do processo dos advogados”, que se distinguem essencialmente pela “(...) *forma da comunicação por meio da qual os participantes do processo reconstróem um imaginário jurídico a respeito do direito processual (...)*”<sup>159</sup>.

Nesse ambiente de disputa pelo poder de dizer o Direito, oferece-se o decisionismo caracterizado pela discricionariedade do julgador, que afasta o conteúdo da norma instituída, sob o discurso de eficácia e celeridade como instrumento ideológico, no sentido forte (negativo), de hegemonia, o que não condiz com o sistema democrático<sup>160</sup>, em que a função das decisões proferidas pela jurisdição deve ultrapassar o mero exercício do poder, para serem capazes de, através de argumentos racionais, obterem o convencimento e adesão da sociedade, como forma de adquirir legitimidade e consenso, indispensáveis à existência do próprio Estado de Direito. Nesse sentido se encontra o realismo jurídico, para o qual “(...) *não existe um direito objetivo, ou seja, objetivamente dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume,*

<sup>156</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

<sup>157</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 2014, p. 171.

<sup>158</sup> ALVEZ, Caffé Alaôr. A função ideológica do direito. *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo. v.8 n.6 p. 1-12, 2002. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/486/0>>. Acesso em: 16 de nov. 2017.

<sup>159</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: Aproximação entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

*pela lei ou por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, o direito é obra exclusivamente do juiz no ato em que decide uma controvérsia (...)*<sup>161</sup>.

Tratando-se de ato de poder, a ocultação do Direito, decorrente de sua completa incerteza, quando desabrocha livremente na decisão judicial, afronta o princípio democrático, surpreendendo a todo instante a comunidade, circunstância histórica que ensejou a revolução que deu origem à Magna Carta e ao devido processo legal, especificamente como reação à concentração de poder.

A democracia é idealmente o governo do poder visível, ou do governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública. As instituições de um país livre não podem durar muito tempo, escreveu no século passado Maurice Joly em seu Diálogo no inferno entre Maquiavel e Montesquieu, se não agirem à luz do sol (au grand jour).<sup>162</sup>

O decisionismo e a discricionariedade se apresentam, ultrapassado o paradigma positivista, sob o manto ideológico da ponderação, que atua como instrumento de sonegação de direitos fundamentais.

Presentes ainda os compromissos neoliberais da jurisdição em defesa do capital financeiro, como ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal<sup>163</sup>, em 1991, recusou a auto aplicabilidade do parágrafo terceiro do artigo 192 da Constituição de 1988<sup>164</sup>, que limitava a taxa de juros, que posteriormente foi revogada pela Emenda Constitucional número 40, de 29 de maio de 2003. Nessa oportunidade o Supremo Tribunal Federal atribuiu à norma constitucional o sentido conveniente ao paradigma do capitalismo financeiro que limita efetivas transformações no campo do processo civil<sup>165</sup> e do Direito, mas inconsistente ao repositório

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 58.

<sup>162</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 208.

<sup>163</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº: 4, Acórdão de 07/03/1991*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 19 de nov. 2017.

<sup>164</sup> “§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

<sup>165</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

geral de esperanças, representado pela norma constitucional, em especial quanto ao disposto no preâmbulo e nos artigos 1º<sup>166</sup> e 3º<sup>167</sup>.

Constrói-se igualmente a ideologia do sistema processual em um sentido positivo (fraco), vinculado à efetivação dos direitos reconhecidos como fundamentais no texto constitucional, não apenas os de cunho processual, mas também os de caráter material, tanto nas relações entre o Estado e os jurisdicionados, como nas relações entre particulares, reconhecendo-se efetivamente a supremacia das normas constitucionais.

A grande questão está precisamente em procurar identificar o efeito pretendido pelas normas constitucionais e a eficácia associada a cada uma delas para, em seguida, fazer uso de algum meio de tutela capaz de impor seu cumprimento.<sup>168</sup>

Sob tal enfoque se desenvolve o trabalho desvendando os objetivos da nova legislação processual em um ambiente de repersonalização do Direito, em um Estado Constitucional Democrático de Direito.

## 1.2. A que veio o novo?

Encontrava-se vigente em 1964, quando do golpe militar, o Código de Processo Civil de 1939, que sofreu o impacto do Ato Institucional número 2, de 27 de outubro de 1965, que excluía da apreciação do Poder Judiciário diversas matérias<sup>169</sup>. Nesse contexto de Estado de exceção foi sancionado o Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973, que em sua exposição de motivos indicava as razões da nova codificação<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> “Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.* ” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

<sup>167</sup> “Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* ” Ibidem.

<sup>168</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 39.

<sup>169</sup> “Art. 19 - *Ficam excluídos da apreciação judicial: I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste; II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.*” BRASIL, *Ato institucional nº 2*, de 27 de outubro de 1965.

<sup>170</sup> BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos*, In BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, p. 9-10.

O Código de Processo Civil de 1973, já sob vigência da Constituição de 1969 (Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969), organizava-se através de cinco livros: - Livro I tratava do processo de conhecimento, que buscava um acerto do direito; Livro II discorria sobre o processo de execução de títulos extrajudiciais; Livro III, do processo cautelar que tinha como objetivo assegurar um possível direito futuro; Livro IV versava sobre procedimentos especiais, com regramento específico; e, por fim, o Livro V, que trata das disposições gerais e transitórias.

Em meio, e por tais causas, às sucessivas crises econômicas<sup>171</sup>, sociais e à pressão internacional, no governo de Geisel se iniciou a abertura política, continuada por seu sucessor, João Figueiredo, com resistência dos grupos conservadores, marcando o fim do período de exceção<sup>172</sup>, que culminaria com o retorno ao país dos exilados em decorrência da ditadura militar, com o movimento para eleições diretas<sup>173</sup> e a eleição indireta de um presidente civil, José Sarney (vice-presidente eleito, diante do falecimento de Tancredo Neves), que convocou uma Assembleia Nacional Constituinte, em 1985<sup>174</sup>, eleita em 1986, responsável pela promulgação da Constituição 05 de outubro de 1988.

Por meio da Constituição de 1988, democrática, humanista e principiológica<sup>175</sup>, redefiniu-se o centro do Direito brasileiro, transportando-o da propriedade, onde esteve por quase cinco séculos, para pessoa humana, buscando dar eficácia a direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais<sup>176</sup>, fixando garantias constitucionais ao processo civil.

---

<sup>171</sup> “A crise de 1981/1984 foi a mais severa, com queda de 12% do PIB per capita (...).” IBGE. *Estatística do Século XX*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm>. Acesso em 23 de maio 2017.

<sup>172</sup> GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p. 183-215.

<sup>173</sup> “Os números variam, mas uma coisa é certa: este comício foi a maior manifestação já realizada em São Paulo desde a Marcha de Família com Deus pela Liberdade, em 1964. De acordo com os cálculos realizados pela “Folha”, 300 mil pessoas saíram às ruas para defender, na praça da Sé, a restauração das eleições diretas para a Presidência da República.” BRICKMANN, Carlos. 300 mil nas ruas pelas diretas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 26 jan. 1984. Capa, p.1.

<sup>174</sup> BRASIL, *Emenda Constitucional nº: 26*, de 27 de novembro de 1985.

<sup>175</sup> “Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (...) Os princípios constitucionais são o modo de superação do mundo das regras do positivismo. Por isso o neoconstitucionalismo resgata a ‘realidade perdida’, trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das ‘preocupações do positivismo’.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253.

<sup>176</sup> “Uma nova tendência começa a se desenhar, sobretudo nas duas últimas décadas, no sentido de abranger não mais apenas os direitos personalizados em uma ou mais pessoas determinadas, ou mesmo em direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como os acionistas de uma sociedade anônima ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade



Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual.<sup>177</sup>

Observa-se, nesse contexto, o centro do Direito, que pretende a nova legislação processual refletir, isto é, a dignidade da pessoa humana, na mesma linha adotada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, ao final e em decorrência dos eventos históricos que marcaram a segunda guerra mundial<sup>178</sup>, em um contexto de democratização das instituições e do Direito.

(...) Tendo como norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o agir do intérprete deve estar pautado pela idéia de que no Estado Democrático de Direito, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica (...).<sup>179</sup>

As transformações metodológicas que impactaram o Direito a partir da segunda metade do século XX no Brasil, sobretudo, após a Constituição de 1988, atingiram também o direito processual, de tal forma que, o Código de Processo Civil de 1973<sup>180</sup>, diante da nova ordem constitucional, na qual se insere a redemocratização do país, mostrou-se incapaz de satisfazer a realidade social e jurídica instituída, tornando necessário o conjunto de reformas

---

*de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum.*” TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 7, p. 21.

<sup>177</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 21.

<sup>178</sup> “Desde o final da Segunda Guerra Mundial, no plano internacional, e da re-democratização e conseqüente aprovação da Constituição Federal de 1988, no plano interno, verifica-se a elevação dos direitos humanos ao patamar de valor básico da sociedade, do Estado e da comunidade internacional, almejando-se, com isso, o estabelecimento de uma ordem social mais justa.” JUBILUT, Liliana Lyra. O Estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: Novos paradigmas e novos sujeitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v.especial p. 55-68. 2008. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e2ea23b5bd71479b3d1ea5abb83d1831.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

<sup>179</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 263 – 264.

<sup>180</sup> “(...) tivemos a explicitude da garantia do contraditório em processo civil e até mesmo em processo administrativo; tivemos o due process of law garantido de modo expresso; tivemos a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais, a garantia do juiz natural etc. Na vertente da jurisdição constitucional das liberdades inovou-se com os institutos do mandado de injunção e do habeas data, além de abrir a legitimidade ativa para o mandado de segurança (mandado de segurança coletivo) e, de modo bastante amplo e até reiterado, consagrar regras de tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º., inc. XXI e art. 8º., inc. III). Deu-se dignidade constitucional aos Juizados de Pequenas Causas (art. 24, inc. X e art. 98, inc. I) e à ação pública (art. 129, inc. III).” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 25.

promovidas a partir de 1990 e, em especial a partir de 1994, que se estenderam até praticamente a vigência da nova norma processual<sup>181</sup>, produzindo e sofrendo repercussões da hermenêutica jurídica, reconstituída a partir do reconhecimento da atividade criadora e normativa da jurisdição.

A função jurisdicional passou a ter papel ativo no desenvolvimento do Direito, produzindo no caso concreto a concretude da norma jurídica, precisamente através da aplicação de uma hermenêutica voltada aos valores constitucionalmente acatados como fundamentais à sociedade, o que repercute diretamente na teoria do processo e em sua vivência cotidiana.

De igual forma, fez-se necessária a adequação, no que se refere à efetividade do processo civil, a partir do direito fundamental estabelecido no artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>182</sup>, instituído pela Emenda Constitucional número 45, que assegura ao jurisdicionado a razoável duração do processo e os meios que garantam a agilidade de sua tramitação, ao que não se aderiram as necessárias reformas estruturais capazes de dar efetividade à norma, pois, a pretendida universalização da jurisdição, que coaduna com os ideais democráticos e com a valorização do exercício da cidadania, trouxe como resultado a expansão e o acúmulo de processos, comprometendo a capacidade institucional de efetivamente atribuir celeridade ao desenvolvimento do procedimento processual.

O discurso da celeridade, a par do componente ideológico que representa, apresenta reflexos importantes na própria ordem econômica, sua destinatária, pois, o tempo no processo constitui componente importante do denominado custo Brasil<sup>183</sup>. Assim, mesmo representando o Código de Processo Civil de 1973, profunda reforma no sistema processual<sup>184</sup>, até então existente, foram necessárias adaptações à nova ordem constitucional até sua substituição pelo

---

<sup>181</sup> Lei nº: 8.038, de 1990; Lei nº: 8.079, de 1990; Lei nº: 8.455, de 1992; Lei nº: 8.637 de 1993; Lei nº: 8.710, de 1993; Lei nº: 8.718, de 1993; Lei nº: 8.950, de 1994; Lei nº: 8.951, de 1994; Lei nº: 8.952, de 1994; Lei nº: 8.953, de 1994; Lei nº: 9.079, de 1995; Lei nº: 9.096, de 1995; Lei nº: 9.139, de 1995; Lei nº: 9.245, de 1995; Lei nº: 9.280, de 1996; Lei nº: 9.307, de 1996; Lei nº: 9.415, de 1996; Lei nº: 9.756, de 1998; Lei nº 9.868, de 1999; Lei nº: 10.352, de 2001; Lei nº: 10.358, de 2001; Lei nº: 10.444, de 2002; Lei nº: 11.112, de 2005; Lei nº: 11.187, de 2005; Lei nº: 11.232, de 2005; Lei nº: 11.276, de 2006; Lei nº: 11.277, de 2006; Lei nº: 11.280, de 2006; Lei nº: 11.341, de 2006; Lei nº: 11.382, de 2006; Lei nº: 11.418, de 2006; Lei nº: 11.419, de 2006; Lei nº: 11.441, de 2007; Lei nº: 11.672, de 2008; Lei nº: 11.694, de 2008; Lei nº: 11.965, de 2009; Lei nº: 11.969, de 2009; Lei nº: 12.008, de 2009; Lei nº: 12.122, de 2009; Lei nº: 12.125, de 2009; Lei nº: 12.195, de 2010; Lei nº: 12.322, de 2010; Lei nº: 12.398, de 2011; Lei nº: 12.810, de 2013; Lei nº: 12.873, de 2013.

<sup>182</sup> Vide nota 153.

<sup>183</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*. São Paulo, n.101 mar./mai. p. 141-158, 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87823>>. Acesso em: 08 de jun. 2017.

<sup>184</sup> “A reforma mais importante foi feita em 1973, com o novo Código de Processo Civil, outra vez sob um governo não democrático. O Código distanciou-se, aparentemente, mais ainda do sistema anterior, tentando impor uma nova ordem: separou o processo sumaríssimo do ordinário, nos processos de conhecimento; tentou racionalizar o sistema recursal, distinguindo recursos de decisões finais de decisões interlocutórias; reorganizou o processo de execução. Do ponto de vista da justificativa, uma das intenções do Código era produzir maior concentração, oralidade e imediatidade.” WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 524.

vigente Código de Processo Civil, através do sentido atribuído pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Em 30 de setembro de 2009, por meio do ato do Presidente do Senado de número 379, foi constituída a comissão de juristas para elaborar anteprojeto do Código de Processo Civil, indicando com principal fundamento, “(...) *que tanto o acesso à justiça quanto a razoável duração do processo adquiriram novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente (...)*”<sup>185</sup>. O anteprojeto formulado deu origem ao Projeto de Lei do Senado nº: 166, de 2010, assinado pelo então presidente José Sarney. A tramitação do projeto contou com a participação de representantes do Legislativo, do Judiciário, do Executivo e da sociedade civil, com a realização de audiências públicas e apresentação de sugestões.

Para obter a operabilidade a legislação processual aprovada se organizou em uma parte geral, composta pelo: - Livro I – Das normas processuais civis, que destaca como título único as normas fundamentais e a aplicação das normas processuais; Livro II – Da função jurisdicional; Livro III - Dos sujeitos do processo; Livro IV - Dos atos processuais; Livro V - Da tutela provisória; Livro VI - Da formação, da suspensão e da extinção do processo. Compõe-se também de uma parte especial, formado pelo: Livro I - Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença; Livro II – Processo de execução; Livro III - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. Por fim, um Livro complementar.

O Direito Processual Civil, destinado à realizabilidade, como todo o Direito, vincula-se a elementos históricos, ideológicas e culturais, que estruturam, direcionam e desenvolvem a metodologia, a atividade legislativa, judicial e a própria produção científica do Direito. Esses elementos se sedimentam nos valores acatados pelo sistema como fundamentais, cujos referenciais são representados pelos princípios jurídicos.

---

<sup>185</sup> BRASIL, Senado Federal, *Ato do Presidente 379*, de 30 de setembro de 2009.

Observa-se, entretanto, que o Brasil, país de modernidade tardia<sup>186</sup>, resiste à assimilação e aplicação de um Direito fundado em princípios, contrariando o Constitucionalismo Contemporâneo<sup>187</sup> e seus valores<sup>188</sup>.

Como adrede exposto, a metodologia jurídica em todos os ramos do Direito se transformou no Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, oferecendo-se o Código de Processo Civil de 2015, à atualização metodológica já vivenciada pelo Código Civil de 2002, marcada pela transformação da técnica legislativa, que ultrapassa o casuísmo para se desenvolver através de uma técnica aberta, com a consagração da aplicabilidade efetiva aos casos concretos dos conceitos jurídicos indeterminados, dos princípios e das cláusulas gerais, que caracterizam de imediato o porvir no novo.

A transformação metodológica decorre da passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, superando-se a teoria das normas fixada e sedimentada na tradição jurídica pelo positivismo. No Estado Legislativo as regras se apresentavam como sinônimo de norma, ou seja, somente a lei teria força normativa, enquanto que os princípios do direito se ofereciam como fundamentos gerais, mas desprovidos do caráter de normas, centrando-se o Direito nas codificações, que buscavam estabilizar o instável<sup>189</sup>.

No Estado constitucional, democrático e de direito, admite-se com igual força normativa a presença de regras e princípios, cuja capacidade de vincular diretamente seus destinatários, diante do caso concreto, foi reconhecida, a par da proliferação de microssistemas normativos representados por ordenamentos especiais, como ocorre, no processo civil, com a legislação específica dos juizados especiais cíveis, com os dispositivos processuais estabelecidos pela Lei de Falência ou no sistema de proteção ao consumidor<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’ (...). Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo) liberal.” STRECK, Luiz Lenio. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração heremênutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24-25.

<sup>187</sup> “Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) [é] o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Heremênutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

<sup>188</sup> “Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (...). Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da ‘banalidade do mal’, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

<sup>189</sup> GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 104.

<sup>190</sup> Lei nº: 8.078/1990; Lei nº: 9.099/1995; Lei nº: 11.101/2005.

Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se textos jurídicos em que “(...) *no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há conseqüências jurídicas legalmente previstas (...)*”<sup>191</sup>, como exemplo se apresenta o “risco de dano” (parágrafo único do artigo 995)<sup>192</sup>, “justo motivo” (artigo 93<sup>193</sup>), “calamidade pública” (parágrafo segundo do artigo 222<sup>194</sup>) e a “repercussão geral” (parágrafo único do artigo 998<sup>195</sup>).

Em que pese a existência de tantas conceituações quantas forem as metodologias aplicadas ao estudo dos princípios, reside em comum, em suas definições teóricas, o entendimento de que os princípios representam e cristalizam padrões de valores morais e políticos aplicados ao Direito<sup>196</sup>, direcionando-se a nova legislação à sua efetividade, como padrão normativo de aplicação direta ao caso concreto, atribuindo-lhe mobilidade e, por consequência, transformando a própria compreensão do Direito, que se reconstrói constantemente através da atividade da jurisdição, pois “(...) *o direito constituiria uma anomalia inexplicável ou uma espécie de disparate histórico, se no meio de tudo que se move, somente ele permanecesse imóvel (...)*”<sup>197</sup>.

A interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo a dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.<sup>198</sup>

<sup>191</sup> MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional*. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015\\_mitidiero\\_daniel\\_tutela\\_direitos.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direitos.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 06 de dez. 2017.

<sup>192</sup> “Art. 995. *Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.*” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>193</sup> “Art. 93. *As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição.*” Ibidem.

<sup>194</sup> “Art. 222. *Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.*” Ibidem.

<sup>195</sup> “Art. 998. *O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.*” Ibidem.

<sup>196</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 333-339.

<sup>197</sup> BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito: política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001, p. 73.

<sup>198</sup> TEPEDINO, Gustavo. Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v.4 out/dez, p. IV, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/pdf/rbdcivil-volume-2.pdf>>. Acesso em 21 de jan. 2018.

Cláusulas gerais, por sua vez, também aplicados ao sistema processual, representam disposições normativas intencionalmente indeterminadas, cabendo ao intérprete, em cada caso concreto, identificar e estabelecer seu sentido e aplicação, exigindo concretização dos fundamentos e não apenas a subsunção à norma legal, como ocorre, por exemplo, como a cláusula geral da boa-fé (artigo 5<sup>o</sup><sup>199</sup>), cláusula geral executiva (artigos 139-IV e parágrafo quarto do artigo 536<sup>200</sup>).

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>201</sup>

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta como fundamentos<sup>202</sup> os princípios do constitucionalismo contemporâneo e da Constituição de 1988<sup>203</sup>, com o objetivo de promover a eficácia dos direitos materiais fundamentais, com a observância das garantias constitucionais do processo, que constituem instrumentos de limitação do poder do Estado em proteção à pessoa, preservando o devido processo legal e seus princípios derivados<sup>204</sup>, positivando na

<sup>199</sup> “Art. 5<sup>o</sup> Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>200</sup> “IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”; “§1<sup>o</sup> Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.” Ibidem.

<sup>201</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

<sup>202</sup> “Art. 1<sup>o</sup> O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>203</sup> “O processo civil deve ser estudado, ordenado, aplicado, disciplinado e interpretado a partir das normas contidas na Constituição Federal. O dispositivo encerra uma obviedade. Não somente as normas processuais, mas qualquer outra há de ser construída e interpretada de acordo com a Constituição da República. São várias as normas da Constituição Federal que contemplam preceitos de ordem processual. As normas fundamentais constitucionais aplicam-se ao processo. O art. 1<sup>o</sup> do CPC refere-se a ‘normas’ estabelecidas na Constituição. A expressão é adequada, abrangendo tanto regras como princípios constitucionais. Norma é gênero do qual são espécies as regras e os princípios.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. Capítulo I Das normas Fundamentais do Processo Civil – arts. 1<sup>o</sup> a 12. In CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

<sup>204</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98-326.

norma processual o dever de fundamentação das decisões judiciais, já expresso na Constituição de 1988.

Com tal enfoque, busca o novo Código de Processo Civil positivar a metodologia principiológica adotada pela Constituição, tomando por fundamento o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, e, aqueles próprios do processo civil e da administração pública a que se integra a jurisdição, como da razoabilidade, da impessoalidade, da eficiência<sup>205</sup>, da duração razoável do processo (instituído por força da Emenda Constitucional número 45<sup>206</sup>), do devido processo legal, da ampla defesa, da efetividade, da tutela específica e tempestiva, do acesso à ordem jurídica justa e da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, embora a circunstância de se inserirem na Constituição deveria ser suficiente para sua plena vigência e eficácia. A questão da universalização do acesso à justiça se apresenta no artigo 3º<sup>207</sup> do Código de Processo Civil de 2015, embora já positivada na Constituição de 1988, no artigo 5º-XXXV<sup>208</sup>, direcionada ao legislador.

O acesso à justiça a que se propõe o novo Código de Processo Civil oferece-se em uma perspectiva democrática e se agrega à duração razoável do processo, exposto em seus artigos 4º<sup>209</sup> e 139-II<sup>210</sup>, o que já estava normatizado, como garantia fundamental, pelo 5º-LXXVIII<sup>211</sup>, da Constituição de 1988, buscando não apenas a celeridade, mas a efetividade de uma ordem jurídica justa, destinada à universalização da tutela jurisdicional do Estado, e à obtenção de resultados tempestivos e adequados<sup>212</sup>.

A fim de atribuir efetividade ao acesso à justiça, foi admitindo o caráter dúplice das ações, tornando-as adaptáveis ao caso concreto pelo juiz, que poderá, observado o devido processo legal, chamar terceiros ao processo, abreviar a instrução probatória e sentenciar

<sup>205</sup> “Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>206</sup> Vide nota 182.

<sup>207</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>208</sup> Vide nota 153.

<sup>209</sup> “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” *Ibidem*.

<sup>210</sup> “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II - velar pela duração razoável do processo;” *Ibidem*.

<sup>211</sup> Vide nota 153.

<sup>212</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

antecipadamente o mérito<sup>213</sup>; foi valorizado o incidente de demandas repetitivas<sup>214</sup>; admitido o julgamento de improcedência liminar<sup>215</sup>; foram ampliadas as hipóteses de julgamentos monocráticos pelo Relator<sup>216</sup>; o Código de Processo Civil de 2015 previu expressamente hipóteses de tutela de evidência; incentivou à prática de atos processuais pelo meio eletrônico<sup>217</sup>; admitiu o procedimento monitorio<sup>218</sup>; a prova emprestada<sup>219</sup>; ofereceu instrumentos para coibir a litigância de má-fé<sup>220</sup>, positivou um sistema contraditório cooperativo<sup>221</sup> incentivou a solução consensual, através da conciliação e mediação judiciais<sup>222</sup>.

Para obtenção de eficácia o sistema processual, conjuga a aplicação dos princípios constitucionais garantidores do processo, a democratização do acesso e sua eficácia, com a ampliação da conciliação e mediação judiciais<sup>223</sup>, a redução de custos do processo e a simplificação dos procedimentos, que buscam nessa nova metodologia, não apenas a solução do conflito concreto, mas também e especialmente a unidade do Direito, através da coerência e estabilidade dos precedentes, tendo por centro a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica; razão pela qual a decisão judicial se destina às partes e também à sociedade.

A dignidade da pessoa humana atua na atual ordem constitucional como valor e fonte de todo o ordenamento normativo, o que impõe como parâmetro do direito processual civil, como de qualquer outro ramo, a leitura das normas jurídicas a partir da pessoa humana e não do Estado, que tem por finalidade histórica e constitucional servi-la, como sentido, finalidade e justificação do exercício do poder, pois, “(...) *a condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de existência* (...)”<sup>224</sup>.

Com o objetivo de se constituir historicamente como fundamento da própria existência do Estado Constitucional, a segurança jurídica se apresenta como sua função política e jurídica indispensável à efetividade dos direitos individuais, que exige, no processo, a previsibilidade

---

<sup>213</sup> Artigo 355.

<sup>214</sup> Artigos: 976 a 987.

<sup>215</sup> Artigo 332.

<sup>216</sup> Artigo 932.

<sup>217</sup> Artigos: 170; 171; 183, §1º; 194; 205, §3º; 228, §2º; 232; 235, §1º; 246, V; 263; 270; 334, §7º; 513, §2º, III; 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, §1º, III; 879, II; 880, §3º; 892; 915, §4º; 945; 979; 1019, III; 1038, §1º.

<sup>218</sup> Artigos: - 700 a 702.

<sup>219</sup> Artigo: 372.

<sup>220</sup> Artigos: - 5º e 77, §2º.

<sup>221</sup> Art. 6º.

<sup>222</sup> Vide nota 198.

<sup>223</sup> Vide nota 198.

<sup>224</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 17.



do procedimento, e, a possibilidade de se calcular o modo como será aplicada a norma legal ao caso concreto, através de critérios racionais e coerentes, para o fim de sua concreta realização.

É através da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, que o processo oferece a realização do Direito às partes e à sociedade, ambas destinatárias da decisão justa.

Admitida a sociedade como destinatária da decisão, tanto quanto as partes litigantes, buscou o novo Código de Processo Civil possibilitar a integridade e coerência da jurisprudência, em favor da segurança jurídica<sup>225</sup>, dispositivo incluído no diploma processual por sugestão de Lenio Luiz Streck<sup>226</sup>, ao que se agregaram mecanismos de vinculação dos juízes e Tribunais aos precedentes jurisprudenciais<sup>227</sup>, com a possibilidade de modificação e modulação temporal da revisão de entendimento.

Nesse contexto, sofreu o Código de Processo Civil de 2015 alteração no sistema recursal, com a exclusão de espécies recursais admitidas no regime anterior, e, a limitação dos recursos cabíveis na nova norma, simplificando sua interposição ao mesmo tempo em que, coibindo recursos protelatórios através de multas e da aplicação de sucumbência em grau recursal<sup>228</sup>.

Tem-se, em especial que o juízo de admissibilidade no recurso de apelação ficou adstrito ao segundo grau de jurisdição, por força do disposto no parágrafo terceiro do artigo

---

<sup>225</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. ” BRASIL, Código de processo civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>226</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomumcpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 25 de nov. 2017.

<sup>227</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. ” BRASIL, Código de processo civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>228</sup> Artigo 85, § 1º.

1.010<sup>229</sup>; quanto aos recursos aos Tribunais Superiores, após ter sido suprimida tal barreira à revisão da decisão, foi alterado o Código de Processo Civil de 2015 para ripristiná-la, com a alteração da redação do artigo 1.030<sup>230</sup>. Prestigiando o princípio do contraditório, o parágrafo segundo do artigo 1.023<sup>231</sup> do Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu a regra de que os embargos de declaração vinculam a necessidade de intimação da parte contrária para que se manifeste quanto ao recurso oposto, o que já constituía prática forense embora não estivesse positivada. A interposição de agravo de instrumento ficou adstrita às hipóteses expressamente previstas no artigo 1.015<sup>232</sup> da norma processual, porém, deixando de operar a preclusão, da matéria irrecorrível, de tal forma que a questão poderá ser questionada em sede de recurso de apelação ou em suas contrarrazões, como já ocorria no âmbito da jurisdição especializada do trabalho e nos juizados especiais.

Continuando no tocante à eficácia e celeridade, foi sistematizado o sistema de tutelas provisórias<sup>233</sup>, dentro do próprio processo, eliminando-se assim o processo cautelar autônomo previsto no antigo regime processual, instituindo-se as tutelas de urgência e de evidência, de forma a redistribuir o ônus do tempo no processo sobre as partes litigantes, de reduzir também seu custo, uma vez que as custas processuais serão pagas apenas uma vez, tendo em conta que não mais haverá um processo cautelar e um principal.

---

<sup>229</sup> “Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà: § 3o Após as formalidades previstas nos §§ 1o e 2o, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.” BRASIL, Código de processo civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>230</sup> Redação original: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.” Ibidem.

Redação vigente: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: ” BRASIL, Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

<sup>231</sup> “Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. § 2o O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.” BRASIL, Código de processo civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>232</sup> “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o; XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” Ibidem.

<sup>233</sup> Artigos: 294 a 311.

Modificou-se a distribuição do ônus da prova, facultando-se ao juiz a sua redistribuição, após as partes serem devidamente informadas<sup>234</sup>, extinguindo-se o dogma do livre convencimento, pelo que, “(...) *deve haver uma chave de leitura do novo CPC, constituída pela conjunção dos artigos 10, 926 e a consciência das consequências da retirada do poder da livre apreciação da prova (...)*”<sup>235</sup>.

A obrigação de fundamentação com a exigência de enfrentamento dos argumentos expostos pelas partes, sob pena de nulidade da decisão<sup>236</sup>, constitui importante instrumento de controle da racionalidade da decisão em respeito ao efetivo acesso à jurisdição, o que operacionaliza a garantia fundamental exposta nos artigos 5º-XXXV<sup>237</sup> (acesso à justiça) e 93-IX (obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais) da Constituição de 1988, que será objeto de análise específica do presente trabalho.

Fundamentar a decisão se apresenta ainda como obstáculo à discricionariedade do juízo ao constituir o Direito judicial, dinâmico e consequente da atual metodologia aplicada ao seu conhecimento e efetivação a par do reconhecimento de um Direito vivo, que permeia a sociedade nas relações intersubjetivas.

No que respeita ao primeiro, o direito vivo, é central a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais pela qual se regem os comportamentos e se previne e resolve a esmagadora maioria dos conflitos. No que respeita ao segundo, a criação judiciária do direito, é ainda a mesma visão fundante que dá sentido à distinção entre normatividade abstrata da lei e a normatividade concreta e conformadora da decisão do juiz.<sup>238</sup>

Embora a garantia constitucional tenha se instituído com a Constituição de 1988, o reconhecimento da necessidade de fundamentação racional se apresenta desde a primeira Constituição do país, como se observa da decisão nº: 78, de 31 de março de 1824, do Ministro da Justiça Clemente Ferreira França:

---

<sup>234</sup> “Art. 373. *O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>235</sup> STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: A extinção do poder de livre convencimento. In DIDIER JÚNIOR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Willian Santos (coo.). *Direito probatório*. Salvador: Podivm, 2015, p. 113.

<sup>236</sup> “Art. 489. *São elementos essenciais da sentença: § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*” BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>237</sup> Vide nota 153.

<sup>238</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 190.

Desejando S. M. o Imperador que os súbditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens prometidas na sabia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpavel a todos os litigantes: Manda o mesmo A. S., pela Secretária de Estado dos Negocios da Justiça, que os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. Do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para ultteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar ao Conde Regedor da Casa de Supplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palácio do Rio de Janeiro em 31 de março de 1824. — Clemente Ferreira França.<sup>239</sup>

Da mesma forma, a exigência de que as sentenças ou acórdãos sejam prolatados com obediência, em regra, da ordem cronológica de conclusão<sup>240</sup>, constitui instrumento democrático em consonância aos princípios da isonomia<sup>241</sup> e republicano<sup>242</sup> embora tenha sido mitigada a regra como alteração promovida no texto da norma, atribuindo-lhe o caráter preferencial e não obrigatório.

A celeridade e eficácia se compatibilizam com os princípios do contraditório e da ampla defesa, no incidente para desconsideração da personalidade jurídica, que apurará a caracterização das hipóteses previstas nos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil de 2002, para sua decretação, permitindo que bens de um mesmo grupo econômico sejam atingidos.

Inseriu-se no sistema processual, no artigo 190<sup>243</sup> do Código de Processo Civil de 2015, por cláusula geral, a possibilidade de os litigantes promoverem acordos quanto ao procedimento judicial, quando a matéria se tratar de direito disponível e forem as partes capazes, admitindo-se, a possibilidade, de fixarem o calendário para prática dos atos processuais<sup>244</sup>.

<sup>239</sup> BRASIL, *Decisão nº: 78*, de 31 de março de 1824.

<sup>240</sup> “Art. 12. Os juizes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.” BRASIL, *Código de Processo Civil*, Redação dada pela Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

<sup>241</sup> Artigo 7º do Código de Processo Civil e *caput* do artigo 5º da Constituição da República.

<sup>242</sup> ATALIBA, Geraldo. *Constituição e república*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>243</sup> “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” BRASIL, *Código de Processo Civil*, Redação dada pela Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

<sup>244</sup> Artigo 191.

Busca o novo Direito Processual Civil uma inovação metodológica para com o antigo regime, embora em boa parte essa transformação já houvesse sido imposta por decisões dos Tribunais Superiores e pelas reformas processuais ocorridas a partir dos anos 1990, com o objetivo de adequar a legislação processual aos princípios reconhecidos como fundamentais pelo legislador constituinte, em um cenário histórico de redemocratização, de valorização da pessoa humana e da segurança jurídica como centros da nascente ordem jurídica democrática, absorvendo as transformações sofridas pelo Direito após a Segunda Guerra Mundial.

As transformações na hermenêutica jurídica e o reconhecimento da função criativa da jurisdição, em meio à incorporação, pela nova legislação, de cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e com o reconhecimento da força normativa dos princípios aplicáveis diretamente aos casos concretos, não apenas nas relações entre o jurisdicionado e o Estado, mas também nas relações interpessoais, gerou como consequência inevitável o acúmulo de poder ao órgão julgador.

A par da celeridade e eficácia que se busca atribuir ao processo, apresentaram-se, como consequência mesmo desse discurso, um protagonismo e uma discricionariedade própria da metodologia positivista, porém ampliada ao extremo e não apenas para os casos de difícil subsunção, promovendo insegurança jurídica, ao contrário do que seria a finalidade do novo Código de Processo Civil e do próprio Estado Constitucional de Direito em que se insere.

Frustra-se o novo com a ampliação e renovação de várias práticas, envoltas em um discurso ideológico que sequestra a cidadania sem que, em troca, realmente torne eficaz a nascente ordem processual, sem que, de fato, ofereça-se à sociedade a prometida celeridade e efetividade.

Necessário, desta forma, ampliar a pesquisa para perscrutar a crise de racionalidade que se instaurou com o choque entre o velho e o novo, como se entre a norma e a vontade exposta pela jurisdição e o Direito judicial daí decorrente, não houvesse a necessária interdependência, caracterizando uma prática decisionista e discricionária, o que vem a impedir que as transformações constituídas pelo paradigma nascente se concretizem em benefício da sociedade, sua destinatária.

Identifica-se na fundamentação das decisões judiciais o ponto de criação e tensão entre a eficácia da nova mentalidade e a atividade de mero exercício de força, mas também, através dela se expõe e se busca a racionalidade do sistema, pois, em um Estado Constitucional, Democrático de Direito, se busca não apenas a exibição do poder do Estado, mas o convencimento da sociedade, como parâmetro de credibilidade e legitimidade das decisões.

## 2. A CRISE DO CHOQUE DE RACIONALIDADE: ROMPER AS AMARRAS PARA PERMITIR O NASCIMENTO DO NOVO

O verbete crise, do latim *crisis*, derivada do grego *krisis*, oferece-se no sentido de “(...) alteração, desequilíbrio repentino, estado de dúvida e incerteza, tensão, conflito (...)”<sup>245</sup>, adversidade, ataque, insulto, escassez, estagnação. Para filosofia a conceituação de crise deriva de mudanças decisivas na vida social<sup>246</sup>.

De início se observa que a crise decorre do enfraquecimento e da superação de um modo de pensar e seu conforto, da experiência histórica e geográfica, com suas possibilidades e riscos, compartilhados entre o Estado e suas instituições, a sociedade e a ciência, em um ambiente que oferece promessas de transformação, mas que também ameaça destruir toda sensação de equilíbrio e segurança em um turbilhão de permanente desintegração e mudança. Tem-se, pois, a crise como originária de transformações sociais, como decorrentes da modificação do modo de produção, mas também da alteração de referencial metodológico, que retira das ciências suas certezas e parâmetros<sup>247</sup>, atingindo igualmente as entidades pré-modernas, gerando em qualquer tempo, tanto a transformação como as amarras que obstaculizam o novo.

(...) a civilização é o estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante, e a produção mercantil – que compreende uma e outra – atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade.<sup>248</sup>

As crises e conseqüentes transformações daí decorrentes se apresentam como uma constante histórica e se encontram na gênese da própria constituição da cultura e tradição jurídica ocidental, vinculada à herança filosófica e jurídica da antiga Grécia e Roma em compasso com a Reforma Gregoriana e a Querela das Investiduras (1075-1122), que após a separação da Igreja do Ocidente, com sede em Roma, da do Oriente, constituiu o primeiro sistema jurídico ocidental, representado pelo novo Direito Canônico<sup>249</sup>.

<sup>245</sup> CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010, p. 190.

<sup>246</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>247</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

<sup>248</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 196.

<sup>249</sup> BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 12.

Em paralelo a tais circunstâncias históricas se encontra a instituição das primeiras Universidades e o renascimento das cidades, sobretudo no norte da Itália, sob a organização política de repúblicas<sup>250</sup>, período em que vai se formando uma ciência do Direito, que o torna sofisticado, sistematizado e ensinado em contraposição ao Direito Costumeiro; com a profissionalização de suas atividades e o abandono a uma ideologia, uma visão do mundo consolidada por séculos, própria e adequada para uma economia de subsistência e isolamento cultural, sob o pano de fundo do Direito Germânico, mas inadequada para a nascente mentalidade burguesa, a romper as tradições e os laços comunitários.

Da influência do cristianismo nos conceitos jurídicos, percebe-se a transformação do Direito medieval em franco esbatimento, associada ao desenvolvimento de um poder real que se sobrepunha aos interesses e ao Direito local, de forma que, a autoridade real e eclesiástica se ofereceu ao desenvolvimento das instituições jurídicas<sup>251</sup>, sistematizadas pelas Universidades, instituindo a trilha pela qual seguiria o racionalismo.

O Estado Romano morre, morre por inanição, por um desgaste interno que é material e espiritual, por um vazio de poder eficaz de programa planejado. O que importa sublinhar aqui é que, por toda a vida histórica da Idade Média, esse vazio só será preenchido parcialmente; e no século XIV, quando a vocação por um poder político completo – se preferirmos, pelo Estado – representar o fermento das estruturas políticas, esse momento será o declínio da civilização política medieval e o início de um novo período.<sup>252</sup>

As discussões teóricas sobre o Estado Moderno e seus poderes constituem referência para sua primeira crise, a de seu nascimento, situando-se historicamente entre os séculos XV e XVII, envolta nos debates escolásticos sobre a *summa potestas* (portanto, vinculadas essencialmente à questão do poder), nos tratados sobre soberania e nos manuais italianos sobre política e razões do Estado, entre os quais “O Príncipe”<sup>253</sup> (o mais célebre deles, mas não o único<sup>254</sup>), que introduziu ao vocabulário a expressão “Estado”, que até o século XIX ocuparia o centro do discurso político-jurídico<sup>255</sup>.

<sup>250</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. 5. ed. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 25-34.

<sup>251</sup> BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 79-85.

<sup>252</sup> GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 53.

<sup>253</sup> MACHIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Ingo Weber. Petrópolis: Vozes, 2013.

<sup>254</sup> SKINNER, Quentin. *Uma genealogia do estado moderno*. Tradução de Mônica Brito Vieira. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2011, p. 11.

<sup>255</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Tradução de Alexander Rodrigues de Castro, Ângela Couto Machado Fonseca, Érica Hartman, Ricaro Marcelo Fonseca, Ricardo Sontag, Sérgio Said Stuat Jr., Walter Guandalini Jr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 82.

(...) pode-se reconhecer como elemento central do poder a formulação de diretivas para a ação de todos os componentes de uma sociedade que se manifesta na forma de comando – de um comando eficaz, enquanto garantido pelo uso da força comum preponderante – e, por outro lado, a atitude à obediência por parte de todos os que se encontram na área desse poder: não uma obediência por coação, devida ao fato de que se sofre, pura e simplesmente, um ato de força, mas uma obediência voluntária, que parece característica da vida civil.<sup>256</sup>

O discurso de Maquiavel constitui arauto da crise de racionalidade do medievo, situando-se, inclusive na linguagem, entre duas épocas, quando o Direito medieval experimenta seu declínio, enquanto repúblicas e principados são criados e destruídos<sup>257</sup>, em meio à decadência do sistema medieval que se iniciou séculos antes.

Desde os séculos XIII-XIV ocorre a crise do sistema, até por reflexo da crise geral da mentalidade e da vida medievais (as Cruzadas e o rompimento das barreiras do Mediterrâneo, melhores comunicações internas e alargamento das áreas de segurança, novas tendências literárias e artísticas que dão de conduzir ao Renascimento, as cidades e as manifestações de espírito burguês e de economia mercantil e capitalista).<sup>258</sup>

Também as ciências e a cultura sofreram o impacto e a crise das descobertas e inovações que modificaram a forma do sujeito se compreender e ao mundo, “*Copérnico causou sacrossanto estupor ao concluir que a Terra não era o centro do Universo, mas apenas um pequeno planeta, entre outros, que orbitava o Sol (...)*”<sup>259</sup>. Galileu aperfeiçoou o telescópio demonstrando a correção da teoria heliocêntrica de Copérnico e desenvolveu uma metodologia empírica (que lhe garantiram o reconhecimento como pai da ciência moderna) em substituição ao método aristotélico até então utilizado; Newton transformou a mecânica, a física e a matemática; Descartes, desenvolveu um método lógico; Kant revolucionou a filosofia; e, a igreja católica enfrentou a concorrência de ideias decorrentes da Reforma de Lutero e dos movimentos que se seguiram a ela, com uma nova ética que viria a impulsionar o lucro e o capitalismo em desenvolvimento, levando a termo a “*(...) primitiva noção medieval de uma*

<sup>256</sup> DUSO, Giuseppe. Introdução - Ordem governo imperium. In DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: História da filosofia política moderna*. Tradução de Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 29.

<sup>257</sup> RICCIARDI, Maurizio. A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno. In DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: História da filosofia política moderna*. Tradução de Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 29.

<sup>258</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

<sup>259</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 35.



*sociedade cristã unitária (...)*<sup>260</sup>; tudo isso no ambiente intelectual do Renascimento, quando as certezas do mundo medieval se esvaíram.

O mundo, então, tem ordem, não por si mesmo, mas porque o pensamento que conhece o mundo é, ele mesmo, uma ordem, o primeiro estágio na classificação da experiência que, no final, é ciência e filosofia. As leis do pensamento são, também, as leis das coisas, porque as coisas só são conhecidas por nós através desse pensamento que deve obedecer a essas leis, já que ele e elas são a mesma coisa; com efeito, como iria dizer Hegel, as leis da lógica e as leis da natureza são a mesma coisa, e a lógica e a metafísica se fundem.<sup>261</sup>

A modernidade se construiu a partir do paradigma racionalista, em contraposição ao Direito Medieval, pelo que Grotius, “(...) *que havia encontrado tempo para escrever importantes obras em história, literatura, teologia e jurisprudência, um homem que suportara a mudança do feudalismo para o nacionalismo e salvara as melhores ideias jurídicas dos escolásticos para o mundo moderno (...)*”<sup>262</sup>, atribuiu ao Direito a função racional e natural para assegurar a paz, sendo o primeiro a tratar do assunto sob uma base científica e organizada, admitindo um pluralismo político a partir de múltiplos contratos sociais.

Samuel Pufendorf, por sua vez, também trata do Estado moderno, tomando como ponto de partida a noção de soberania, posta na dependência de contratos sociais, firmados por sujeitos livres e dotados de racionalidade, aplicando ao direito natural princípios racionais axiomáticos da filosofia política, de forma a construir um sistema jurídico deduzido coerentemente, fundado na razão e não na revelação divina, em que o direito natural refere-se a princípios universais, comuns a todos os homens em todos os tempos e lugares, e, as obrigações no Estado são fixadas e limitadas pelo Direito, que é conhecido e compreendido segundo a razão natural do homem, com a finalidade de conduzi-lo e educá-lo de forma a se tornar um membro útil à sociedade e a possibilitar-lhe a paz na convivência social<sup>263</sup>.

Hobbes, entretanto, tornou-se o emblema da transformação direcionada à modernidade, através de seu racionalismo radical que constitui uma ruptura metodológica, buscando aplicar os conceitos e métodos científicos de seu tempo ao Direito e à política, redefinindo a ideia de lei natural ao desconstruir o estado da natureza, tão caro aos

<sup>260</sup> KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 219.

<sup>261</sup> DURANT, Will. *A História da Filosofia. Os Pensadores*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 260.

<sup>262</sup> MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 76.

<sup>263</sup> SAHD. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O contrato social em Samuel Pufendorf. *Revista de Filosofia aurora*. Curitiba, v. 21, n. 28, p. 143-163, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1213>>. Acesso em: 21 de jan. 2018.

contratualistas, para em contraposição construir o estado civil essencialmente artificial, através de um contrato único, a exigir subordinação incondicional; a modernidade para Hobbes é absolutista<sup>264</sup>, sendo-lhe atribuído o papel de precursor do positivismo jurídico.

Porém, Hobbes se aproxima mais do decisionismo ao se opor à autolimitação do poder pelo Direito, em uma linha de pensamento em que, “(...) *somente o poder que não aceita hipotecas ou não se submete a limitações é um poder absoluto. Consequentemente, a característica fundamental da soberania consiste na faculdade de dispor da lei (...)*”<sup>265</sup>, caracterizando o choque de racionalidade entre a ideia do Direito Natural e a instituição de um Estado legislativo.

A teoria absolutista, entretanto, cedo sofreu enfrentamentos da, denominada, teoria populista, que criticava a hipótese de um poder oriundo da divindade para colocá-lo como fruto do próprio povo, que passa a ser encarado como sujeito e construtor da história, tomando como paradigma as Repúblicas então existentes, em especial Veneza, levando os Estados absolutistas a uma nova crise que se iniciou logo no final do século XVII (Revolução Inglesa de 1688) e no princípio do século XVIII, quando “(...) *as antigas estruturas europeias de autoridade e legitimidade foram irreparavelmente fraturadas pelas revoluções francesa e americana (...)*”<sup>266</sup>, com o reconhecimento de direitos inalienáveis próprios ao ser humano, constantes das declarações e constituições das revoluções vitoriosas.

Locke, por sua vez, ofereceu à teoria do Direito uma posição liberal, em contracultura ao absolutismo proposto por Hobbes, tomando como antecedente a obra de Richard Hooker, para quem a legitimidade do poder se vinculava ao consentimento comum. Locke atribuiu sentido oposto ao de Hobbes ao estado da natureza, do qual retirava direitos fundamentais à liberdade, ao trabalho e à propriedade privada, destinando o contrato social à função de positivizar esses direitos, cuja observância pelo Estado constituía condição permanente para o exercício do poder, destinado a proporcionar a maior liberdade possível ao indivíduo<sup>267</sup>.

Rousseau transpôs o Direito Natural, propondo, por questões metodológicas, um Estado hipotético de natureza, em que o homem hipotético e não histórico transferiu seus direitos naturais, através do contrato social, ao Estado constituído, que o restituiu na forma de

---

<sup>264</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 134-142.

<sup>265</sup> SCATTOLLA, Merio. Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin. In DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: História da filosofia política moderna*. Tradução de Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 68.

<sup>266</sup> KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 321.

<sup>267</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Introdução de J.W. Gough. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

direitos civis. “Pode-se dizer ainda que o contrato é um procedimento dialético no qual a totalidade das liberdades individuais naturais converge para o Estado, que vai redistribuí-las consagradas com o selo do direito positivo (...)”<sup>268</sup> e da socialidade, atribuindo a finalidade da lei ao bem comum, influenciando o pensamento revolucionário de 1789.

O contrato social em Rousseau se apresenta como arma do reformador político em uma concepção lógica-explicativa, uma hipótese psicológica e, sobretudo deontológica, posteriormente explorada por Kant, com uma orientação original, para fundamentação do Direito<sup>269</sup> e invocada pelos revolucionários de 1789<sup>270</sup>.

Kant reconheceu a diferença da física que se ocupa de objetos exteriores, da metafísica que se refere a um sistema de princípios. Na metafísica (que representa o conjunto de conhecimentos racionais) dos costumes os princípios, que constituem o núcleo duro do Direito<sup>271</sup>, referem-se ao comportamento humano sob o enfoque das leis morais e jurídicas (relacionadas à legitimidade das ações externas do indivíduo), de caráter eminentemente prescritivo, pertencentes ao mundo da cultura. Para Kant o Estado e o Direito têm o dever de garantir a liberdade e a igualdade de oportunidade no ponto de partida, que marca o liberalismo político e jurídico, inaugurando um modelo de justiça vinculado à ideia de liberdade, decorrente da sujeição às leis universais da razão, que marcou o juspositivismo, afastando a visão hobbesiana da justiça como segurança. Nessa conjuntura esclareceu que as relações jurídicas se desenvolvem entre sujeitos detentores de direitos e obrigações, isto é, seres igualmente livres, razão pela qual ele estabeleceu uma crítica do Direito em favor da liberdade, que toma como ponto fundamental de seu discurso jurídico, realizando uma revolução científica no Direito ao transferir o sujeito da periferia para o centro da ciência jurídica.

Instaurou-se com a Revolução Francesa, na crise do Estado Absolutista, a modernidade, na obra filosófica, na ideologia dominante e no ordenamento jurídico através, sobretudo, das codificações oitocentistas, mas não sem oposição e crítica dos movimentos contrarrevolucionários, restauradores (buscando a repriminção do antigo regime) ou reformistas (buscando modificações na forma de governo), ainda que precariamente e acidentalmente fundamentados, ficando a cargo de Marx as objeções ao Direito moderno (que

---

<sup>268</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 148-151.

<sup>269</sup> REALE, Miguel. O contratualismo – posição de Rousseau e Kant. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.37 p. 118-150, 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65989>>. Acesso em 04 de jan. 2018.

<sup>270</sup> WILSON, Edmund. *Rumo à estação Finlândia*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Círculo do Livro, 1987, p. 80-82.

<sup>271</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 15.

instituiu o conceito de Estado de Direito), com a crítica<sup>272</sup> aos “Princípios da Filosofia do Direito”<sup>273</sup> de Hegel<sup>274</sup>.

Esse Direito Moderno, fundado e desenvolvido a afirmação histórica dos direitos humanos, vinculado ao conceito de Estado de Direito, se desenvolveu sob o ambiente intelectual do racionalismo iluminista, através de “(...) *uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania, desenvolve-se um novo ‘discurso da cidadania’ que acaba por constituir a condição de surgimento, o terreno de formação da expressão Estado de Direito (...)*”<sup>275</sup>, sob as cores da Revolução Francesa, promovida essencialmente pela classe média, enquanto fatores econômicos transformam o modo de produção ao longo da segunda metade do século XVII e pelos séculos XVIII e XIX, consolidando a mentalidade capitalista, cujo vocábulo apareceu na década de 1860<sup>276</sup> (Revolução Industrial inglesa) após a Revolução de 1848 (que da França se espalhou por toda Europa). Os sistemas jurídicos modernos apresentam como tendência a laicidade e o individualismo<sup>277</sup>.

Se a economia do século XIX foi constituída principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, sua política e ideologia foram constituídas fundamentalmente pela Revolução Francesa. A Grã Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas socioeconômicas tradicionais do mundo não-europeu. No entanto, foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas idéias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes, e as políticas européias (ou mesmo mundiais) entre 1789 e 1917, foram em grande parte lutas a favor e contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários princípios de 1793.<sup>278</sup>

O conceito do Estado de Direito e da moderna racionalidade, vista como composição que constitui o sentido das coisas, vincula-se à limitação do poder estatal pelo Direito, reconhecendo a supremacia da lei sobre a administração pública e promovendo as liberdades públicas como fundamento da ordem jurídica.

<sup>272</sup> MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel, 1843*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

<sup>273</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>274</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363.

<sup>275</sup> COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 102.

<sup>276</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução de Luciano Costa Neto. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 19.

<sup>277</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>278</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Teresa Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 9.

Supera-se, pois, ou deveria se superar o modelo de racionalidade, representada pela lógica sujeito-objeto, que sobreviveu até o final do medievo (e ainda sobrevive no processo), em que a fundamentação do sentido das coisas transcende o indivíduo, em que os objetos assujeitavam os sujeitos e a essência das coisas eram compreendidas a partir de suas limitações.

Naquele ambiente de ideias o poder do monarca se sustentava por questões que transcendiam a compreensão humana (designo divino composto por lendas, eclipses, corrupção, etc.). O declínio do modelo feudal se desenvolveu envolto em guerras, impostos, violência, tirania desprovidas de explicações racionais, de forma que, as estruturas de poder arcaico já não se sustentavam e não se vislumbrava saída (pela ausência de mobilidade social ou de expectativas de melhoras) outra que sua superação, que necessitava mais do que a guilhotina, pois, carecia também do consenso obtido através da invalidação dos fundamentos do sistema absolutista pela exigência da razão, em que o poder passa a vir de irracionais para racionais, tornando-se a justificativa para as limitações impostas.

Da nova divisão social do trabalho da modernidade, encontra-se o novo homem, embora durante séculos coexistissem os dois modos econômicos de produção: o feudalismo, que se esvaía e, o capitalismo que nascia<sup>279</sup>, substitui Deus como fundamento do poder, vem assumir o lugar do antigo descendente divino, que agora precisava convencer a sociedade de sua capacidade de gerenciar o controle social. Surgiu a ideia de controle a partir do pensamento e de que tudo se sujeita à prova e à contraprova, em razão da racionalidade cientificista.

O Direito moderno nasceu em um período de revoluções, que o geraram, em especial a Revolução Industrial inglesa e a Revolução Francesa, ambas de sentido burguês, capitalista e liberal, rompendo a ordem posta, os costumes e a cultura até então existente, instituindo o conceito de nacionalismo<sup>280</sup>, transformando a ciência, as artes e a ideologia com suas consequências políticas no século XX, com a eclosão dos movimentos operários em reação ao estado de extrema de exploração, como organização de autodefesa, de protesto e revolução, com a formulação de uma consciência de classe, dos grandes partidos revolucionários de massa, em meio ao aparecimento de expressões que marcariam o linguajar contemporâneo.

As palavras são testemunhas que muitas vezes falam mais alto que os documentos. Consideremos algumas palavras que foram inventadas, ou ganharam seus significados modernos, substancialmente no período de 60 anos de que trata este livro. Palavras como "indústria", "industrial", "fábrica", "classe média", "classe trabalhadora", "capitalismo" e "socialismo". Ou ainda "aristocracia" e "ferrovia", "liberal" e

---

<sup>279</sup> STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22.

<sup>280</sup> HOBBSVAM, Eric. J. *Nações e nacionalismos desde 1780: programa mito e realidade*. Tradução de Maria Célia Paoli e Anna Maria Quirino. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

"conservador" como termos políticos, "nacionalidade", "cientista" e "engenheiro", "proletariado" e "crise" (econômica). "Utilitário" e "estatística", "sociologia" e vários outros nomes das ciências modernas, "jornalismo" e "ideologia", todas elas cunhagens ou adaptações deste período. Como também "greve" e "pauperismo".<sup>281</sup>

Vê-se que o Estado Moderno, reproduz a racionalidade de quem o criou, reproduzindo a lógica de que alguns indivíduos detêm os meios de produção, outros às instâncias de produção, e outros tantos, produzindo para esses, de forma que as estruturas de poder se dão em qualquer circunstância engendrando a base material que as produz ao longo de suas transformações históricas, que transmuta os valores absorvidos pela sociedade e são protegidos pelo Direito, que "(...) *regula formalmente o jogo das relações de produção capitalista, já que define os proprietários, sua propriedade (bens), seu direito de 'usar' e de 'abusar' da respectiva propriedade, seu direito de aliená-la com toda a liberdade, o direito recíproco de adquirir uma propriedade (...)*"<sup>282</sup>. Portanto, a economia e relações de produção nas quais se insere a sociedade concretamente (e não dos idealismos próprios da modernidade) são os valores que se circulam, reproduzindo constantemente o que se produziu.

A leitura histórica dos meios de produção e sua base material, que se desenvolve de maneira diferente para cada sociedade, é promovida através de método dialético<sup>283</sup>, proposto por Hegel e desenvolvido por Marx, que trabalha com a dialética materialista histórica, que relaciona o significado que as formas de produção têm para a existência humana, reconhecendo que o Estado não é a base da sociedade civil (Hegel), mas precisamente o contrário.

Nesse contexto de modernidade se apresenta a revolução de 1848, ocorrida na França e se espalhando rapidamente por toda Europa, chegando até mesmo a Pernambuco no Brasil, apresentando-se ao cenário histórico como revolução geral do ocidente, marcando no tempo a última crise econômica de uma era em que a economia dependia essencialmente da sorte das colheitas e a expansão econômica que caracterizava o nascimento mundial do sistema capitalista, quando as principais economias tornaram-se industriais, criando um novo mundo baseado no ciclo do comércio e na liberdade contratual.

Depois de crises cíclicas ao longo de todo período e, à deterioração geral da qualidade de vida dos trabalhadores, o novo ciclo econômico, promoveu a depressão econômica ocorrida entre 1873 e 1896<sup>284</sup>, que custou à Grã Bretanha sua liderança mundial e tem sido reconhecida

<sup>281</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A era das Revoluções: 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 17.

<sup>282</sup> ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 189.

<sup>283</sup> KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2011.

<sup>284</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução de Luciano Costa Neto. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 53-77.

como a primeira crise internacional, que se fez sentir principalmente na Europa e nos Estados Unidos, apesar de seu forte crescimento econômico impulsionado pelo término da Guerra Civil e pela Segunda Revolução Industrial, como ocorreu no Império Austro-Húngaro e na Alemanha recentemente unificada.

O processo de industrialização se ostentou como irreversível, criando um novo modo de produção, uma racionalidade própria e uma crise humana<sup>285</sup>, sob a ideologia do liberalismo econômico, capaz de inspirar diversas formas de resistência e enfrentamento, inclusive o movimento de destruição de máquinas industriais como malsucedida tentativa de amarrar o nascimento do novo padrão econômico<sup>286</sup>.

Há que confessar que o nosso operário sai do processo de produção de modo diverso do que nele entrou. No mercado, entrou como possuidor da mercadoria "força de trabalho" perante outros possuidores de mercadorias, possuidor de mercadorias perante possuidor de mercadorias. O contrato pelo qual vendeu a sua força de trabalho ao capitalista demonstrava, por assim dizer, preto no branco, que ele dispõe livremente de si próprio. Depois do negócio fechado, descobre-se que ele não era "nenhum agente livre", que o tempo pelo qual é livre de vender a sua força de trabalho é o tempo pelo qual é forçado a vendê-la, que de facto o seu sugador não o larga "enquanto ainda houver um músculo, um tendão, um pingo de sangue para ser explorado".<sup>287</sup>

A par da reação irracional se instituíram, por consequência das condições de vida a que se submeteram os trabalhadores, os diversos movimentos revolucionários<sup>288</sup> que marcam os séculos XIX e XX, em especial os comunistas<sup>289</sup> (vitoriosos na revolução de outubro de 1917) e anarquistas<sup>290</sup> (que obtiveram ainda em que por curto período sua experiência histórica na Espanha e Ucrânia), que impulsionaram as revoluções passivas<sup>291</sup> destinadas a obstaculizar o crescimento e a difusão desse pensamento social, cuja origem remonta aos socialismos utópicos<sup>292</sup> (também representativos de crises de racionalidade), que levou à instituição do

<sup>285</sup> WILSON, Edmund. *Rumo à estação Finlândia*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Círculo do Livro, 1987, p. 132-142.

<sup>286</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Pessoas extraordinárias: resistência, rebelião e jaz*. Tradução de Irene Hirsch e Lólio Lourenço de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 16-29.

<sup>287</sup> MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política: Livro I*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 373.

<sup>288</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Revolucionários: ensaios contemporâneos*. Tradução de João Carlos Vitor Garcia e Adelângela Saggiaro Garcia. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

<sup>289</sup> SPINDEL, Arnaldo. *O que é comunismo*. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

<sup>290</sup> COSTA, Caio Túlio. *O que é anarquismo*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

<sup>291</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere: O Risorgimento. Notas sobre a história da Itália*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 209-210.

<sup>292</sup> "Ninguém contesta, hoje, que o socialismo só tenha aparecido verdadeiramente, sob sua primeira forma utópica, no início do século XIX, com as conseqüências intelectuais, políticas e sociais da grande revolução industrial. Se, em conseqüência, é inadequado querer fazer o socialismo remontar à aurora das civilizações antigas e atribuir tal qualificativo à obra de escritores utopistas do Renascimento ou do século XVIII, nem por isso é menos certo que os textos dos primeiros reformadores sociais, inspirados freqüentemente por preocupações filantrópicas ou moralizantes, anunciam, sob muitos aspectos o que serão os utopistas sociais dos séculos XIX e

Estado do bem estar social (Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919), ao novo liberalismo e à crise de racionalidade do Direito no século XX.

Tem-se, pois, a crise do Direito no século XX, cujos efeitos se encontram no presente e na conclusão de Schumpeter (que não se confirmou) pela derrota do capitalismo<sup>293</sup>, como indispensável ao entendimento e percepção das dimensões da hodierna crise de racionalidade.

O Direito, construído com base nos valores modernos e nas ciências exatas como únicas confiáveis, possui a finalidade de produzir uma sociedade a ser controlada pela burguesia emergente, em uma estrutura de dominação de classes<sup>87</sup>, e protege sua finalidade ao resistir a toda e qualquer forma de mudança. A virada do neoconstitucionalismo e do Estado democrático de direito vem de encontro ao modelo de dominação vigente, por ter o indivíduo como fim, levando em conta que lhe é dado um ideal de vida digno, incompatível com o sistema de dominação classista em fase de superação. A crise da modernidade é a crise do Direito moderno que, ameaçado, procura elementos de sustentação na reprodução de sua lógica.<sup>294</sup>

O século XX se iniciou com a Revolução Russa de 1905, que abalou o Estado absolutista, autocrático, semifeudal e antiliberal do último Czar, da mais antiga dinastia europeia, com a realização de greves gerais, a promulgação de uma Constituição, abrindo, apesar da derrota final, o caminho para revolução de outubro de 1917, além de influenciar movimentos revolucionários europeus, em especial na Alemanha<sup>295</sup>.

No México, no final de 1910, eclodiu uma revolução popular, que produziu a vanguardista Constituição social de 31 de janeiro de 1917, que estendia direitos civis e políticos e incorporava direitos econômicos e sociais pela primeira vez na história, como também se tem a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), a posterior Lei Fundamental Soviética (10/7/1918), ambas decorrentes da Revolução Russa de 1917<sup>296</sup>, e a Constituição de Weimar de 1919<sup>297</sup>. No Brasil a ideia de Constituição social somente se fez presente nas constituições de 1946 e 1988.

---

XX. " PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977, p. 13.

<sup>293</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

<sup>294</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A desconstrução hermenêutica do direito penal em terrae brasilis – o bem jurídico à luz da Constituição*. 2011. 256f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado em Direito, Universidade Estacio de Sá. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>295</sup> WALDENBERG, Marek. A Estratégia Política da Social-Democracia Alemã. In HOBSBAWM, Eric J. (org.). *História do Marxismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989, v. 2. p. 223-255.

<sup>296</sup> REED, John. *Dez dias que abalaram o mundo*. Tradução de Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Pinguin Classics/Companhia das Letras, 2010.

<sup>297</sup> PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.43 n.169, jan./mar. 2006. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>>. Acesso em 14 de jun. 2017.



Tem-se, pois, em debate a mentalidade liberal e capitalista em seu auge de aplicação no final do século XIX e sua resistência representada pelos movimentos de caráter socialista, em especial o anarquista e, sobretudo, o comunista, vitorioso com a Revolução de 1917, justamente na Rússia que, ao tempo de Marx figurava como “(...) *baluarte da reação européia, sustentáculo e restauradora do status quo conservador* (...)”<sup>298</sup>, apontando o choque de racionalidade frente ao liberalismo (e seus efeitos sociais) e aos progressistas (com suas divergências e choques internos).

A instituição do Direito Moderno, do Estado de Direito e da própria modernidade, enquadram-se no paradigma do racionalismo<sup>299</sup>, que se desenvolveu em busca das certezas irrecuperavelmente abaladas pelas descobertas e novas metodologias científicas, pela ruptura do poder absolutista, pela divisão da fé cristã, pelo novo modo de produção com o êxito do capitalismo e pelos movimentos revolucionários que se espalharam pelo mundo, sobretudo, após a Revolução Russa de 1917.

O Estado Moderno não promove o indivíduo como sujeito, ele o promove enquanto gênero, idealizado como correto, padrão, que respeita a ordem, que tem graus elevados de disciplina, se insere no modelo religioso ao oficial ou próximo ao oficial, que atende às expectativas sociais, o indivíduo normal (para produzir mais mão de obra), que se inadequado às expectativas sociais é docilizado em uma racionalidade polarizada, através de uma política estratégica de contenção<sup>300</sup>, pois a modernidade limita a diversidade, levando a sociedade moderna a aceitar a exclusão como algo normal.

Apresenta-se, quando analisada a modernidade, a partir da segunda metade do século XX, um projeto fragmentado, cheio de fissuras, que não se sustenta. O liberal (que aposta no *self made man* e traz um abismo entre as pessoas) precisa abrir espaço para o social, que resgata as promessas não cumpridas da modernidade, de forma que já não é possível racionalmente compreender o Direito e o poder centralizado unicamente no Estado. O gênero liberal individual dá lugar para o plural e à diversidade. A base de sustentação burguesa dá lugar à base de sustentação democrática na Europa do pós-guerra, enquanto que no Brasil somente após a Constituição de 1988, com a solidificação da vontade geral nos direitos individuais que se apresentam como um núcleo duro do sistema do Direito, e, portanto, inegociável.

---

<sup>298</sup> HOBBSAWM. Eric J. Aspectos políticos da transição do capitalismo ao socialismo. In HOBBSAWM. Eric J. (org.). *História do marxismo*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988, v. 1, p. 335.

<sup>299</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>300</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2004.

Assim se observa que a crise da modernidade e do Direito moderno relaciona às promessas não cumpridas pela democracia liberal; à constituição de novos sujeitos de direito gerando um pluralismo político-social e consequentes centros alternativos de poder em concorrência com o Estado; à organização da sociedade e o consequente controle do poder estatal a exigir legitimação e credibilidade na tomada de decisões; ao processo de globalização que integram seus poderes em dimensões supra-estatais<sup>301</sup>.

As crises que permeiam o paradigma liberal-individualista encontram-se demonstradas em cinco núcleos específicos: crise da legalidade, pela ineficácia dos controles do poder, com a disseminação da corrupção em diversas esferas do poder; crise do Estado social, os direitos sociais nunca implementados na sua totalidade no Brasil; crise no Estado nacional, com a paulatina perda de soberania dos Estados em prol de comunidades supranacionais; crise do ensino jurídico, num verdadeiro dilema de personalidade, sem linhas específicas e arrostado pela complexidade contemporânea, reprodutor inconsciente do *status quo* e crise da hermenêutica hegemônica cuja vinculação à filosofia da consciência ainda prevalece.<sup>302</sup>

Em tal conjuntura de constantes crises vinculadas ao modo de aquisição e exercício do poder e relacionadas diretamente às transformações econômicas e ao modo de produção, que se confundem com a própria história do Direito<sup>303</sup>, encontra-se a crise do processo civil que engendrou a formulação de uma nova legislação processual representada pelo Código de Processo Civil de 2015, porém ainda sob paradigma liberal e preso à crise do Estado Moderno.

O processo civil contemporâneo em face da ruptura do paradigma do positivismo e suas pretensas seguranças e certezas produziu o fenômeno da discricionariedade como realidade da jurisdição, em sentido contrário à efetivação dos direitos fundamentais, entre os quais se encontram os do processo, afetando não apenas a credibilidade da função estatal, mas também sua legitimidade e a própria ciência do Direito submetida a contexto em que qualquer decisão se faz possível. Repristina-se a ideia da jurisdição como centro do Direito Processual, que se auto atribui o poder de promover um protagonismo judicial como se não houvesse uma legislação objetiva vigente ou uma ciência do Direito, refletindo uma crise de racionalidade e ruptura com os direitos fundamentais enunciados, ainda que desnecessariamente, na própria codificação recém instituída, sob o argumento ideológico de celeridade e efetividade, gerando insegurança e desconfiança do jurisdicionado frente ao Poder Judiciário, por desprezar a necessária e legal integridade do Direito, proposta por Dworkin e no Brasil por Lenio Streck.

---

<sup>301</sup> STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 143.

<sup>302</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico? Teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 16.

<sup>303</sup> ALTAVILA, Jaime de. *Origem do direito dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 13-14.

Se as constantes transformações da sociedade, da filosofia, da ciência e do Direito levam à sua centralização nos direitos fundamentais, a aplicação do(s) denominado(s) neoconstitucionalismo(s) de vertente argumentativa, promove uma contradição e crise a todo o sistema, pois, tende a relativizar tais direitos (que representariam o núcleo duro do Direito) pela via da ponderação de valores, a partir da atividade discricionária do julgador, elevando o grau de insegurança à sociedade e de ineficácia do próprio Direito<sup>304</sup>, conquistado, ao menos, nos últimos 1000 anos, substituído pela arbitrariedade e por uma “(...)loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência)”<sup>305</sup>.

Não se apresenta razoável a recusa constante da jurisdição em aplicar normas explícitas da nova legislação processual, aprovada e promulgada pelos Poderes competentes, que poderiam excluir dispositivos ou incluir outros se assim julgasse necessário, a postura do Judiciário se oferece como instrumento de concentração e abuso de poder, exatamente pelo órgão que maior potencial e condições tem de causar opressão, retirando o caráter democrático do processo.

A leitura aberta do Direito não representa o abandono da norma pela intuição do julgador, seja animado pelo puro voluntarismo, seja pressionado pela mídia, pela opinião pública, ou pelo senso comum do jurista, pois, pela instabilidade que tal prática expõe a sociedade e o Direito.

Numa palavra final não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem o enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a em enunciação tem origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como esse só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.<sup>306</sup>

Sob esse enfoque se desenvolve o trabalho, buscando compreender a grande crise de racionalidade, legitimidade e credibilidade do processo, representada pelo decisionismo que o caracteriza atualmente.

---

<sup>304</sup> FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan (org.). *Garantismo, hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

<sup>305</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 649.

## 2.1. Questões sobre a fundamentação

Por meio da linguagem, sobretudo, escrita, a decisão jurídica se expressa constituindo a capacidade biológica de utilizar um conjunto de símbolos para designar, traduzir e expressar pensamentos através de formas verbais, capazes de construir o sentido do mundo, gerar compreensão e promover a acumulação de conhecimento, constituindo-se como uma experiência e um meio para estabelecer sua relação com a vida.

Galileu pode ter sido o primeiro a reconhecer claramente o significado da propriedade central, e uma das mais distintas, da linguagem humana: o uso de meios finitos para expressar uma vastidão ilimitada de pensamentos (...).<sup>307</sup>

Percebe-se que a linguagem se apresenta ao entendimento em um sentido comum aplicada nas relações interpessoais com a aplicação do idioma, em que a utilização da investigação linguística e etimológica constitui veículo de interpretação<sup>308</sup>; e, em uma abordagem técnica, própria das ciências, através da qual se estrutura uma razão comunicativa, utilizada para compreensão, interação, interpretação dos fenômenos ou fatos e também para exclusão. Não obstante, o linguajar jurídico, exposto na norma legal e na decisão judicial utiliza-se, ou deveria se utilizar, do linguajar comum diante de sua função social, para que possa ser efetivamente compreendido pelo maior número de pessoas<sup>309</sup> e ao não fazê-lo constitui uma interdição como instrumento de exclusão.

A centralidade da cultura e, em seu âmbito da decisão, como se reconheceu através da virada linguística<sup>310</sup>, tem na linguagem lugar privilegiado de sua constituição, em um contexto em que o discurso desenvolvido expõe e coletiviza a experiência sensível do julgador ao proferi-la, constituindo-se desta forma, como ato político que caracteriza e efetiva a condição humana da pluralidade, ao tempo em que se envolve na disputa pelo lugar da palavra<sup>311</sup>.

<sup>307</sup> CHOMSKY, Noam. *Sobre a natureza da linguagem*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 51.

<sup>308</sup> CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 17.

<sup>309</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 49.

<sup>310</sup> “A filosofia da linguagem tem sido identificada com “giro linguístico”, remetendo na França a Saussure, Foucault, Deleuze e Derrida; na Alemanha a Heidegger e Gadamer (hermenêutica); nos países anglo-saxões a Wittgenstein, Austin e Ryle.” PALAMIDESSI, Mariano Ismael. Curriculum, objetividade y disciplina: Heidegger y las consecuencias dei giro linguístico. *Revista Educação e Realidade*. Porto Alegre, v.23 n.2 p. jul./dez., 1998. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71341/40491>>. Acesso em: 2 de nov. 2017.

<sup>311</sup> BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. In BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996, p. 160.

Se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais.<sup>312</sup>

Na disputa pelo lugar da palavra, a posição hegemônica fixa-lhe os parâmetros de entendimento, através da capacidade de se fazer ouvir, em que as escolhas semânticas e a imposição de sentidos constituem instrumentos de exclusão, tornando o texto escrito da decisão em sua linguagem técnica representativos do poder e desejo em que se fundam as interdições ao discurso pelo “(...) *direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala (...)*”<sup>313</sup>.

Desenvolve-se no discurso da decisão, permeado pela precisão na técnica linguística<sup>314</sup> e em sua regência<sup>315</sup>, o tempo frente a uma coletividade que “(...) *só é construída com base numa memória compartilhada, e é ao direito que cabe instituí-la (...)*”<sup>316</sup>, não como organização de agora, mas se vinculando ao passado, como não-mais, e, ao futuro, como ainda não, recebendo atribuição de sentido pelo contexto que adquire do passado ao tempo em que irradia projeções ao futuro que se nutre da pré-estrutura (Heidegger) ou da pré-compreensão (Gadamer)<sup>317</sup>. O texto da decisão é produzido em uma prática social que fornece o suporte de sua circulação, vinculada em boa medida ao suporte tecnológico que expandiu os meios de acesso, onde é atestado empiricamente pelos efeitos que produz e por sua capacidade de convencimento através de argumentos lógicos.

Existe a linguagem do legislador, que é omissa, sem qualquer adorno acessório, sem palavras supérfluas, que simplesmente decreta e nada mais. Em comparação com esta, a linguagem dos juízes é mais rica na expressão, é mais concreta do que a linguagem da lei, não renuncia a elementos persuasivos, pois, ao invés do legislador, o juiz não quer apenas decretar, quer também convencer. E até o advogado como mandatário judicial se serve dum tipo muito específico de linguagem jurídica. A sua oratória tinha já na antiguidade romana um elevado estatuto e, por certo, precisamente enquanto linguagem falada.<sup>318</sup>

<sup>312</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 191.

<sup>313</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999, p. 9.

<sup>314</sup> “A língua é um produto social da faculdade de linguagem, um conjunto de convenções necessárias adotadas pelo corpo social.” ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.13.

<sup>315</sup> KASPARY, Adalberto J. *O verbo na linguagem jurídica: acepções e regimes*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>316</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes Bauru: Edusc, 2005, p. 47

<sup>317</sup> ENGELMANN, Wilson. A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural dos direitos humanos: construindo espaços para a sua proteção. *Revista de Derecho*, Uruguai, n.4 p. 103-136, jan. 2016. Disponível em: <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/825>>. Acesso: 12 de jan. 2018.

<sup>318</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 162.

Concebendo-se as decisões, confluem-se além da argumentação as questões hermenêuticas e ideológicas, as relações interdisciplinares do Direito com diversos ramos da cultura, por estar o julgador no mundo, ou seja, por existir, vinculado aos condicionantes culturais, em conexão com a economia, psicanálise, ideologia, arte, literatura e (entre outros) com as suas emoções<sup>319</sup> e muitas vezes sob o impacto da mídia.

Expostos os argumentos no texto da decisão e destinados ao convencimento e não somente à justificação às partes e à sociedade são desenvolvidos através de sua fundamentação estrategicamente exposta, cuja exigência e metodologia se erigiram através de lenta construção histórica, comprometida ideologicamente e vinculada a determinados paradigmas científicos, cujas crises e superações ocorreram em paralelo às crises do próprio Estado, pois, o ato de decidir constitui essencialmente ato de poder.

O reconhecimento da necessidade de fundamentação pode ser encontrado no Direito Processual Romano, nos séculos III e IV D.C., na órbita da *cognitio extra ordinem*<sup>320</sup>, na Itália e na Inglaterra no século XII, na França no século XIII, sendo instituído como norma em decreto do Papa Inocêncio IV, do século XIII; após séculos de expressa proibição na Espanha, instituída precisamente como ato ideológico de concentração de um poder inquestionável e absoluto<sup>321</sup>, foi consolidada como direito fundamental pela Revolução Francesa, sob os ideais iluministas, através da Lei de Organização Judiciária de 1790, e, do artigo 208 da Constituição do ano III da revolução (1795), tornando a exigência comum nas principais constituições e legislações processuais dos séculos XIX e XX.

A obrigatoriedade da motivação constituiria traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX. Em França reafirmava-a o artigo 141 do **Code de procédure civile** de 1807, corroborado o preceito pela lei de organização judiciária de 1810, que cominou a sanção de nulidade para os **trrêts** desprovidos de motivação. Acolheram também o princípio o **Codice di procedura civile** de 1865 (artigo 436), a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, de 1881 (artigo 372), e as duas famosas Ordenações germânicas, a alemã de 1877 (§ 284, hoje 313) e a austríaca de 1895 (§414). À mesma orientação vêm-se mantendo fiéis os legisladores processuais civis na atual centúria: para apenas recordamos alguns dos mais importantes códigos surgidos nos últimos quarenta anos, vejamos o novo estatuto italiano de 1940 (artigo

---

<sup>319</sup> RODRIGUES, Ana Carolina de Faria Silvestre. A experiência da leitura de obras literárias realistas e a realização prática do direito: compaixão e decisão judicial. In RODRIGUES, Ana Carolina de Faria Silvestre (org.), *Direito, literatura e as emoções: diálogos interdisciplinares*. São Paulo: Lexia, 2015, p. 11-25.

<sup>320</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 33.

<sup>321</sup> FERNANDES, José Henrique Lara. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

132), o português de 1967 (artigo 659), o belga de 1967 (artigo 780), o argentino de 1970 (artigos 34, 161, 163), o francês de 1975 (artigo 455).<sup>322</sup>

Nesse sentido se observam dispositivos análogos nas constituições da Bélgica de 1831 e 1970 (artigo 149); da Itália de 1948 (artigo 111); da Grécia de 1952 e 1958 (artigo 117)<sup>323</sup>; de Portugal de 1976 (artigo 205); da Espanha de 1978 (artigo 120), além da Convenção de Haia de 1907; do Estatuto do Tribunal Superior de Competência Internacional de 1920; Pacto de Bogotá de 1948; da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; do Tribunal Europeu de Direitos do Homem de 1950; da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 1950; do Estatuto do Tribunal Administrativo das Nações Unidas (UNAT) de 1955; do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 1958; da Declaração do Homem da Convenção Europeia; da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, de San José, Costa Rica, de 22 de novembro de 1969<sup>324</sup>.

A obrigatoriedade de fundamentação, no Brasil, pode ser encontrada: - Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXVI, 7; na decisão nº: 78, de 31 de março de 1824<sup>325</sup>; no artigo 232 do Decreto 737 de 25 de novembro de 1850<sup>326</sup>, aplicada ao processo civil pelo Decreto 763 de 1890; no artigo 487 da Consolidação do Processo Civil de 1871, que se tornou obrigatória por Resolução Imperial de 1876<sup>327</sup>; na Lei 1.338 de 1905, no Decreto nº: 5.561 de 1905<sup>328</sup> e no Decreto de nº 9.263 de 1911 (na vigência da Constituição de 1891); nos Estados através dos códigos locais como do Rio Grande do Sul; da Bahia; de Minas Gerais; de São Paulo e de Pernambuco<sup>329</sup>; com as Constituições de 1934 e 1937 e a unificação do Direito

<sup>322</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.19 p. 1-10, 1979. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

<sup>323</sup> Ibidem.

<sup>324</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 225-226.

<sup>325</sup> Vide nota 239.

<sup>326</sup> “Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.” BRASIL, Decreto nº: 737, de 25 de novembro de 1850.

<sup>327</sup> RIBAS, Antônio Joaquim; RIBAS, Júlio A. *Consolidação do processo civil comentada pelo conselheiro Dr. Antônio Joaquim Ribas*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879, p. 353-355.

<sup>328</sup> “Art. 234. Todos os despachos, sentenças e accordãos proferidos sobre qualquer pedido controvertido, ou alguma duvida suscitada no processo, serão fundamentados, sob pena de nullidade. Considera-se não fundamentado e incurso em sanção de nullidade, o accordão, sentença ou despacho que tão sómente reportar-se ás allegações das partes ou referir-se a outra decisão (lei n. 1.338, art. 48).” BRASIL, Decreto nº: 5.561 de 19 de junho de 1905.

<sup>329</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.19, p. 1-10, 1979. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

Processual, através do Código de Processo Civil de 1939<sup>330</sup>, no que foi seguido pelo Código de Processo Civil de 1973<sup>331</sup>.

No artigo 93, IX da Constituição de 1988, encontra-se a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, como garantia individual, que foi apresentado (26/08/87) na Comissão de Sistematização da Constituinte no substitutivo I (art. 135-VII) e II (18/09/87 no art. 109-VIII); no Projeto A (art. 113-VIII), que foi ao Plenário em Primeiro Turno (24/11/1987); no Projeto B (art. 98-IX), que foi ao Plenário em Segundo Turno (05/07/1988) no Projeto C (15/09/1988), que foi ao Plenário final do Segundo Turno com alteração apenas do número do artigo, que passou a ser 93; no Projeto D (21/09/1988) aprovado pela Comissão de Redação Final e publicado no Diário Oficial de 05/10/1988, alterado pela Emenda 45 de 30 de dezembro de 2004.

A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais se insere na garantia do devido processo legal, inserindo-se como manifestação do Estado Democrático de Direito<sup>332</sup>, com o objetivo de obstaculizar o arbítrio, pois, a “(...) *legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação da decisão judicial, sendo a falta de fundamentação verdadeiro atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal (...)*”<sup>333</sup>, de forma a possibilitar o controle democrático da sociedade sobre a atividade jurisdicional que é exercida na forma e nos limites atribuídos pela Constituição.

Quase trinta anos após a promulgação da Constituição de 1988, a regra de fundamentação que, repita-se, já deveria ser suficiente para plena e imediata aplicação, pode ser localizada no novo Código de Processo Civil, no *caput* do artigo 11<sup>334</sup>; no inciso IX do artigo 12<sup>335</sup>; no parágrafo segundo do artigo 173<sup>336</sup>; no parágrafo único do artigo 370<sup>337</sup>; no

<sup>330</sup> “Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.” BRASIL ao Código de Processo Civil, Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

<sup>331</sup> Artigos 131, 165, 273§§1º e 4º, 458, II, 431§3º, 461§ 3º, 478, 542§1º, 739§2º, 1009, §2º, 1093 e 1095.

<sup>332</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 288-301.

<sup>333</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 212.

<sup>334</sup> “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” BRASIL, Código de processo civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>335</sup> “IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.” Ibidem.

<sup>336</sup> “§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.” Ibidem.

<sup>337</sup> “Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Ibidem.



parágrafo primeiro do artigo 373<sup>338</sup>; no artigo 426<sup>339</sup>; no artigo 489<sup>340</sup>; no parágrafo único do artigo 647<sup>341</sup>; parágrafo segundo do artigo 919<sup>342</sup>; no parágrafo único do artigo 980<sup>343</sup>; parágrafo quarto do artigo 1.021<sup>344</sup>; e, no parágrafo segundo do artigo 1.024<sup>345</sup>, de forma a atribuir operabilidade a essa exigência que constitui uma garantia constitucional ao jurisdicionado.

A par da obrigatoriedade da fundamentação, exige o artigo 926<sup>346</sup> do Código de Processo Civil de 2015, que a jurisprudência se apresente íntegra e coerente, afastando o texto legal a possibilidade do julgamento conforme o sentimento pessoal do julgador ou mesmo da instituição a que pertence, e, afastando em seu artigo 10<sup>347</sup> as decisões que surpreendam as partes, trata-se, no conjunto de normas da aplicação do devido processo legal, como limitador do poder do Estado.

---

<sup>338</sup> “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” *Ibidem*.

<sup>339</sup> “Art. 426. O juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.” *Ibidem*.

<sup>340</sup> “§ 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.” *Ibidem*.

<sup>341</sup> “Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.” *Ibidem*.

<sup>342</sup> “§ 2º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.” *Ibidem*.

<sup>343</sup> “Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.” *Ibidem*.

<sup>344</sup> “§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.” *Ibidem*.

<sup>345</sup> “§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.” *Ibidem*.

<sup>346</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” *Ibidem*.

<sup>347</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” *Ibidem*.

Abordou-se a matéria pela doutrina nos diversos cursos e manuais de processo civil<sup>348</sup>, mesmo antes do Código de Processo Civil de 1973 e da Constituição de 1988; além de obras especializadas<sup>349</sup>, ao que se inclui a doutrina estrangeira<sup>350</sup>.

Por meio da utilização do modelo positivista de interpretação após a Constituição de 1988, conheceu sua crise e superação por um modelo constitucionalista (ou espera tal superação) fundado no reconhecimento da força normativa da Constituição, na supremacia das normas constitucionais e na pronta eficácia dos direitos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte e pela própria metodologia do Direito nacional, levando à uma revisão hermenêutica que tem sido obstada por velhos hábitos voltados à concentração de poder.

Seja pelo expresso comando constitucional, pela inclusão na legislação processual de dispositivos específicos regulando a fundamentação, pela evolução histórica do instituto ou pela posição doutrinária consolidada não resta dúvida sobre a necessidade de fundamentação, abre-se, no entanto, campo para sua utilização para desenvolver a arbitrariedade através do decisionismo que se apresenta como a grande questão da decisão judicial em tempos atuais de pós-positivismo.

<sup>348</sup> Entre outros: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: 1976, v. 1; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil, artigos 46 a 153*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo I; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, vol. I; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 3; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.1; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

<sup>349</sup> Entre outros: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.19 p. 1-10, 1979. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 08 de jan. 2018; CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*. São Paulo, v.21 n.81 p. 220-225, jan./mar. 1996. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32703>>. Acesso em 21 de jan. 2018; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos e homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos e homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v.2 n.15 p. 1-21. dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_oliveira\\_8.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_oliveira_8.pdf)>. Acesso em: 21 de jan. 2018.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. In TUBENCHLAK James e BUSTAMANTE, Ricardo (coo.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Niterói: IEJ, 1991. v. III; PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001; TUCCI, José Rogério Cruz. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987; ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.

<sup>350</sup> Entre outros: SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madri: Taravilla, 2003; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

No positivismo o Direito visto como ciência formal buscava sua aferição de validade e se vinculava à observância de um devido processo legal substantivo, excluída a avaliação axiológica dos dispositivos, apesar da advertência de Cícero, 2000 anos antes.

E se a natureza não puder ser considerada o fundamento da Justiça, isso significará a destruição [das virtudes das quais depende a sociedade humana]. Porque, então, onde haverá um lugar para a generosidade, para o amor ao país, para a lealdade, para a propensão a estar a serviço de outros ou para demonstrar gratidão por favores recebidos? Essas virtudes se originam em nossa inclinação natural a amar nossos semelhantes, e esse é o fundamento da Justiça. Caso contrário, não apenas a consideração pelos homens, mas também os ritos e as observâncias piedosas em honra dos deuses são abolidos; penso que eles devam ser mantidos, não por meio do medo, mas sim por conta do relacionamento íntimo que existe entre homem e Deus. XVI. Mas, se os princípios de Justiça fossem baseados em decretos de pessoas, éditos de príncipes ou decisões de juízes, então a Justiça sancionaria o roubo, o adultério e a falsificação de testamentos, no caso desses atos serem aprovados por votos ou decretos do populacho.<sup>351</sup>

Embora estabelecesse que o critério de validade fosse a norma legal, o positivismo vinculava a operação de interpretação e aplicação à discricionariedade do julgador, a quem competia entre várias possibilidades a escolha da que entendesse aplicável ao caso concreto, adstrita sua subjetividade à moldura do ordenamento posto em posição autoritária.

A retomada da aplicação de valores como critério de validade do Direito se desenvolveu através do reconhecimento da força normativa dos princípios<sup>352</sup>, que deixaram de representar meras intenções programáticas, de forma a promover a efetivação da Constituição.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> CÍCERO. Marco Túlio. Leis, Livro I. In MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

<sup>352</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>353</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 257.

Em torno da aplicação dos princípios com caráter normativo se desenvolveram as teorias da argumentação<sup>354</sup> que têm provocado notável sincretismo teórico<sup>355</sup>, da retomada do valor e da ética como critério de validade do Direito e do reconhecimento do caráter normativo dos princípios<sup>356</sup>.

Nesse ambiente se desenvolve a resistência do poder à transformação metodológica, primeiro quanto à hegemonia, isto é, ao poder e primazia de dizer o Direito, como se não houvesse ciência, Constituição ou Estado Democrático Constitucional de Direito, observe-se a respeito à decisão citada por Lenio Luiz Streck:

*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque assim pensam. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.*<sup>357</sup>

Quanto a aplicação à utilização das teorias da argumentação como arcabouço para aplicação da arbitrariedade, utilizando a decisão não para efetivar direitos fundamentais, mas

<sup>354</sup> Entre outros: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e Correlação normativa do direito: a aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

<sup>355</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte, n.1 p. 609-615, jan./jun., 2003. Disponível em: <[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios e regras.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

<sup>356</sup> Entre outros: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro. n.232 abr./jun. p. 141-176, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 15 de jun. 2017; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e Correlação normativa do direito: a aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004; ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico, princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: RT, 1999; MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

<sup>357</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 24.

exatamente com o fim de sonegá-los, através de técnicas, nem sempre ocultas de dominação, de forma a manter preso o Direito a um regime que já se foi.

Para que também a promessa da democracia na jurisdição não se esvaia, como outras da modernidade, torna-se necessária a aplicação de metodologia hermenêutica adequada à efetivação dos direitos fundamentais e do próprio sistema democrático, para que possa ser efetivamente superado, de um lado, o positivismo, como pretendem os movimentos pós-positivistas ao resgatarem ao Direito os valores éticos e princípios morais<sup>358</sup> que sob o argumento de cientificidade lhe foram afastados; e, de outro, as metodologias metafísicas, superadas pela filosofia da linguagem (antirrelativistas) e o paradigma do positivismo, com o objetivo de expurgar a decisão centrada na intuição do julgador e mesmo nas teorias da argumentação, como de Alexy, amplamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em que artificialmente se cria conflito entre normas para de forma discricionária sonegar direitos através da ponderação (justificando isso como qualidade da teoria dos princípios) realizada sob forte impacto ideológico e como justificativa para o decisionismo em verdadeiro sincretismo teórico.

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma Constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação.”<sup>359</sup>

Desloca-se assim a atribuição de sentido, no ato da decisão, ao individualismo daquele que decide, em seus estados de experiência, sensações e ideologias pessoais, que ficam alheios ao conhecimento objetivo da questão a ser decidida, constituindo-se como suporte ao seu poder discricionário, retomando a questão da fundamentação, inadvertidamente, aos conceitos que busca superar a exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista, que paradoxalmente impulsionou

---

<sup>358</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 24.

<sup>359</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68-69.

toda crítica ao positivismo e sua metodologia, mantem-se a postura decisionista em um enquadramento filosófico anacrônico, isto é, o sujeito-objeto.

A postura relativista não se apresenta desta forma que se justifica nas teorias da argumentação, em especial em Alexy, associada ao esquema sujeito-objeto, como instrumento hábil para superação do positivismo, que exige o enfrentamento do solipsismo que lhe caracteriza.

Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo (pós-exegético). Parece obvio reforçar isso. *A superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática.<sup>360</sup>

Não representa um pensamento pós-positivista a aplicação indiscriminada de princípios, que na verdade atua concretamente como um formato novo para a discricionariedade judicial, que migrou do monarca e do legislativo para o Poder Judiciário. Tem-se de imediato o reconhecimento do agravamento dos efeitos dessa postura metodológica, diante do atual momento histórico em que o Poder Judiciário “(...) *migrou da periferia para o centro dos sistemas políticos (...)*”<sup>361</sup>.

Oferecem-se os princípios, em uma panprincipiologia<sup>362</sup>, mixagem ou sincretismo metodológico, nessa conjuntura, como instrumentos retóricos destinados e muitas vezes criados arbitrariamente, com o objetivo específico de justificar uma determinada decisão, permitindo a consolidação do esquema sujeito-objeto, gerando a instabilidade do Direito e a insegurança do jurisdicionado, pois, qualquer solução se torna possível a depender de posições subjetivas e incontroláveis do julgador, através do ativismo judicial e do decisionismo, retornando a questão da fundamentação à Kelsen, isto é, reconhecendo-se como legítimo o fundamento da decisão baseado na escolha arbitrária de uma entre as várias decisões possíveis, de forma a prestigiar o poder discricionário do juízo.

O dever de fundamentação constitui uma blindagem às interpretações deslegitimadoras e representa um meio para se coibir a discricionariedade, respeitando-se a força normativa da Constituição, a autonomia do Direito, a coerência

<sup>360</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 204, p. 515.

<sup>361</sup> SALAMA, Bruno. Análise Econômica do Direito nas Decisões Judiciais. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coo.). *Seminário da teoria da decisão judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 35.

<sup>362</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

e a integridade, o que possibilitará a obtenção da resposta constitucionalmente adequada.<sup>363</sup>

A nova metodologia do direito busca a efetivação da democracia e dos direitos fundamentais, sonegados por opções políticas e ideológicas que se estabilizam através do decisionismo exposto ideologicamente como instrumento de eficácia da jurisdição em um sincretismo metodológico em que os princípios constitucionais são argumentados conforme o interesse do interprete.

No que respeita a essa questão há grande diversidade de opiniões. O ponto de vista tradicional não questiona que a sentença (parte dispositiva) seja o resultado do raciocínio realizado nos argumentos. A decisão, de acordo com essa opinião, é um silogismo. Os argumentos contêm as premissas, a sentença (parte dispositiva), a conclusão. Em oposição a este parecer, alguns estudiosos de época mais recente têm sustentado que o raciocínio feito nos argumentos não passa de uma racionalização da sentença (parte dispositiva). Com efeito – dizem – o juiz toma sua decisão em parte guiado por uma intuição emocional e em parte com base em considerações e propósitos práticos. Uma vez estabelecida a conclusão, o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão. Usualmente isso não será difícil para ele. A variedade das regras, a incerteza de sua interpretação e a possibilidade de elaborar construções diversas sobre as matérias em debate geralmente permitirão que o juiz encontre uma roupagem jurídica plausível com que revestir sua decisão. A argumentação jurídica encerrada nos considerandos do silogismo não passa de uma fachada que visa a dar suporte à crença na objetividade da decisão.<sup>364</sup>

O decisionismo apresenta conexão com expressões como juiz solipsista, ativismo judicial e direito alternativo, convergindo todas hipóteses à noção de um certo grau de discricionariedade nas decisões judiciais, embora apresentem fundamentos teóricos e atividade prática diversos.

A opção solipsista se apresenta também na doutrina, ao atribuir à interpretação o *status* de ato de vontade da jurisdição, recebendo-a como produto da consciência e da subjetividade judicial, a partir dos valores e voluntarismos do julgador, a quem caberia nessa ordem de ideias, nos casos difíceis, em um direito aberto e móvel, a interpretação discricionária, em verdadeira confusão e sincretismo metodológico<sup>365</sup>.

Nesse enquadramento se apresenta a consolidação da teoria da ponderação de direitos e de interesses, aplicada, entretanto, segundo os valores do julgador, resultando um espaço de

<sup>363</sup> DELGADO, Ana Paula Teixeira. Aplicação do direito em tempos de pós-positivismo: ruptura ou continuidade de velhos paradigmas. *Revista Legis Augustus*. Rio de Janeiro, v.6 n.1 p. 1 5-2 5, jan/jun. de 2015. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/702>>. Acesso em: 18 de jun. 2017.

<sup>364</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 68-69.

<sup>365</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

incerteza e insegurança onde a legalidade é afastada em favor de uma relativização inconsistente, gerando além do *déficit* de legitimidade e credibilidade, também o de estabilidade econômica da comunidade, que ao contratar precisa calcular o custo dessa insegurança pela qual, qualquer solução jurídica parece ser possível.

Cria-se, pois, uma dimensão de desconfiança da jurisdição e, por consequência do próprio Estado, desnudando condutas antidemocráticas e ilegítimas. Vincula-se a questão à democracia e da limitação de poderes do Estado, sob a grave pena de se instituir uma verdadeira ditadura do Judiciário<sup>366</sup>.

Poder “(...) é a capacidade para intervir sobre o respectivo meio social, de tal modo que deste se comportaria de maneira diferente da adoptada no caso de não ter recebido tal iniciativa ou estímulo (...)”<sup>367</sup>. O poder se impõe e se faz presente através da disciplina sobre os mais variados aspectos da vida, adestrando comportamentos, normalizando e institucionalizando a interpretação do discurso ao ponto de até os mesmo juristas críticos rederem homenagens ao solipsismo como solução para eficácia do Direito.

Na realidade, o poder é um feixe de relações mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado. Portanto, o problema não é de constituir uma teoria do poder que teria por função refazer o que um Boulainvilliers ou um Rousseau quiseram fazer. Todos os dois partem de um estado originário em que todos os homens são iguais, e depois, o que acontece? Invasão histórica para um, acontecimento mítico-jurídico para outro, mas sempre aparece a idéia de que, a partir de um momento, as pessoas não tiveram mais direitos e surgiu o poder. Se o objetivo for construir uma teoria do poder, haverá sempre a necessidade de considerá-lo como algo que surgiu em um determinado ponto, em um determinado momento, de que se deverá fazer a gênese e depois a dedução. Mas se o poder na realidade é um feixe aberto, mais ou menos coordenado (e sem dúvida mal coordenado) de relações, então o único problema é munir-se de princípios de análise que permitam uma analítica do poder.<sup>368</sup>

No entanto, apresenta-se como pressuposto do Estado de Direito a submissão do poder, incluindo o jurisdicional, ao Direito, ao que se agrega a necessária separação de poderes, através de um clássico sistema de “pesos e contrapesos”, destinado à recíproca limitação, tomando por

<sup>366</sup> VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4 n.2 p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em 14 de dez. 2017.

<sup>367</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução à ciência política*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 40.

<sup>368</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2004, p. 248.



parâmetro o constitucionalismo que revolucionou o século XX, em sua versão compromissória, social e dirigente<sup>369</sup>.

Caracteriza-se o Estado de Direito:

É o Estado criado e regulado por uma Constituição, em que o exercício do poder político, encontra-se dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros, de forma que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais, e os cidadãos sendo titulares de direito possam opô-los ao Estado.<sup>370</sup>

Observa-se que o protagonismo judicial se insere na busca da concretização de direitos, invocando doutrinariamente a jurisprudência de valores que caracterizou o ativismo judicial da Corte Constitucional Alemã do pós-guerra. Entretanto, necessário atentar que se trata de experiência histórica diversa, que buscava na abertura quanto à legalidade a superação do totalitarismo nazista que a precedeu.

O ativismo judicial tem origem solipsista, tendo por indicadores em sua origem, nos Estados Unidos da América, o ativismo e a criatividade, de tal forma que a democracia, os direitos fundamentais individuais e sociais e a própria democracia, na verdade, são obstaculizados ou condicionados às posições pessoais do julgador.

A admissão de poder discricionário ao juiz se apresenta como manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), como ato de vontade do julgador, onde a superação dos métodos do positivismo é identificada como sinônimo de relativismo ou irracionalismo através do exercício do decisionismo como método, apresentando-se hoje como fruto de um sincretismo teórico, em que posições diferentes e incompatíveis são aplicadas como que conseqüentes decorrentes da junção equivocada da jurisprudência de valores (da Alemanha do pós-guerra), do realismo jurídico (dos Estados Unidos da América) e da Teoria da Argumentação de Robert Alexy<sup>371</sup>.

No antigo regime, anterior à modernidade, exercia-se o poder centrado na autoridade e em sua vontade e não na norma, que constituía mera expressão de seu ordenar, estabelecendo um clima geral de insegurança quanto à decisão decorrente de experiências e convicções pessoais. Séculos depois, a filosofia do direito, autoritária e arbitrária do nazismo (onde a ciência do Direito se restringia a um caráter panfletário), confirmou o decisionismo em uma

---

<sup>369</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Santa Catarina, v.15 n.1 p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

<sup>370</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamento de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

<sup>371</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 276.

teoria jurídica, explicitando as relações entre Direito, poder e política, de tal forma que essa jurisdição compreendia o justo como uma escolha pessoal do julgador<sup>372</sup>.

Desta forma as decisões judiciais se condicionam à visão individual de cada julgador, ainda que se cristalizem em decisões colegiadas, gerando tensão e instabilidade em que o Direito (material e processual) ficam injustificadamente condicionados a tais posições ou a suas mudanças, tornando a jurisdição uma loteria cujo resultado depende do julgador a que for atribuída a causa, o que coloca essa prática em cheque em um Estado Democrático Constitucional e de Direito, como se verá adiante.

## 2.2. O decisionismo em xeque

Ao longo da história, a questão da decisão, que se apresenta ao mundo como ato jurídico processual e como o documento escrito que a contém<sup>373</sup>, representando o exercício e validação das regras de controle, vinculou-se à inteligência e vontade do julgador, descobridor, de um sentido ético universal captado por sua sensibilidade (consciência) e aplicado ao caso concreto<sup>374</sup>, o quê, no entanto, apresenta-se incompatível com o Estado Constitucional Democrático de Direito, que exige “(...) *incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia (...)*”<sup>375</sup>.

O xeque ao decisionismo é imposto pela democracia, recepcionada como um valor da modernidade, estando presente no preâmbulo<sup>376</sup> de diversas Constituições, como as brasileiras

---

<sup>372</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Revista Sequência*. Florianópolis, n.67 p. 111-138, dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p111>>. Acesso em: 21 de jan. 2018.

<sup>373</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 277.

<sup>374</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>375</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy. 2002, p. 29.

<sup>376</sup> “Preâmbulo é a afirmação de princípios, síntese do pensamento que domina a Assembléia Constituinte em se tratando de elaboração constitucional (Temístocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., 1956, v. I, p. 14).” CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988, artigos 1º a 5º (I a LXVII)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 75.

de 1891<sup>377</sup>, 1934<sup>378</sup>, 1946<sup>379</sup> e de 1988<sup>380</sup>; e, para limitar a pesquisa ao mundo lusófono, nas Constituições de língua portuguesa de Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste<sup>381</sup>.

Vincula-se, por consequência, a questão da fundamentação ao exercício do poder do Estado em uma democracia constitucional, que se apresenta ao mundo através de linguagem, tal qual o próprio Direito, de forma a superar a filosofia da consciência ou da metafísica como parâmetros metodológicos, afastando o plano solipsista, onde a decisão decorre da consciência do decisor, a quem se atribui um excepcional conhecimento e sensibilidade, “(...) *que (re)produz o habitus do campo jurídico (...)*”<sup>382</sup>, a serviço de uma sociedade de massa que busca na celeridade e em um mercado de decisões, o fundamento para concentração de poder.

A decisão judicial em um Estado Constitucional Democrático de Direito necessita obter a adesão da sociedade para que obtenha credibilidade e possa ser considerada legítima e representativa da cultura jurídica do país e dos valores constitucionalmente recepcionados como fundamentais, “*Pois o critério decisivo de validade duma ordem normativa, e em especial da ordem jurídica, é o reconhecimento, é o consenso (teorias do reconhecimento e teoria do consenso) (...)*”<sup>383</sup>, portanto, não basta o ato de poder que a profere, impõe-se a necessidade de que seja capaz de promover o convencimento do grupo social em que se insere, para que ultrapasse o estigma de mero exemplo da crise de racionalidade do Direito contemporâneo.

---

<sup>377</sup> “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. ” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

<sup>378</sup> “Nós representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição. ” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

<sup>379</sup> “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte, para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição. ” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946.

<sup>380</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. ” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

<sup>381</sup> MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque; PORTO, Walter Costa; MANTOVANINI, Thelmer Mário (org.). *As constituições dos países da comunidade de língua portuguesa comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

<sup>382</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 213.

<sup>383</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 299.

O reconhecimento da legitimidade da decisão condiciona-se à sua capacidade de expor à crítica pública seus parâmetros de convencimento, que devem ser adequados à concretização dos direitos fundamentais, através de um procedimento apto a espelhar a ideia de democracia, vinculando-se à observância dos direitos fundamentais processuais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a própria fundamentação das decisões, a proibição da utilização de provas ilegitimamente produzidas, o efetivo acesso à justiça, etc., limitando o exercício da jurisdição, ao tempo em que se figura como garantia individual, frente ao poder soberano do Estado representado pelo poder jurisdicional<sup>384</sup>.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder nasce e se exerce em conformidade com a Constituição e em observância aos seus sistemas de procedimentos e controles a vincular o legislador e a jurisdição, através de normas previamente estabelecidas como base democrática<sup>385</sup>, cujos fundamentos devem ser explicitados nas decisões judiciais para que o próprio Direito não seja limitado a mero ato de força em retrocesso histórico.

Desta forma, a decisão deve estar amparada em consistentes fundamentos argumentativos, vinculados à concretização das aspirações humanas que pretende tutelar, para que não se constitua como “*fonte perene de decepções*”<sup>386</sup>, pois, afigura-se seu controle como requisito de credibilidade e legitimidade em uma democracia constitucional, em que as decisões devem ser capazes de obter consenso, através da efetivação dos direitos tutelados, gerando um clima social de credibilidade e legitimidade, pelo que “*(...) não se pode pensar o processo, na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística (...)*”<sup>387</sup>. Assim, ao perscrutar a legitimidade da decisão se verifica igualmente a do Estado, conduzindo à análise de sua capacidade em organizar e promover democraticamente a vida em sociedade, atingindo desta forma, não apenas o caso concreto, mas cada um dos membros da coletividade ao promover o equilibrado exercício da dinâmica do poder, influenciando favoravelmente a vida individual da parte e do grupo.

Trata-se, de uma questão democrática, de respeito ao princípio constitucional, à supremacia e eficácia das normas constitucionais, à cidadania que constitui valor no mesmo patamar da própria soberania<sup>388</sup>, o que ultrapassa e transcende em muito a necessidade humana

---

<sup>384</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 451-454.

<sup>385</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os 10 anos da Constituição Federal: o poder judiciário e a construção da democracia no Brasil. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A Constituição democrática brasileira e o poder judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. p. 3-19.

<sup>386</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 271.

<sup>387</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

<sup>388</sup> LONGO, Gabriel Sousa. Aspectos da proteção dos direitos autorais no campo da reprografia – uma interpretação do artigo 46, II, da lei de direitos autorais. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coo.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e decisões paradigmáticas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 2, p. 353.

de justificação. Ademais, encontra-se a discussão quanto o limite da fundamentação de uma sentença, que se apresenta como adequada ou não, e por fim, a fundamentação que tem centro na sumula vinculantes<sup>389</sup>.

Em decorrência do modelo normativo, há a ampliação dos poderes do magistrado, que vincula cláusulas gerais, conceitos não determinados, senão diante do caso concreto, e eficácia normativa dos princípios, e, portanto, ao caráter de indeterminação do direito, aberto e móvel<sup>390</sup>, atribuiu especial importância à fundamentação das decisões judiciais, que interessa não apenas às partes, mas a toda sociedade. Assim, a fundamentação se apresenta, não somente para as partes, e sim como uma garantia para todos que compõe a sociedade, “(...) *uma garantia para o Estado, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública em geral*”<sup>391</sup>.

A ideia de fundamentação das decisões ultrapassa o conceito formal, exigindo a exposição da norma em que se funda em sintonia com os fatos que geraram sua aplicação, expressando-se de forma a ser compreendida pelas partes e pela sociedade, o que inclui a necessidade de linguagem clara e acessível, de forma a obter a adesão e convencimento de seus argumentos e assim limitar o poder do Estado<sup>392</sup>.

A obra de Rousseau representa, apesar de todos os senões que se lhe opõem, um dos marcos mais importantes para delimitação ética e técnica do poder político na modernidade: a retomada e a vulgarização do *ideal democrático*. A influência de seu pensamento concorreu decisivamente para a Revolução Francesa e, de modo particular, para o movimento que culminou com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>393</sup>

Hannah Arendt<sup>394</sup> enquadrou a atividade institucional e humana e, portanto, o poder de julgar, em uma trilogia: - O pensar, o querer e o julgar. O Direito, pensado, reclama por objetivação, que se expressa através da linguagem, articulada em textos científicos e doutrinários (proposições descritivas), e, através de proposições prescritivas de caráter geral (normas jurídicas) e particular (sentenças, atos administrativos, atos negociais), fruto de uma

<sup>389</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>390</sup> TURA, Marcos Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, v.41 n.53 jul./dez. 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/990>>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

<sup>391</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 250.

<sup>392</sup> MIRANDA, Felipe Arady. *A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

<sup>393</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira, legitimidade e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20 e 216.

<sup>394</sup> ARENDT, Hanna. *A vida do espírito*. Tradução de César Augusto de Almeida, Antônio Abranches, Helena Martins. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

decisão jurídica. Nesse contexto, o pensar organiza o conhecimento em termos de compreensão em torno da facticidade e da historicidade do intérprete, que com tais fundamentos obtidos, busca como querer o correto ou ao menos o mais adequado<sup>395</sup>. O pensar atribui significado ao conhecimento e se desenvolve através de métodos direcionados por determinados referenciais teóricos, que se pode denominar de paradigmas científicos, apresentando-se, no entanto, como atividade humana em seu tempo e ambiente geográfico, ainda que vinculada ao peso e à ideologia da instituição representada pelo pensador. Ao longo dos séculos a atividade do pensar buscou desvendar o que são as coisas, estabelecendo “(...) *como se dá nome às coisas? Porque algo é?*”<sup>396</sup>, porém, cada época buscou sua metodologia ou um paradigma que a caracteriza.

Um primeiro referencial metodológico do pensamento que caracterizou a filosofia clássica e medieval<sup>397</sup>, superado com a modernidade pela filosofia da consciência, constituiu-se em torno da metafísica (cuja pergunta essencial seria o que é?), com reconhecimento de uma essência para as coisas (paradigma metafísico). Na metafísica clássica havia um entendimento de que os objetos (entes) teriam uma essência que precederia ao sujeito, em um contexto em que a linguagem seria utilizada como mero veículo para descrever o mundo. No paradigma da metafísica clássica, portanto, os sentidos eram encontrados nas coisas.

Assim, na filosofia da consciência a verdade seria fruto da razão, o sujeito precederia o objeto e a realidade seria revelada pela razão humana, em que o sentido se encontra precisamente na consciência de si do pensante, limitando-se também aqui, a função da linguagem como instrumental proposta sob a racionalidade iluminista<sup>398</sup>, difundida a partir do

---

<sup>395</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1 n.1 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

<sup>396</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.11.

<sup>397</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

<sup>398</sup> “(...) *embora de fato as ideias iluministas ganhassem uma voz corrente internacional mais ampla em suas formulações francesas (até mesmo quando fossem simplesmente versões galicistas de formulações britânicas). Um individualismo secular, racionalista e progressistas dominava o pensamento ‘esclarecido’. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das Igrejas (distintas da religião ‘racional’ ou ‘natural’), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans. No devido tempo tornaram os slogans da Revolução Francesa. O reinado da liberdade individual não poderia deixar de ter as consequências mais benéficas. Os mais extraordinários resultados podiam ser esperados – podiam de fato já ser observados como provenientes – de um exercício irrestrito do talento individual em um mundo de razão. A apaixonada crença no progresso que professava o típico pensador do Iluminismo refletia os aumentos visíveis no conhecimento e na técnica, na riqueza, no bem-estar e na civilização que podia ver em toda a sua volta e que, com certa justiça, atribuía ao avanço crescente de suas ideias. No começo do século, as bruxas ainda eram queimadas; no final, os governos do Iluminismo, como o austríaco, já tinham abolido não só a tortura judicial mas também a escravidão.*” HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 48-49.

século XVIII, implicando que o sujeito impõe sentidos aos fatos que ele percebe e faz isso por meio de sua subjetividade assujeitadora<sup>399</sup>.

Também no campo da filosofia jurídica todos, embora com características diferentes, estão de acordo em pôr como fundamento do direito a natureza e se fala de direito natural ou lei natural, onde "natureza" significa, antes de tudo, aquilo que não é sobrenatural e, mais especificamente, a essência do homem, isto é, a razão. Desta forma o Iluminismo se prende à escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis, que, no momento, constituem o critério de juízo da legislação vigente, mas que num Estado iluminado se tornam, ao mesmo tempo, causa eficiente e final da própria legislação.<sup>400</sup>

Não se pode olvidar que a transformação metodológica se insere no conceito de modernidade em que a burguesia, vitoriosa na Revolução Francesa, buscou a segurança de um direito positivado, desenvolvendo a partir daí, com sua gênese nas proposições de Hobbes (em defesa da concentração do poder através da norma positivada<sup>401</sup>), a ideia do positivismo, ainda que sem esta denominação, pela qual uma autoridade seria competente para elaborar as regras que limitam a comunidade, assegurando a paz<sup>402</sup> e reservando um certo poder discricionário à jurisdição. O positivismo, com Hans Kelsen, já no século XX, se utiliza do entendimento de *dever-ser* e *ser* para construir seu pensamento. O *dever-ser* engloba o mundo jurídico, isto é, discorre como os fatos devem ser apreciados, segundo a fundamentação de uma lei que, por sua vez, seria subordinada a uma norma hierarquicamente superior; enquanto que o *ser* se refere a como as coisas ocorrem de fato no cotidiano.

(...) a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma

<sup>399</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karan. O cartesianismo processual em terra brasílica: A filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ*, Santa Catarina, v.18 n.1 jan./abr. p. 5-22. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.

<sup>400</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de política geral*. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 1. p. 606-607.

<sup>401</sup> HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

<sup>402</sup> "Para Hobbes, o pacto social, sendo artificial e precário, não é suficiente para assegurar a paz, pois sempre existiriam pessoas que, acreditando saber mais do que as outras, poderiam desencadear guerras civis, a fim de conquistar o poder só para elas. Tal consequência somente poderia ser evitada se cada homem submetesse sua própria vontade à vontade de um único homem ou a uma assembléia determinada. O escolhido para exercer o poder deveria ser totalmente seguido pelos componentes do corpo social no que se refere aos problemas da paz geral. Um tal poder só seria capaz de corresponder à sua finalidade se exercido despoticamente." FLORIDO, Janice (coo.). *Thomas Hobbes de Malmesbury*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 14-15.

ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos que remeter a outro propósito.<sup>403</sup>

Nas hipóteses que admitam solução pela simples subsunção, utiliza-se a letra da lei, ou seja, observa-se o *ser* e examina-se o *dever-ser* para se encontrar a resposta adequada para o caso concreto. Entretanto, quando não é possível, no caso concreto a aplicação da subsunção, busca-se as possíveis decisões no direito<sup>404</sup>, com elevado grau de discricionariedade.

Assim, o positivismo carregava consigo um alto nível de discricionariedade, isto pois, “(...) o intérprete sempre tem uma margem de escolha na determinação do sentido de uma norma jurídico, no contexto do ordenamento jurídico como um todo (...)”<sup>405</sup>. Precisamente na filosofia da consciência reside o decisionismo, atribuindo ao julgador a capacidade de buscar no entendimento pessoal o fundamento último para aplicação do Direito, gerando um *déficit* democrático, promovendo-se não a instituição do novo, mas a continuidade metodológica ao encontrado nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, instituídos sob o positivismo, tornando “(...) a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência (...)”<sup>406</sup>.

Observa-se que por séculos a interpretação do Direito se manteve vinculada às concepções metafísicas propostas com variações que abrangem a filosofia de Aristóteles a Kant. Através da subjetividade da filosofia da consciência se buscou atribuir à interpretação um caráter científico racionalista de forma a fixar um sentido único e apriorístico ao texto normativo, de forma que a hermenêutica teria a função apenas de reproduzir e retransmitir a intenção da norma, pelo que foram instituídos os métodos interpretativos tradicionais<sup>407</sup>

<sup>403</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2012, p. 217.

<sup>404</sup> “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (...).” Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2012, p. 390-391.

<sup>405</sup> Simioni, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 191.

<sup>406</sup> Streck, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Santa Catarina, v.15 n.1 p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

<sup>407</sup> Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.



buscando a imaginária neutralidade do interprete<sup>408</sup>, quando na verdade não há saber neutro, estando não apenas a questão da interpretação da norma, como também a disputa pela hegemonia em dizer o Direito no contexto do confronto pelo poder.

Todo conhecimento, seja ele científico ou ideológico, só pode existir a partir de condições políticas (...). Não há saber neutro. Todo saber é político (...). Todo saber tem sua gênese em relações de poder. (...) não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, como também, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder.<sup>409</sup>

O rompimento da lógica exposta na filosofia da consciência se desenvolveu a partir da viragem hermenêutico-ontológica, gerada por obras especialmente de Heidegger e Gadamer a partir do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, em que interpretar é explicitar o que se compreendeu, saltando-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.

Na conjuntura da filosofia da linguagem, que superou metodologicamente a filosofia da consciência, apresentam-se as reflexões hermenêuticas que se desenvolvem em perspectivas teóricas e prescritivas<sup>410</sup>, descrevendo como a interpretação e compreensão são construídas em torno da facticidade e da historicidade do intérprete<sup>411</sup>, que condiciona o sentido. Desta forma, utilizar o entendimento de que decide-se por meio da consciência é focar no individualismo em que a subjetividade constrói a sentença, sem se preocupar com a linguagem apresentada nas leis<sup>412</sup>.

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica.<sup>413</sup>

<sup>408</sup> JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2 n.3 p. 1-22, 2007. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 de dez. 2018.

<sup>409</sup> MACHADO, Roberto. Introdução. In FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24. ed. São Paulo: Graal, 2007.

<sup>410</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263.

<sup>411</sup> Ibidem, p. 277.

<sup>412</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>413</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência*. Florianópolis, n.54 p. 29-46, jul., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

Desenvolve-se a partir dos anos 1930/1940, ampliando-se a partir dos anos 1950, a filosofia da linguagem com o denominado giro linguístico ou virada linguística<sup>414</sup>. A transição do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem decorre do reconhecimento de que o primeiro fato humano em sua relação com o mundo se constitui através da linguagem, pela qual, se estrutura a relação do ser humano com a realidade e não da intencionalidade subjetiva que caracteriza a filosofia da consciência, caracterizando uma relação sujeito-objeto, em que são desconsideradas as condições históricas e a facticidade que se envolvem na construção de um conhecimento.

A revisão metodológica se insere no movimento de incorporação da função transformadora ao Direito, que se incumbe a promover a democracia, a partir das Constituições, visando ao resgate das promessas não cumpridas pela modernidade, sobretudo, em países como o Brasil, de modernidade tardia<sup>415</sup>, em que a elite econômica<sup>416</sup> impede transformações sociais.

O protagonismo judicial se desenvolveu no país no contexto histórico instituído após a Constituição de 1988, na conjuntura política e social, que pouco diverge da colônia ou do Império, fundada em estamentos<sup>417</sup> em que uma elite econômica ocupa as posições estratégicas do Estado, de forma a articular as condições de domínio<sup>418</sup> através de políticas ideológicas de exclusão consolidadas ao longo de toda história do país<sup>419</sup>, pelo quê, deslegitima-se o poder exercido apenas com fundamento em sua própria autoridade, constituindo-se como instrumento de dominação, exclusão e insegurança. Nisso difere essencialmente o ativismo judicial brasileiro de seu paradigma alemão (pós-guerra), voltado essencialmente a dar legitimidade à Constituição e eficácia aos direitos fundamentais.

Willis Santiago Guerra Filho ressalta que, “(...) *o princípio construtivo e fundamental que procuramos se encontra, portanto, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia (...)*”<sup>420</sup>, absorvido pela República Federativa do Brasil. República

<sup>414</sup> Vide nota 311.

<sup>415</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v.1 n.1 p.65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

<sup>416</sup> SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

<sup>417</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012.

<sup>418</sup> SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

<sup>419</sup> VÉRAS, Maura Pardini Bicudo. Exclusão Social - um problema brasileiro de 500 anos (notas preliminares). In SAWAIA, Bader (org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 27-50.

<sup>420</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 194.

pressupõe igualdade formal e material das pessoas, em que o “(...) *Estado longe de ser o senhor dos cidadãos, é o protetor supremo de seus interesses materiais e morais*(...)”<sup>421</sup>, pelo que não se pode subestimar o valor atribuído ao dever de fundamentar as decisões judiciais com sua inclusão no texto constitucional.

A posição do Estado-Juiz na relação com os jurisdicionados deve ser caracterizada pela crença de que representa a justiça, pois “(...) *o elemento crença é, destarte, o fundamento do poder. Pode-se até dizer que o poder é um fenômeno da crença* (...)”<sup>422</sup>, o que não ocorre diante de decisões obtidas apenas por sensações do julgador. Apresenta-se, desta forma, como óbice ao decisionismo a necessária legitimidade das decisões em um Estado Democrático de Direito. “*Sobre o segundo tipo de legitimidade, paira a ameaça simétrica de que se tenta levar a cabo venham a ser escolhidos de maneira contestável ou até mesmo arbitrária. E caso venham a ser contestáveis, reinará, adicionalmente, o risco de instabilidade*”<sup>423</sup>.

Têm-se, pois, as tensões de enfrentamento com o decisionismo e o solipsismo judicial: a inconsistência teórica do método, que mais representa um sincretismo metodológico, onde posições teóricas divergentes são apresentadas como se fossem idênticas e compatíveis, confundindo a filosofia metafísica, já superada, a filosofia da consciência, igualmente ultrapassada e a filosofia da linguagem, demonstrando a atecnia das proposições; a indevida aplicação da proporcionalidade a partir de valores do magistrado; a incompatibilidade das decisões fundadas na filosofia da consciência com o Estado Democrático de Direito, onde somente a fundamentação constitucional, apresenta-se capaz de legitimar e atribuir credibilidade às decisões.

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto -, discutir as condições de possibilidades da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*. Consequentemente, deveria ser despciendo acentuar *que a crítica à discricionariiedade judicial não é uma “proibição de interpretar”*.<sup>424</sup>

Foi exigido no Estado Democrático de Direito o instituto da decisão, conteúdos discursivos voltados à hermenêutica filosófica, capazes de atribuir-lhe validade e legitimidade em um espaço processual constitucionalizado, em contraposição à presunção de que tais atributos decorram de uma capacidade onipotente do julgador, capaz de encontrar uma regra

<sup>421</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

<sup>422</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

<sup>423</sup> MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 9.

<sup>424</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 104.

ética, para além da norma, e, por sua sensibilidade aplicá-la ao caso concreto, como proposto por Carnelutti<sup>425</sup> e seguido pelos instrumentalistas.

A questão quanto a discricionariedade, em que se reconhece o uso do poder discricionário diante da possibilidade de escolher várias alternativas, como exercido pelo positivismo normativista, superou o exegético, para atribuir ao julgador poder discricionário através de decisionismo<sup>426</sup>. Dworkin<sup>427</sup> trata da discricionariedade em um sentido fraco e em um sentido forte. Em um sentido forte a discricionariedade implica incontrolabilidade quanto a um padrão normativo previamente estabelecido, que segundo ele se constitui em princípios e regras. Aplicam-se as regras por um critério de “tudo ou nada”, pelo que, diante do caso concreto ou a norma é aplicável diretamente ou excluída da decisão, por um critério de subsunção, pelo que em caso de conflito entre regras uma delas seria excluída. Já os princípios jurídicos, ao contrário das regras, enunciam uma razão que conduz o argumento a determinada solução vinculada a uma exigência de justiça e de equidade.

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 à maneira do 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 nada contribui para a decisão.<sup>428</sup>

O processo civil contemporâneo se volta à eficácia do Direito a exigir o dever de fundamentação, sobretudo, quanto ao método a que se vincula que deve ser compatível com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais positivados na Constituição.

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “*sentença como sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre

<sup>425</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p.110-112.

<sup>426</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>427</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50 e seguintes.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 39.

regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura se sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo interprete.<sup>429</sup>

Assume, pois, o Direito um caráter hermenêutico, por consequência do papel que lhe atribuiu o constitucionalismo do pós-guerra, ao qual o Brasil se insere, na verdade, com a Constituição de 1988, com objetivo transformador da sociedade através da efetivação das normas constitucionais em um sistema democrático, tornando-o o *leitmotiv* da hodierna teoria do Direito, que para sua eficácia, na conjuntura da democracia, necessita superar o decisionismo herdado do positivismo<sup>430</sup> e envolto nas disputas de poder pela ordem do discurso e na resistência à aplicação da filosofia da linguagem, fundando suas certezas na própria estima pelo poder e, nas certezas científicas, tomadas como evidentes, tal qual o foram todas aquelas historicamente superadas.

Os cientistas estão decididos a testar essas teorias até o ponto de ruptura. Eles não confiam no que é intuitivamente evidente. Que a Terra é chata, era outrora evidente. Que as sanguessugas curam a maioria das doenças, era outrora evidente. Que algumas pessoas são naturalmente e por decreto divino escravas, era outrora evidente. Que existe um centro do Universo e que a Terra está situada nesse local nobre, era outrora evidente.<sup>431</sup>

Houveram modificações ocorridas ao longo dos séculos no Direito, que refletem imediatamente as transformações no modo de produção com as ideologias daí decorrentes a direcionar seu sentido e função social e histórica. O racionalismo, que marcou o Direito, aplicando-lhe como método a filosofia da consciência se estruturou em torno do paradigma econômico do capitalismo, quando sua função era a garantia de estabilidade e a manutenção do *status* social, com o que não coaduna sua realidade histórica, democrática e pluralista, que busca o resgate dos direitos sonogados, por via da exclusão, e o cumprimento, ainda que tardio, das promessas da modernidade.

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contra-dizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.<sup>432</sup>

<sup>429</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 39.

<sup>430</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n.52 p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/67/63>>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

<sup>431</sup> SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 50.

<sup>432</sup> LIRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 56.

Como valor constitucionalmente assegurado, a democracia exige metodologia capaz de superar o paradigma sujeito-objeto, objetivo que se coaduna com o giro ontológico, que ultrapassa, no caso concreto, o ato fundamental para alcançar sua compreensão, colocando em xeque o decisionismo ao exigir da jurisdição a aplicação de uma hermenêutica capaz de buscar na Constituição as respostas ao caso concreto e impor à atividade jurisdicional o dever de coerência e integridade nas decisões.

A efetivação da democracia se desenvolve através da motivação das decisões judiciais destinadas, como se viu, não apenas às partes, mas a toda sociedade, pelo que a jurisdição deve buscar o convencimento da sociedade quanto à legitimidade de sua decisão, que na vida democrática não se resume ao ato de poder de que fala Carl Schmitt<sup>433</sup>, jurista alemão, filiado ao Partido Nazista, que atribui o fundamento do direito a uma decisão política do soberano, inteiramente arbitrária, “(...) *assente exclusivamente no próprio poder e destituído de qualquer relação originária com o direito e as normas (...)*”<sup>434</sup>, em Estado de exceção.

Constitui-se o exemplo do Judiciário alemão, cooptado pelo regime nazista, o alerta da necessidade do respeito às instituições democráticas, o que somente será possível com a revisão metodológica do Direito, coibindo o decisionismo como prática judicial teratológica que é. Relembrando que mesmo sob a égide da Constituição de Weimar o Judiciário alemão optou pelo decisionismo e não pelo conteúdo normativo do Estado constitucional.

E livres dos judeus e dos democratas, o Judiciário mergulhou, de uma vez, nos ideais nazistas. As leis elaboradas sob a validade da Constituição de Weimar eram “nazificadas”, uma vez que os juizes – identificados com a ideologia totalitária e desapegados da normatividade, pois a Constituição de Weimar lhe era um obstáculo – primeiro decidiram perseguir implacavelmente os judeus, ciganos e comunistas, protegendo os nacionais-socialistas e depois encontravam os fundamentos. (...) Depois vieram as leis raciais nazistas, mas todas com o beneplácito do Judiciário que decidia conforme a consciência dos seus julgadores.<sup>435</sup>

Põe-se em xeque o decisionismo que não se adequa às instituições democráticas, por se fundar no próprio poder e por não se coadunar com as necessidades e possibilidades históricas advindas da Constituição de 1988 a exigir o enfrentamento das políticas e perspectivas neoliberais, ainda que se ofereçam, neste momento, como um discurso eivado de

<sup>433</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>434</sup> SÁ, Alexandre Franco de. Decisionismo e ficção no pensamento de Carl Schmitt. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: n.105 p. 21-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2012v105p21/181>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

<sup>435</sup> STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de Poder Versus Normatividade: O Que O Nazismo Nos Ensina? *Revista prim@ facie*. Paraíba, v.13 n.24 p. 1-33, 2014. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/27102/14471>>. Acesso em: 16 de jan. 2018.

certezas e obviedades estrategicamente formuladas, em um processo de violência decorrente do poder simbólico<sup>436</sup>, cujo paradigma parece resistir a qualquer enfrentamento.

Realiza-se, através da linguagem, a operação de xeque ao decisionismo, tal qual ocorre na sociedade, nas relações privadas, na filosofia, no Direito como ciência e na decisão judicial. Na linguagem se encontra e se constrói o sentido, em torno da qual se desenvolvem também as pré-compreensões e as inquirições metodológicas contemporâneas a par das teorias da argumentação, que não se desvencilharam do esquema sujeito-objeto, decorrentes da crise e superação paradigmática do positivismo jurídico e da filosofia da consciência.

O decisionismo apresenta historicamente caráter autoritário sem que ofereça uma solução democrática à sua própria crise de racionalidade. Sustenta-se em um poder especial e transcendental pelo qual a jurisdição escolhe intuitivamente, ou não se obriga a outra forma de escolha, a solução do conflito.

A ideia de decidir à revelia do contexto normativo e da historicidade do sujeito constitui-se instrumento de opressão e instabilidade, no momento histórico e constitucional em que o Direito se torna crucial na política e nas relações sociais. Na conjuntura do decisionismo se põe em tensão a ciência, o legislador e a jurisdição pela primazia do discurso jurídico, tomando por tabuleiro dessa batalha a hermenêutica e a teoria da Constituição, em torno da qual se organizaram o neoconstitucionalismo e as teorias da argumentação em um novo contexto civilizacional. Sobre o tema se tem em Hespanha, ainda que não especificamente sobre a filosofia da linguagem, mas em contexto adequado ao que se expõe:

A teoria da interpretação é, no seu núcleo duro, velha de duzentos anos. Entretanto, muitas coisas mudaram, quer na teoria da linguagem e do texto, de onde a teoria da interpretação evidentemente arranca; quer na teoria do direito; e, além disso, no próprio contexto civilizacional que cerca tanto o direito como a comunicação.<sup>437</sup>

Como instrumento de justiça envolta nas profundas transformações no próprio paradigma do capitalismo que leva a um novo patamar conceitos caros ao Estado Moderno como o da soberania, há o enfretamento ao decisionismo.

O debate já não se limita ao dever ou não de fundamentar a decisão judicial, cuja obrigatoriedade é amplamente reconhecida, como se observou. O xeque-mate precisa ir além e debater a qualidade dos fundamentos apresentados quanto ao exercício de sua elaboração como texto, não apenas no que se refere aos aspectos formais ou à fundamentação argumentativa,

---

<sup>436</sup> BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

<sup>437</sup> HESAPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a interpretação*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/4.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

mas, sobretudo, quanto ao processo interpretativo, capaz de extrair a racionalidade da decisão e de resgatá-la da subjetividade do julgador, em ato antidemocrático, capaz de inviabilizar o cumprimento, ainda que tardio, das promessas sonegadas pela modernidade no país, dos compromissos democráticos e sociais assumidos pela Constituição de 1988, entendida como marco histórico instituído precisamente para afastar o arbítrio e limitar o poder do Estado.



### 3. O INÍCIO DA PRÁTICA SEM A EXPERIÊNCIA: A CONSTRUÇÃO DA *CHAIN NOVEL*

No dia 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil, Lei número 13.105, entrou em vigor, o primeiro Código de Processo Civil constituído em regime democrático, vinculado em consonância aos princípios da Constituição de 1988<sup>438</sup>.

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil **constitucionalizou-se**. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.<sup>439</sup>

O vigente Código de Processo Civil positivou dinâmicas inovadoras para o Poder Judiciário, em consonância com direitos constitucionais, como o da celeridade<sup>440</sup>, propondo soluções, entre outras<sup>441</sup>, como as representadas pela mediação e conciliação<sup>442</sup>.

<sup>438</sup> “O processo civil deve ser estudado, ordenado, aplicado, disciplinado e interpretado a partir das normas contidas na Constituição Federal. O dispositivo encerra uma obviedade. Não somente as normas processuais, mas qualquer outra há de ser construída e interpretada de acordo com a Constituição da República. São várias as normas da Constituição Federal que contemplam preceitos de ordem processual. As normas fundamentais constitucionais aplicam-se ao processo. O art. 1º do CPC refere-se a ‘normas’ estabelecidas na Constituição. A expressão é adequada, abrangendo tanto regras como princípios constitucionais. Norma é gênero do qual são espécies as regras e os princípios. A Constituição contém tanto regras como princípios.” CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil: De acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

<sup>439</sup> SENADO. *Código de processo civil e normas correlatas*. 11. ed. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 26. <sup>440</sup> A celeridade apresenta-se como ponto significativo para o magistrado, isto pois, quando se investiga as exposições de motivos dos códigos de processo civil anteriores, encontra-se neles o anseio de um processo rápido.

<sup>440</sup> A celeridade apresenta-se como ponto significativo para o magistrado, isto pois, quando se investiga as exposições de motivos dos códigos de processo civil anteriores, encontra-se neles o anseio de um processo rápido.

<sup>441</sup> “(...) (a) a concepção dinâmica do contraditório e proibição de decisão surpresa (art. 10); (b) o julgamento dos processos deverá seguir o critério cronológico (art. 12); (c) a previsão de honorários sucumbenciais para advocacia pública (art. 85, § 19); (d) garantia da duração razoável do processo por meio de multa a recursos manifestamente protelatórios (art. 80); (e) a contagem dos prazos apenas nos dias úteis (art. 219); (f) a institucionalização das férias forenses (art. 220); (g) a obrigatoriedade das audiências de conciliação e mediação (art. 334); (h) a unificação das tutelas de urgência, abarcando as tutelas de natureza cautelares e antecipatórias (art. 300); (i) a uniformização da jurisprudência por meio de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976); (j) a extinção do agravo retido e restrição do agravo de instrumento (art. 1.015).” TRINDADE, André Karam. O Controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro. In STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 16 – 17.

<sup>442</sup> “O novo Código passa a disciplinar de forma abrangente a conciliação e mediação judiciais, com a previsão de criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.” ALMEIDA, R. S. C. *Anotações sobre o novo Código de Processo Civil: principais novidades*. Brasília: Núcleo de Estudos, 2016, p. 7.

Ainda houve a promoção no novo Código de Processo Civil da remoção de espécies recursais<sup>443</sup>, além de estabelecer dispositivos para especificação e efetivação do princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988<sup>444</sup>, indispensável ao modelo de Estado Democrático de Direito, que não admite a presença de juiz solipsista, que pretende construir as decisões utilizando como fundamento o próprio subjetivismo<sup>445</sup> e em seu sentimento<sup>446</sup>, sujeitando-se à *accountability* pela fundamentação.

Construiu-se, assim, um imaginário no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”.<sup>447</sup>

A nova postura da jurisdição se desenvolve e se relaciona com história da instituição a que se assujeita constrói em um ambiente histórico em que se encadeia com a longa construção legislativa e jurisprudencial formada pelo Código de Processo Civil de 1973 e pelos precedentes jurisprudenciais firmados ao longo de sua vigência, em especial após a Constituição de 1988<sup>448</sup>.

<sup>443</sup> “O CPC/2015 não contempla mais a possibilidade de interposição de agravo oral retido contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, o qual, no CPC anterior, deveria ser interposto imediatamente, constando do respectivo termo a exposição sucinta das razões do agravante.” Ibidem, p. 15.

<sup>444</sup> “Tal como as decisões judiciais devem ser fundamentadas, todas as decisões administrativas devem ser motivadas. A exigência de motivação nas decisões administrativas não afasta a necessidade de fundamentação, uma vez que aquela é um plus – pela característica do ato administrativo – em relação a esta.” CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coo.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1324.

<sup>445</sup> “É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

<sup>446</sup> “(...) em tempos de giro linguístico e Estado Democrático de Direito, não tem mais sentido dizer que ‘sentença vem de sentire’ ... !” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 128.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>448</sup> “(...) sugeri ao Deputado-relator a inclusão da exigência de coerência e integridade ao novo Código. Ele assim o fez. E assim foi aprovado. Trata-se, pois, do primeiro código processual do mundo que exige explicitamente, ao mesmo tempo, que a jurisprudência dos tribunais seja estável, coerente e íntegra. Isso servirá para dar uma maior previsibilidade aos julgamentos. Interpretado e aplicado ao lado do art. 371, que expungiu o livre convencimento do Código, poderemos ter uma blindagem contra a malsina jurisprudência lotérica. Do mesmo modo, aumentar-se-á a responsabilidade política dos juízes. De fato, o conjunto representado pelos arts. 10, 371, 489 e 926 poderá trazer uma dose de *accountability* até hoje nunca vista em nosso ordenamento. E isso é bom para a democracia.” STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 11 – 12.

Observa-se, pois, a conexão existente entre os dois códigos, isto é, no Código de Processo Civil de 1973, em sua origem preso ao paradigma do positivismo, superado com a Constituição de 1988 e a consequente atualização jurisprudencial em um primeiro momento e finalmente pela série de reformas que o transformaram; e, no novo Código de Processo Civil, instituído em regime democrático com grande participação da sociedade, tendo por centro a aplicação dos princípios e garantias fundamentais, de forma que se observa em seu conjunto integridade e coerência<sup>449</sup>. A integridade e coerência entre os dois diplomas processuais se processa através da busca do rompimento com o positivismo jurídico através de instrumentos capazes de promover a mitigação do decisionismo, instituindo entre eles uma novela em cadeia.

O presente capítulo pretende investigar como se relacionam a norma revogada e o novo Código de Processo Civil a partir das pesquisas de Dworkin, quanto a *Chain Novel*<sup>450</sup>, e, com o mesmo fundamento, visa perscrutar como se forma a decisão e o conjunto de precedentes na nova ordem processual. Dworkin trata da construção das decisões e das legislações por meio da metáfora da novela em cadeia, cujas etapas de formação e interpretação constituem-se modelos para superar decisões discricionárias, buscando através da integridade e coerência do Direito o reconhecimento de uma única resposta certa às questões submetidas à jurisdição em um processo civil democrático e constitucional, através da integridade e coerência à luz da *Chain Novel*, no sentido da construção da decisão adequada ao contemporâneo direito constitucional brasileiro.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e interprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao

---

<sup>449</sup> “(...) a matriz dworkiniana constrói a ideia de que o Direito é um conceito interpretativo (e essa é uma questão de paradigma filosófico que parece que seus adversários não compreenderam) e que a integridade são pontos importantes que visam, no fundo, identificar – não através de recursos meramente empíricos, por certo – como se dá essa responsabilidade política dos juízes. Em minhas obras, essas descobertas de Dworkin fornecem um aporte significativo às minhas propostas. E nesse sentido trabalhei para incluir durante a tramitação do projeto do CPC da coerência e da integridade (...).” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme minha Consciência?*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 100.

<sup>450</sup> Teoria de Ronald Dworkin, de acordo com o conceito da *Chain Novel*, os juízes devem produzir suas sentenças observando aquelas que já foram criadas, tal como se fosse um livro, onde cada autor deve ler o capítulo anterior, interpreta-lo e continuar escrevendo. A metáfora da *Chain Novel* é apresentada no livro *O Império do Direito*, de Dworkin.

criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.<sup>451</sup>

A solução ao decisionismo, indispensável ao Estado Constitucional Democrático de Direito, como se observou no capítulo precedente, necessita do reconhecimento da existência de uma única resposta certa para as questões oferecidas a apreciação jurídica, como exposto por Lenio Streck, ao desenvolver as ideias de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin<sup>452</sup>.

Como ponto de partida deste estudo se apresenta necessário invocar a circunstância histórica da distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio que constitui ponto central da hodierna teoria constitucional, pela qual a Constituição passou a ser compreendida como um “(...) sistema aberto de regras e princípios permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central (...)”<sup>453</sup>, situando-se o Direito “(...) entre a política e a moral (...)”<sup>454</sup>.

Tratando-se de um sistema aberto e ultrapassada a metodologia positivista, ocorre a proliferação de interpretações quanto a esse texto, possibilitando a prática do decisionismo. Para construir uma solução Dworkin se utiliza de uma metáfora em analogia e em referência às conexões existentes entre direito e literatura<sup>455</sup>, reconhecendo-o, como no adágio Romano, proposto pelo jurisconsulto Celso e transcrito nas primeiras linhas do Digesto do imperador Justiniano (483-565 d.C.), como arte<sup>456</sup> (*jus est ars boni et aequi*). A metáfora do romance em cadeia se desenrola em torno do esforço de interpretação que envolve a literatura, tal qual ocorre quanto ao texto normativo e quanto à percepção do processo que desemboca na decisão, onde se busca não a transformação do texto ou dos fatos nele imbricados, mas tão somente seu entendimento e sua valoração. Tal qual os críticos diante de uma obra literária, os juízes ao

<sup>451</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275.

<sup>452</sup> STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de Poder Versus Normatividade: O Que O Nazismo Nos Ensina? *Revista prim@ facie*. Paraíba, v.13 n.24 p. 1-33, 2014. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/27102/14471>>. Acesso em: 16 de jan. 2018.

<sup>453</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro. n.232 abr./jun. p. 141-176, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

<sup>454</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 110.

<sup>455</sup> FREITAS, Raquel Barradas de. Direito linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações, breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito. In *Faculdade de Direito de Nova Lisboa, working papers*. Lisboa, n.2 p. 1-27, 2002. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/235.pdf>>. Acesso em: 04 de jan. 2018.

<sup>456</sup> *Para fins didáticos, podem ser contabilizados atualmente pelo menos quatro planos de interação profunda entre arte e direito: 1) a arte como objeto do direito; 2) a arte como um direito, e, finalmente, 4) o direito como uma arte*. FRANÇA FILHO, Marcílio Toscano Franca. *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

tomarem suas decisões buscam fundamentos técnicos obtidos no ordenamento, no processo e em valores obtidos na Constituição em relação a objetivos sociais e de justiça<sup>457</sup>.

Dworkin utilizando o texto de *Charles Dickens*, “O Conto de Natal”<sup>458</sup>, explica, a *Chain Novel*, onde o primeiro escritor criou o capítulo de abertura que mostra o personagem *Scrooge* tal como um homem mau; o segundo escritor, por sua vez, deve fazer a análise do que já foi escrito para ser capaz de continuar a escrita, podendo fazer de *Scrooge* um personagem bom ou mau. Entretanto, a relação dos capítulos é exigência principal para a realização da atividade, até que sua sequência possa atribuir o sentido do capítulo final de forma coerente com os anteriores e mantendo íntegro o texto, como se escrito por um mesmo autor.

Suponha que você é um romancista na parte inferior da cadeia. Suponha que Dickens nunca escreveu *Conto de Natal*, e que o texto que lhe dão, apesar de ter sido escrito por várias pessoas, é a primeira parte desse conto. Considere estas duas interpretações do personagem principal: Scrooge é inerente e irrecuperavelmente mau, uma encarnação da maldade consumada da natureza humana livre dos disfarces da convenção que ele rejeita; ou Scrooge é inerentemente bom, mas progressivamente corrompido pelos valores falsos e pelas exigências perversas da sociedade capitalista. É evidente que sua escolha de uma ou outra dessas interpretações fará uma enorme diferença na continuação da história. Se lhe deram só o final de *Conto de Natal* para escrever - Scrooge já teve seus sonhos, arrependeu-se e mandou seu peru -, já é tarde demais para você torná-lo irrecuperavelmente mau, a menos que pense, como o faria a maior parte dos intérpretes, que o texto não suportará essa interpretação sem um enorme esforço. Não quero dizer que nenhum intérprete poderia considerar Scrooge intrinsecamente mau depois de sua suposta redenção. Alguém poderia ver essa pretensa redenção como um ato final de hipocrisia, ainda que para isso não pudesse tomar em sentido literal muitos outros aspectos do texto. Tal interpretação seria medíocre, não porque nela não fosse possível encontrar algum valor, mas porque na verdade, de acordo com todos os critérios que até aqui descrevemos, trata-se de uma interpretação ruim.<sup>459</sup>

Com tal analogia pretende o autor demonstrar que quando o juiz se depara com um *hard case*, torna-se necessário que faça uma interpretação mais aprofundada, para que se encontre a resposta correta para o caso concreto. E esta é feita por meio de uma investigação das sentenças passadas, relacionando-as com os princípios constitucionais de justiça, equidade e devido processo legal, desenvolve-se em duas dimensões: adequação (em que se apresenta para análise o texto e elementos que a ele se relacionem) e justificação<sup>460</sup> (que tem o objetivo de justificar a interpretação adequada, ajustando-a).

<sup>457</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>458</sup> DICKENS, Charles. *A Christmas Carol*. New York: J.B. Lippincott Company, 2010.

<sup>459</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 279 – 280.

<sup>460</sup> “Segundo a distinção de Dworkin entre as duas dimensões da interpretação – a adequação e a justificação –, a integridade exige que a decisão jurídica, na dimensão da adequação, não adote nenhuma interpretação extravagante. A decisão deve adotar uma interpretação que apreenda a maior parte do que já foi escrito do melhor

Assim, o romance em cadeia, pelo qual os atos, os textos e os sentidos se constroem buscando coerência, unidade e integridade<sup>461</sup>, envolve a importância da linguagem responsável pela estruturação das acepções da realidade e das relações intersubjetivas, interligando a vida, a narrativa e a política em sua historicidade.

Para Heidegger (1967), a intersubjetividade – na forma do *mitsein* (ser-com) – constitui uma estrutura ontológica essencial do *dasein* (ser-aí ou ser-no-mundo) através da qual se dá o encontro com o outro, que ocorre também através do texto escrito, considerando-se a intersubjetividade por ele produzida. As narrativas de si abrem caminho para o *mitsein* heideggeriano, assim como a dimensão intersubjetiva do *dasein* possibilita a experiência do outro.

O *dasein* possibilita o conhecimento do Ser, e o *mitsein* possibilita a convivência, o partilhamento. A idéia do devir permanente do Ser em Heidegger pode ser aproximada ao sujeito em permanente construção de Foucault (1992), voltado para si mesmo e para o outro, em cujo processo o autor mesmo se incluiu, pois sua obra é um desafio permanente de pensar diferente do que pensa. O si mesmo se constrói na relação com o outro, diferente do sujeito cartesiano, centrado, aistórico, definido da Modernidade, sustentado pela racionalidade.<sup>462</sup>

A *Chain Novel*, no processo civil brasileiro, refere-se tanto à construção de uma sequência legislativa comum a ambos os códigos<sup>463</sup> e a todo o sistema do Direito positivo, bem como, em outro aspecto, ao estabelecimento da decisão judicial, envolvendo as decisões anteriores da jurisdição sobre o tema, como no *commow law* (exigência de integridade e coerência da jurisprudência) e a fundamentação da decisão como uma sequência íntegra do desenvolvido pelos textos normativos e pelos valores aplicáveis que os fundamentam em uma sequência narrativa.

Desta forma, ao decidir, o juiz deve se apresentar a esse romance em cadeia como coautor de uma história que lhe chega, para sua conclusão através da decisão, em continuidade ao composto através do um arcabouço jurídico normativo, com o sistema de valores recepcionados como fundamentais, das decisões que constituem os precedentes

---

*modo possível. A decisão não pode abandonar o projeto do qual ela faz parte, não pode ser um novo começo, mas sim uma continuação adequada do projeto em sua melhor luz. Na dimensão da adequação a decisão jurídica deve dar continuidade coerente ao projeto jurídico.* ” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 385.

<sup>461</sup> DWORIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>462</sup> SCHOLZE, Lia. A linguagem como elemento privilegiado na construção da reflexão de si. *Revista Letras de Hoje*. Porto Alegre, v.42 n.2 p. 139-153, jun. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/download/2416/1890>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>463</sup> Sendo uma construção, é necessário que se tenha em mente que a *Chain Novel* construiu-se desde o primeiro código apresentado no Brasil colônia. Entretanto, para limitar o foco da pesquisa, será tratado apenas da relação entre os dois códigos.

jurisprudenciais (aos quais o novo Código de Processo Civil exige integridade e coerência)<sup>464</sup>, das circunstâncias fáticas, que igualmente devem ser apresentadas no processo em uma narrativa coerente e em cadeia<sup>465</sup>.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então.<sup>466</sup>

Forma-se, nesse sentido, a visão de Dworkin de direito como integridade, vinculando-se as interpretações tanto ao passado (que irradia efeitos e por isso não pode ser ignorado, mas não se apresenta como imutável) como ao futuro<sup>467</sup>, em processo contínuo de interação e desenvolvimento com vistas a instituir um estado geral de uniformidade das decisões (*stare decisis*<sup>468</sup>), fundadas em princípios a estabelecer segurança e estabilidade ao Direito. Objetiva-se com o *stare decisis*, visto como a uniformidade e estabilidade do direito, a observância pelos graus inferiores da jurisdição o que foi decidido pelos superiores em circunstâncias amoldáveis ao caso concreto, da mesma forma que, em mesmo grau, deve-se observar os precedentes que lhe são próprios, procedimento que se coaduna com o direito fundamental de segurança jurídica positivado no artigo 5º-XXXVI da Constituição<sup>469</sup>.

<sup>464</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando o Direito a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 175-176.

<sup>465</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>466</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

<sup>467</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>468</sup> “Pedra angular do sistema do Common Law, o poder vinculante dos precedentes judiciais ou *stare decisis*, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós. A aplicação da doutrina nas jurisdições anglo-americana demonstra vantagens que podem ser resumidas em três aspectos. Ela permite que o juiz se beneficie da experiência de seus predecessores; uniformiza a aplicação do direito e, sobretudo, torna esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica.” RE, D. Edward. *Stare Decisis*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v.31 n.122 p. 281-287, mai./jul. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

<sup>469</sup> Vide nota 152.

Tratado o Direito como integridade se torna possível fixar uma única resposta correta às hipóteses expostas à jurisdição, opondo-se à ideia do positivismo que admite diversas possibilidades de soluções quando se trata de casos difíceis (que não podem ser resolvidos por simples e direta subsunção) para o que admite a discricionariedade como técnica de solução, e também ao realismo jurídico vinculado também a convicções pessoais e diretrizes políticas em que o direito se dissolve em diretrizes e convicções políticas pessoais do juiz discricionário.

Dworkin desenvolveu seu raciocínio jurídico em polêmica com Hart, para quem a linguagem do Direito teria uma textura aberta que permitiria ao juiz, segundo ele, diante da ausência de norma aplicável por subsunção, utilizar do poder discricionário para escolher entre as possíveis decisões válidas.

O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.<sup>470</sup>

O autor não admite uma interpretação discricionária, e, por esse motivo, a escolha deve se constituir amparada na fundamentação, que se relaciona com os valores da sociedade, posto que, apresenta-se a interpretação ao mundo como um fenômeno social em relação com os costumes e tradições.

A interpretação das leis tem o objetivo de tornar mais equitativo, mais sábio e mais justo o governo da comunidade em questão. Essa descrição corresponde ao que os advogados e juízes fazem quando interpretam as leis; justifica de maneira geral essa prática e indica, também de maneira muito geral, quais são os padrões adequados para decidir qual é a melhor interpretação de determinada lei. Por outro lado, é demasiado abstrata para ser útil na prática. Os juristas têm de se basear em declarações mais sutis e mais complexas do valor de sua prática a fim de serem realmente capazes de decidir entre interpretações concorrentes.<sup>471</sup>

---

<sup>470</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 335.

<sup>471</sup> DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 202.



Uma vez fundado e desenvolvido com a observância dos conceitos de coerência e integridade, o ato da interpretação, que precede e carece de exposição no texto da decisão, impede a prática decisionista (historicamente inadequada à democracia e seus valores), melhor se amoldando ao Estado Constitucional de Direito, de forma a não abrir espaço para o decisionismo. Assim, “(...) a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (...) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser”<sup>472</sup>.

A aplicação de integridade e coerência<sup>473</sup>, sempre voltadas à efetividade da Constituição e de seus valores, quanto aos precedentes, vincula-se às hipóteses em que motivadamente se possam localizar semelhanças fundamentais, afastando a discricionariedade própria do positivismo<sup>474</sup>, pois, em uma democracia, quando o juiz decide conforme sua consciência viola princípios fundamentais vinculados ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que, necessariamente se dirige, por tais parâmetros, o pensamento

---

<sup>472</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 33.

<sup>473</sup> “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do Common Law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 237 – 238.

<sup>474</sup> “Os positivistas não atribuem esse sentido à sua doutrina, pois afirmam que um juiz não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível. Se atentarmos para os argumentos positivistas em favor de sua doutrina, teremos razões para suspeitar que eles empregam ‘poder discricionário’ no primeiro sentido fraco, apenas para dizer que, às vezes, os juízes devem formar seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos. Seus argumentos chamam atenção para o fato de que algumas regras de direito são vagas (o professor Hart, por exemplo, diz que todas as regras de direito têm uma ‘textura aberta’) e que ocorrem casos (...) nos quais as regras estabelecidas parecem adequadas. Eles enfatizam que, algumas vezes, os juízes devem examinar demoradamente pontos específicos do direito e que dois juízes igualmente inteligentes e bem treinados frequentemente estarão em desacordo.” DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54 – 55.

a uma única resposta correta<sup>475</sup>, mesmo nos denominados *easy case*<sup>476</sup> e naqueles considerados como *hard case*<sup>477</sup>.

Assim, quando se apresenta ao magistrado um *hard case*, deve ele, no sistema democrático, perscrutar a solução em uma interpretação das normas do Direito em sua integridade, em observância à unidade e continuidade das decisões majoritárias adotadas da comunidade política.

De acordo com Dworkin, a comunidade política, constitui-se pela reunião de um grupo de pessoas. A associação pode ocorrer por acidente, regras ou princípios. A associação por acidente ocorre quando a comunidade está reunida por uma eventualidade de fato, e, assim, as regras elaboradas só terão vigência enquanto for benéfico para esse grupo ocasional. A associação por regras ocorre pela aceitação e submissão às regras do Direito, aplicável, desta forma, à toda a sociedade. A associação também se sedimenta através de princípios e valores morais que compartilham. O magistrado fazendo parte da comunidade política mostra-se como autor e destinatário das leis promulgadas, que impõem deveres e direitos em uma cadeia histórica.

Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidade diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso. Ele irá se perguntar qual interpretação da lei (...) mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei. Seu ponto de vista sobre como a lei deve ser lida dependerá em parte daquilo que certos congressistas disseram ao debate-la.<sup>478</sup>

<sup>475</sup> *Ibidem*, p. 164 – 165.

<sup>476</sup> “*Às vezes, porém, as questões de direito são muito fáceis para os juristas, e mesmo para os leigos. É ‘obvio’ que o limite de velocidade em Connecticut é de 88 quilômetros por hora, e que os ingleses têm o dever legal de pagar pela comida que pedem em um restaurante. A não ser em circunstâncias muito incomuns, isso é realmente óbvio. Um crítico poderia, então, ver-se tentado a dizer que a complexa discricção que fizemos do raciocínio judicial sob o direito como integridade só é aplicável aos casos difíceis. Poderia acrescentar que seria absurdo aplicar o método a casos fáceis – nenhum juiz precisa considerar questões de adequação e de moral política para decidir se alguém deve pagar sua conta telefônica (...).*” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 422 – 423.

<sup>477</sup> “*(...) em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos.*” STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

<sup>478</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 377.

Em vista disso, percebe-se a necessidade de um modelo de juízes, que exerçam sua jurisdição nos *hard cases* e em todas as suas deliberações com a fundamentação adequada, para segurança e estabilidade do direito, para preservação dos valores democráticos e pelo impacto que ela produz nos indivíduos litigantes e em toda sociedade. Desta forma, a teoria da integridade e coerência<sup>479</sup>, possibilita que o magistrado ao exercer sua atividade jurisdicional, através da realização de seu esforço racional, devidamente exposto na fundamentação da decisão, identifique a aplicação mais adequada do Direito, para as partes e para a comunidade.

A decisão à luz da integridade do Direito se relaciona ao projeto político<sup>480</sup> da comunidade, de tal forma que, ainda que se desenvolva por simples subsunção (*easy cases*) e, ainda com mais razão, quando baseadas em princípios<sup>481</sup> (*hard cases*), deve ser explicitada através de sua fundamentação, como blindagem a discricionariedade<sup>482</sup>, como instrumento de *accountability* e de justiça<sup>483</sup>.

---

<sup>479</sup> “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 – 128.

<sup>480</sup> “A integridade na interpretação das leis exige que o interprete pergunte qual a interpretação da lei que melhor revela o projeto político que a inclui e que a justifica. Mas além dessa exigência geral, a integridade supõe também que o autor das leis seja personificado na forma de uma comunidade política dotada de unidade, que a interpretação das leis seja concebida como a continuidade de uma história, como a continuação da decisão política do legislativo e, por fim, que a interpretação não seja nem ativista, tampouco passivista no que tange a questões de políticas públicas. As ela será firme, adequada e justificada (...).” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p 377.

<sup>481</sup> “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>482</sup> “(...) quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípios e não de política, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, Dworkin apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc. – ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa ‘blindagem’ contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os ‘casos difíceis’.” STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492.

<sup>483</sup> “Os conflitos entre ideais são comuns em política, mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas duas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos. Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e equidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra. Alguns afirmam que, separada da equidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo. Esse é o extremo da ideia

Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas. Tomemos, por exemplo, o problema do caso recente da *Spartan Steel*. Os empregados do réu haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia de energia elétrica que fornecia energia ao autor da ação, e a fábrica deste foi fechada enquanto o cabo estava sendo consertado. O tribunal tinha de decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política.<sup>484</sup>

Necessário que se ressalve a circunstância de Dworkin, ter origem norte-americana, razão pela qual, formulou e avançou suas pesquisas no ambiente institucional do *common law*<sup>485</sup>, sob a referência da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 a par do convencionalismo e do pragmatismo que influenciavam e influenciam a filosofia jurídica norte-americana.

O convencionalismo concebe que o direito deve ser analisado de forma conservadora, isto é, para se interpretá-lo corretamente, nesta visão, é necessário que se observe como as normas foram criadas pelos autores da Constituição Americana de 1787 (a mais antiga Constituição escrita do mundo em vigência). Por esse motivo, é necessário que o juiz analise aspectos e contextos do passado para realizar a interpretação correta sobre um caso concreto. E, desse modo, os juízes não podem modificar o direito, tendo que seguir o que já foi elaborado no passado adotando, desta forma, adotando uma postura positivista.

(...) os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. Insiste, em outras palavras, em que eles devem tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal. Uma vez que a convenção da Grã-Bretanha estabelece que as leis do Parlamento constituem direito, um juiz

---

*denominada justiça como equidade. Outros pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a equidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a produzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o primeiro extremo oposto, o da equidade como justiça. A maioria dos filósofos políticos – e, creio, a maioria das pessoas – adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas.* ” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 214 – 215.

<sup>484</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

<sup>485</sup> “(...) articular algumas das principais teses do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin no contexto da experiência constitucional brasileira, com o objetivo de promover o encontro entre decisão judicial e democracia. ” MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O Novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: Como e Por que Aplicar Precedentes com Coerência e Integridade?. In STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

britânico deve aplicar até mesmo as leis do Parlamento que considera injustas ou insensatas. Esse aspecto positivo do convencionalismo corresponde plenamente ao lema popular de que os juízes devem seguir o direito, e não substituí-lo por um novo direito.<sup>486</sup>

O pragmatismo, por sua vez, nega a necessidade de voltar ao passado, entendendo que o juiz ao interpretar a lei direciona o raciocínio para melhor solução possível visando o futuro da sociedade, não se preocupando com qualquer tipo de coerência com decisões passadas.

Já o pragmatismo é uma visão cética do direito. Nega a importância, na prática, de que as decisões jurídicas mantenham uma coerência com as decisões políticas do passado, isto é, com as leis válidas. E isso garante ao pragmatismo uma concepção de que a decisão jurídica deve flexibilizar o direito para adequá-lo aos sempre novos casos. O pragmatismo vê uma imagem da prática das decisões jurídicas desvinculada das convenções políticas. E por isso propõe que as decisões jurídicas devem ser mais orientadas para o futuro da comunidade do que para o passado, sem qualquer necessidade de coerência entre a decisão e o valor das convenções políticas.<sup>487</sup>

Dworkin observa uma relação maior do pragmatismo com o direito contemporâneo, isto pois, o grande problema de se focar em decisões passadas é que os costumes e tradições se modificam, ou seja, fatos que eram relevantes há 50 anos atrás podem não ser mais relevantes, e isso não pode ser a base da decisão contemporânea.

Sob o entroncamento dessas filosofias se localiza a concepção do Direito como integridade, em que se apresenta relevante a historicidade, com a análise do passado e seus precedentes, como um pré-conhecimento, mas focando o melhor futuro da sociedade como um todo. A interpretação segundo a integridade<sup>488</sup> do Direito se apresenta como instrumento para que o magistrado elabore sua decisão diante do caso concreto, relacionando-a à equidade e justiça e evitando o decisionismo como meio de se estabelecer a igualdade<sup>489</sup>.

Encontra-se neste ponto o uso da integridade e coerência e a novela em cadeia. Ao se analisar a integridade e coerência percebe-se que são necessários que se analisem casos

<sup>486</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 144

<sup>487</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 367.

<sup>488</sup> “Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. (...) A integridade é nosso Netuno.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 222.

<sup>489</sup> “E não se trata de qualquer igualdade, como as velhas concepções de igualdade formal e material. Trata-se de um tipo especial de igualdade, que é a igualdade de cidadania, aquela igualdade entre cidadãos que ‘torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificação moral para exercer o poder político que exerce’.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 369.

passados semelhantes aos casos presentes para elaborar a decisão, e, além disso, deve-se investigar a virtude política da comunidade de princípios para construir tal decisão. Quanto a novela em cadeia, o magistrado deve construir uma decisão que se relacione com as decisões passadas, entretanto, sempre visando para o futuro da comunidade de princípios.

Quero usar a interpretação literária como um modelo para o método central da análise jurídica; assim, preciso demonstrar como mesmo essa distinção entre artística e crítico pode ser derrubada em certas circunstâncias. Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes de estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado então. Deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há único autor cujas intenções qualquer interprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas.<sup>490</sup>

Quando se investiga a coerência como elemento fundamental da decisão, extraída em uma ampla interpretação<sup>491</sup>, nota-se que constitui seu objetivo preservar a igualdade entre questões e por consequência na própria sociedade, impondo-se a imprescindibilidade de decisões semelhantes para casos que tenham pontos equivalentes, em contribuição à confiança na jurisdição, por meio da estabilidade que proporciona. Desse modo, interpretações, decisões e normas<sup>492</sup>, em um cenário democrático, devem ser constituídas com observância à integridade e coerência do Direito, sobretudo, quanto aos princípios constitucionais, pois, em seu conjunto,

<sup>490</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 235 – 237.

<sup>491</sup> “A interpretação é holística: assim como o filósofo moral tem o objetivo de coerir opiniões morais concretas e princípios justicadores abstratos, reinterpretando cada um deste do modo como for necessário para alcançar essa integração, assim também o interprete, em geral inadvertidamente, busca uma integração dos valores de fundo e das intuições interpretativas concretas.” DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 205.

<sup>492</sup> “Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. “Também suponha que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.

têm como objetivos específicos o direito a igualdade e a limitação do poder, visando a concretização dos direitos fundamentais e dos valores recepcionados pela comunidade política.

A concepção de integridade (...) possibilita um equilíbrio dinâmico entre previsibilidade do direito e flexibilidade. O direito como integridade sugere que a prática das decisões jurídicas é uma prática interpretativa. E que por isso, a interpretação combina elementos que estão orientados tanto para o passado da lei, quanto para o futuro das consequências da decisão.<sup>493</sup>

Prossegue a pesquisa com a apreciação da *Chain Novel* para além da análise das decisões judiciais (mas sem descuidar delas), atingindo a própria formulação do arcabouço normativo, em especial, para os fins do presente estudo, do Direito Processual Civil com as relações entre o antigo regime processual, o novo Código de Processo Civil e a Constituição de 1988.

### 3.1. A *Chain Novel* é posterior

Toma a pesquisa, após compreender o mecanismo da decisão, o ambiente em que ela se desenvolve, o processo, especificamente o processo comum, denominado no regime anterior de processo de conhecimento, objetivando desocultar-lhe o romance em cadeia em sua atual configuração normativa.

Pressupõe-se o litígio entre sujeitos que afirmam seus interesses intersubjetivos qualificados pela resistência à sua efetivação. A questão primeira do romance em cadeia, representado pela legislação processual, reside no acesso à justiça. Entenda-se acesso à justiça como a garantia fundamental à apreciação de questões pelo Poder Judiciário, que inclui, sem se limitar a isso, o direito de estar em juízo com o estabelecimento de condições efetivas à universalização da jurisdição (inclusive quanto aos direitos coletivos e difusos), assim como, à resposta às questões formuladas ao longo do processo e à efetividade da ordem jurídica justa.

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido, como sendo de importância capital entre os novos indivíduos sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentidos na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.<sup>494</sup>

<sup>493</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 383.

<sup>494</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 11-12.

Sob esse aspecto se observa uma cadeia normativa destinada a viabilizar o efetivo acesso à tutela jurisdicional, inscrito no artigo 75 do Código Civil de 1916<sup>495</sup> (ainda que sob outra concepção metodológica do Direito), na Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (que trata da gratuidade de justiça), no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 5º-XXXV da Constituição<sup>496</sup>, pela Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Lei que instituiu os Juizados Especiais), e pelo Código de Processo Civil de 2015, como também se apresentam os posicionamentos dos órgãos judiciários com destaque para as Resoluções 70/2009 e 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, incluindo-se nesse contexto os modos alternativos para solução de conflitos representados pelas leis: 9.307, de 1996 e 13.140 de 2015.

No Código de Processo Civil de 2015, a jurisdição se instaura com a propositura da ação (artigo 312) pela parte (artigo 2º), através da petição inicial, que possui requisitos técnicos indispensáveis (artigo 319), tal qual o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 282), que limita a decisão judicial (artigo 141) e se oferece como o primeiro capítulo do romance processual, mantendo a nova legislação, portanto, o mesmo sentido da legislação revogada; porém o novo Código de Processo Civil admite posturas ativas do juiz para, de ofício, chamar terceiros ao processo (artigo 138), com claro objetivo de atribuir efetividade a jurisdição (artigo 4º).

A petição inicial gera atos do juízo, que devem ser fundamentados, admitindo ou não ação (artigos 321, 330, 331, 332) e decidindo eventuais requerimentos de tutelas provisórias (artigos 294 a 311), que englobam as antigas providências previstas na legislação revogada (284, 295 296 e 310), as ações cautelares (artigos 796 a 889) e as hipóteses de antecipação de tutela (artigo 273).

Admita a ação, com a citação do demandado se estabelece o vínculo processual, gerando a realização, em regra, da tentativa de conciliação (artigo 334), antes mesmo da apresentação da defesa, o que constitui profunda modificação ao texto revogado. Atente-se, no entanto, para circunstância histórica de que a conciliação já se apresentou como condição de acesso à jurisdição, como se observa na Constituição de 1824<sup>497</sup>.

Nesse sentido, dispõe o art. 312 do NCPC que se considera proposta a ação, quando a petição inicial for protocolada. Mas, ainda segundo o referido artigo, “a propositura

---

<sup>495</sup> “Art. 75. A todo o direito corresponde uma cação, que o assegura”. BRASIL, *Código Civil*, Lei nº: 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

<sup>496</sup> Vide nota 152.

<sup>497</sup> Vide nota 36.



da ação, todavia, só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.<sup>498</sup>

Constitui novo momento processual com a apresentação da defesa, onde novo capítulo é redigido (artigos 335 a 343 em substituição aos artigos 297 a 315), após o que se apresenta inovação ao conjunto processual com a impugnação do demandante e com a realização do saneamento do processo, que exige ato do juízo, decisão também fundamentada com a análise daqueles anteriormente produzidos pelas partes quanto a questões técnicas (artigos 347 a 357 em substituição aos artigos 329 a 331). Ultrapassada essa fase, em sequência e por consequência do conjunto de fases ocorridas, são produzidas as provas, cuja especificação e produção decorre da análise do processo pelas partes e pelo juízo, a quem foram ampliados os poderes instrutórios, após o que é realizada a audiência de instrução e julgamento, no mesmo sentido da legislação revogada.

A audiência de instrução e julgamento, regida pelo princípio da oralidade que esse expressa pela concentração dos atos processuais e pela imediatidade, é o ponto culminante do procedimento no primeiro grau de jurisdição. Trata-se de um ato processual complexo no qual, caso não obtida a conciliação, se realizam os atos instrutórios, os debates finais e o julgamento da lide. Essa audiência, conforme a lição clássica extraída da Exposição de Motivos do CPC de 1939, “organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”.<sup>499</sup>

Havendo ou não a realização da audiência de instrução e julgamento se tem a conclusão do processo em primeiro grau de jurisdição com a sentença, que concluirá a cadeia de atos apresentando, de forma fundamentada, a solução para matéria exposta em juízo, aplicando na interpretação, sua coerência e integridade<sup>500</sup>, exsurgidos do Direito diante dos

---

<sup>498</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.1. p. 728.

<sup>499</sup> STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 531.

<sup>500</sup> “A integridade política, como uma exigência de coerência nas decisões políticas do Estado e da comunidade, pode ser sistematizada analiticamente em dois princípios: a integridade na legislação e a integridade no julgamento ou na jurisdição. A integridade na legislação exige que o legislativo ou os que criam o direito por legislação mantenham a coerência em relação aos princípios morais. E a integridade no julgamento exige que os responsáveis pela decisão jurídica mantenham a coerência tanto em relação às convenções políticas do passado (as leis) quanto os princípios morais. Essa exigência de coerência com princípios, que decorre da integridade do julgamento, por si só, afasta a concepção do pragmatismo jurídico, que não exige essa coerência.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 374.

fatos expostos, exigência aplicável em casos difíceis ou fáceis<sup>501</sup> com o objetivo de se encontrar a única resposta correta<sup>502</sup> e apropriada ao caso em apreciação.

Suponha que o legislativo aprovou uma lei estipulando que "contratos sacrílegos, de agora em diante, serão inválidos". A comunidade está dividida quanto a se um contrato assinado no domingo é, apenas por essa razão, sacrílego. Sabe-se que bem poucos legisladores tinham essa questão em mente quando votaram, e agora estão igualmente divididos quanto a se ela deve ser interpretada assim. Tom e Tim assinaram um contrato no domingo, e agora Tom processa Tim para fazer cumprir os termos do contrato, cuja validade Tom contesta. Diremos que o juiz deve buscar a resposta certa para a questão de se o contrato de Tom é válido, mesmo que a comunidade esteja dividida quanto a qual é a resposta certa? Ou é mais realista dizer que simplesmente não há nenhuma resposta certa para a questão?<sup>503</sup>

Percebe-se de imediato que o romance do processo se desenvolve através de uma série coordenada de atos (capítulos), mantendo também quanto à legislação um encadeamento (com determinadas evoluções) de sentido normativo. Esses capítulos processuais se resolvem através de posicionamentos judiciais, a partir (e em consonância) dos elementos oferecidos ao longo do texto processual, para a indispensável fundamentação, que deve se alicerçar com submissão à coerência e integridade do Direito, o que leva a esquadrihar as relações entre o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015, quanto ao dever de fundamentar, para estabelecer as conexões entre ambos, utilizando como referência a *Chain Novel*.

No antigo regime processual a disposição que regulava a sentença<sup>504</sup> fixava-lhe como requisitos básicos o relatório, destinado à exposição da matéria debatida; os fundamentos, onde, o juiz deveria efetuar a análise de questões de fato e de direito, tendo por objetivo assegurar o devido processo legal e o contraditório às partes, expondo a racionalidade da decisão de forma a torna-la livre de arbitrariedades, e, o dispositivo que apresentava a conclusão do romance,

<sup>501</sup> Para Lenio Streck não há casos difíceis e casos fáceis, todos os casos são fáceis depois de ter ocorrido a interpretação adequada das questões, e assim segue: “*Afinal, como saber se estamos diante de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caos é fácil ou difícil?*” STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 309.

<sup>502</sup> “*Durante muitos anos, também argumentei contra a alegação positivista de que não podem existir respostas “certas” a questões jurídicas polêmicas, mas apenas respostas “diferentes”; insisti em que, na maioria dos casos difíceis, existem respostas certas a ser procuradas pela razão e pela imaginação. Na interpretação de alguns críticos, o que eu quis dizer era que, nesses casos, uma resposta poderia ser demonstrada para todos como correta, de forma incontestável, ainda que eu tenha enfatizado, desde o início, que a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa.*” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XIII.

<sup>503</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

<sup>504</sup> “*Art. 458: São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como 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, que as partes lhe submeterem.*” BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

com a solução da controvérsia. O novo Código de Processo Civil trouxe, no artigo 489,<sup>505</sup> os requisitos formais para a construção de uma sentença adequada, implementando, desta forma, importante inovação ao sistema processual em luta pela efetividade do preceito constitucional reconhecido como garantia fundamental.

Também a doutrina relativa ao antigo regime não dissentia do sentido tomado pela nova legislação, pois considerava-se a sentença sem o dispositivo como inexistente, como já entendia, José Carlos Barbosa Mendes, para quem “ (...) sentença sem dispositivo é uma “não-sentença” e nunca poderá aspirar a transitar em julgado, até porque, a rigor, não há julgado, ao passo que a falta dos demais elementos não acarretará conseqüência tão drástica (...)”<sup>506</sup>; e nula quando ausente de fundamentação, como em Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que entendiam que a “*Decisão sem fundamentação é nula pleno iure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável ao caso concreto (...)*”<sup>507</sup>.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, portanto, por força da norma constitucional, já se observava a necessidade da fundamentação, como corolário da efetivação dos princípios do devido processo legal, do acesso à justiça e da ampla defesa, de tal forma que, em ambos os regimes processuais a ausência de requisitos produz a nulidade da decisão<sup>508</sup>,

<sup>505</sup> Vide nota 346.

<sup>506</sup> MENDES, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro. v.2 n.8 p. 42-53, 1999. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista08/Revista08\\_42.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08_42.pdf)>. Acesso em: 04 de nov. 2017.

<sup>507</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 391.

<sup>508</sup> “*EXECUÇÃO FISCAL - SENTENÇA NULA POR INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS DO ART. 458, CPC/73 E DO ART. 93, IX, CF - PROVIMENTO AO APELO Como o consagra o ordenamento constitucional, devem as decisões judiciais ser fundamentadas (inciso IX do art. 93, da Lei Maior). A razão para esta diretriz, sim, repousa no superior exercício da fundamental ampla defesa, que deve ser assegurada desde a órbita administrativa, nos termos do inc. LV, do art. 5º, CF, de tal arte a, por mínimo, poder conhecer o jurisdicionado destinatário o preciso teor do comando a envolvê-lo, assim o acatando ou contra ele se insurgindo. Neste ângulo com razão a União, porque não estão preenchidos os requisitos do art. 458, CPC vigente ao tempo dos fatos, sendo que, data vênias, o ato jurisdicional se resume a uma cópia de uma sentença que foi lavrada em outro processo e que se amoldaria, em tese, ao caso concreto, inexistindo relatório muito, menos indicação dos autos. Vênias todas, embora a celeridade processual seja anseio de toda a sociedade, não se põe razoável que as normas procedimentais sejam desprezadas, porque malferido o princípio da legalidade, banalizando o solene ato judicial que resolve o conflito, assim retirando a essência formal do provimento jurisdicional. Precedente. Tanto assim que o presente feito necessitava de melhor análise antes de seu sentenciamento, ilustrativamente frisando-se não há notícia de que tenha o E. Juízo a quo aplicado a disposição do § 4º do art. 40, LEF, à espécie, cumprindo registrar ser desconhecido o valor atualizado da execução, porque aforada em 1987, fls. 02, inexistindo aos autos o seu importe atual, para fins de aplicação do § 5º (dispensa a manifestação prévia da Fazenda Pública no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda). Provimento à apelação, a fim de anular a r. sentença, volvendo os autos à Origem, na forma aqui estatuída.*”

apesar de posicionamentos jurisprudenciais em resistência à democratização do processo e aos direitos fundamentais instituídos há três décadas.

No novo Código de Processo Civil, encontra-se a conservação e a ampliação da obrigatoriedade da fundamentação, que apresenta em seus artigos a necessidade de uma sentença que tenha o relatório, a fundamentação e a conclusão, com as especificações metodológicas impostas pela lei vigente, não como qualidade da decisão, mas como elementos essenciais à sua validade técnica, ao mesmo tempo que sua observância contribui para legitimação e credibilidade da jurisdição.

A observância dos requisitos da sentença se relaciona com a construção sequencial de um texto normativo, ou seja, na análise de Dworkin, a *Chain Novel*, que se apresenta na própria elaboração legislativa, sobre a relação de ambos os códigos, devendo configurar o novo modelo decisional, pelo que se deve analisar o artigo 489 que regula a matéria.

O Código de 1973, ao tratar da configuração da sentença, falava em “requisitos essenciais” (art. 458). O novo Código, porém, atento à advertência de Barbosa Moreira a respeito da distinção entre *requisitos* e *elementos*, houve por bem utilizar a expressão *elementos essenciais da sentença*. Com efeito, requisitos são “qualidade, atributos, que se expressam mediante adjetivos”, ou seja, não são substanciais, sendo apenas qualificativos. Já os elementos são “partes que devem integrar a estrutura” do ato composto.<sup>509</sup>

Analisando os dois primeiros incisos do artigo 489, observa-se que não se considera fundamentada a decisão que se limita a mera reprodução da legislação ou a utilização de conceitos jurídicos sem uma maior fundamentação<sup>510</sup>.

Também não se considera fundamentada decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Novamente exsurge claramente o olhar hermenêutico do legislador do CPC. Nos últimos anos, o direito foi invadido por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como justificativa para a “abertura na interpretação”. Na verdade, fez-se um falso diagnóstico acerca do positivismo jurídico. As correntes que apostaram nas cláusulas

---

(TRF-3 - Ap: 00067978920134039999 SP, Relator: JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, Data de Julgamento: 06/12/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017)

<sup>509</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v.1. p. 1070.

<sup>510</sup> “Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. TIPIFICAÇÃO: PREVALECIMENTO ABUSIVO DA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. I- A infração disciplinar consistente em o servidor público “prevaler-se, abusivamente, da condição de funcionário policial” (43 e inciso XLVIII da Lei nº 4.878/65) encerra um conceito jurídico indeterminado, o qual deve ser interpretado a partir dos elementos de cada caso concreto. Descabe, portanto, interpretação apriorística acerca do juízo de aplicação. II- Na espécie, a caracterização da condição abusiva de funcionário público independia da obtenção de vantagem ilícita. Embargos declaratórios acolhidos sem efeito infringente. ” STJ - EDcl no MS: 12689 DF 2007/0053050-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/02/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 18.03.2008 p. 1.

abertas e conceitos indeterminados pressupunham que o inimigo do direito era o positivismo clássico-exegético (século XIX), um positivo dominado por regras e avesso aos princípios.<sup>511</sup>

O terceiro inciso veda a fundamentação genérica, capaz de justificar qualquer espécie de decisão, exigindo-se, desse modo, a especificação no maior grau possível do teor da fundamentação relacionando-a com o caso concreto. Da mesma forma não se admite a fundamentação baseada em precedentes e súmulas, sem a adequada demonstração da pertinência ao caso concreto. Não havendo nexos, por meio da fundamentação, entre o caso concreto e a súmula ou precedente utilizado, entende-se que a escolha da decisão foi feita por meio discricionário.

Não é difícil encontrar sentenças e acórdãos invocando súmulas (ou enunciados com pretensão de precedente) sem qualquer ligação (DNA) com a situação concreta em jogo. Ou a invocação de um “princípio” como o da instrumentalidade das formas. Por meio desse aludido *standard*, regras processuais previamente estabelecidas em caráter democrático deixam de ser consideradas direito das partes para servir de álibi teórico a justificar correções subjetivas, ainda pautadas pelo positivismo e lastreadas no formalismo do direito. Eis o problema investir na legitimidade de correções judiciais com base em situações ideais de prejuízo é apostar em um protagonismo judicial sem, com isso, compreender sua incompatibilidade teórica com as bases constitucionais do Estado Democrático. Há, portanto, que se considerar os limites de incidência e sentido empregados por uma tradição jurídica que pode, ao final, romper com sua possibilidade de aplicação.<sup>512</sup>

Após a análise entre os códigos, focando-se nas decisões e em sua motivação, percebe-se a caracterização de relação entre eles, na forma proposta pela metáfora da *Chain Novel*, de Dworkin, construindo-se de uma prática social voltada à fundamentação das decisões judiciais.

A metáfora do *romance em cadeia* ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história.<sup>513</sup>

Tal como no exemplo apresentado por Dworkin, quanto à elaboração do *conto de natal* de Charles Dickens, o legislador promoveu uma interpretação quanto ao Código de Processo Civil de 1973, observando seus pontos principais, e, particularmente em conexão com a

<sup>511</sup> STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 684.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 686.

<sup>513</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.54 jan./jun. 2009. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/235/216>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

Constituição de 1988, para, depois, construir o novo Código de Processo Civil, seguindo o sentido da jurisprudência então sedimentada, pois, o juiz contemporâneo deve se apresentar como um juiz democrático, isto é, transparente quanto às suas decisões, o que se dá principalmente pelas fundamentações, uma vez que há prestação de contas do que o leva a conhecer os fatos de determinada maneira.

Pode-se falar, assim, de um direito fundamental a obtenção de uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à coerência e à integridade do Direito, que tem na Constituição o seu alfa e o ômega). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação – as tres subtilitates (...)).

514

Para que se complete a análise da novela em cadeia deve-se também investigar a coerência e integridade no direito, isto é, se existe relação da norma instituída com o direito como um todo. Através da integridade se visa o nexo entre os códigos e a Constituição, que permite a inserção do mundo concreto no direito a partir dos princípios e dos valores que consagra. Essa relação estabelecida na integridade tenta limitar ações desvinculadas com os textos normativos e desse modo restringe o solipsismo e as decisões discricionárias, para as quais, o Código de Processo Civil de 1973, constituía-se como campo fértil.

É nessa perspectiva que a CF 5º II estabelece o princípio da legalidade, evidenciando a importância de a legalidade (CF + legislação) constituir o fundamento de legitimidade para motivarem-se as decisões. Essa obrigatoriedade ganha um enorme reforço com o art. 926 do NCPC. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei e da Constituição não é uma opção do juiz ou ato de sua vontade. Por conseguinte, o senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão e, principalmente, não lhe possibilita passar por cima do texto constitucional, mormente para fazer prevalecer a sua noção de justiça. Entre a justiça do julgado (com suas próprias regras do jogo) e o jogo limpo constitucional, a democracia somente admite a segunda opção.<sup>515</sup>

A submissão da nova legislação aos princípios constitucionais, enunciada logo em seu artigo 1º, ainda que essa declaração infraconstitucional fosse desnecessária, constitui um atestado ideológico do que se pretende produzir no campo processual. As disposições expostas

<sup>514</sup> STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 257.

<sup>515</sup> ABOUD, Georges. Jogo Democrático e Processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133 - 134

no novo Código de Processo Civil se conectam entre si e se integram ao texto constitucional e suas garantais processuais.

O conjunto e o sentido da legislação processual vinculam a necessidade de fundamentação da decisão em consonância com o Estado Democrático de Direito, onde a vontade política, expressa pela comunidade por diversos meios, inclusive o *backlash*<sup>516</sup>, reproduz-se ou deveria se reproduzir no processo legislativo<sup>517</sup> responsável pela produção do texto legal, de forma que não constitui a aplicação da integridade do Direito a prática de abandono da norma, embora se reconhece que ao longo de sua vigência sofrerá os reflexos das inevitáveis transformações sociais e históricas, que influenciarão as futuras interpretações em conexão com as convicções da comunidade política<sup>518</sup>.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão, que pode ser visto como ativismo negativo, uma vez que não criou norma, mas revogou parte fundamental do artigo 489 do recém aprovado Código de Processo Civil, ultrapassando sua competência constitucional e rompendo a novela em cadeia constituída pela legislação, em avanço democrático, exatamente para edificar uma barreira ao decisionismo e ao ativismo judicial.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE INEXISTENTE. PREQUESTIONAMENTO. Ausentes as hipóteses previstas no artigo 1.022, do Novo Código de Processo Civil, descabe a interposição de embargos de declaração. **O juízo não está obrigado a rebater todos os argumentos e artigos de lei ventilados pela parte, bastando que a sua decisão encontre-se suficientemente fundamentada**, nos termos do art. 489 do mesmo diploma legal. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DESACOLHIDOS. UNÂNIME. (Embargos de

<sup>516</sup> “(...) *backlash* consubstancia-se na rejeição de uma decisão judicial pelas many minds, consistindo (...), no reflexo sócio-político acerca de questões altamente controversas resolvidas pelos juízes (...). A despeito de sempre haver a possibilidade de uma decisão judicial ofender a opinião da população, provocando até mesmo um public outrage (...) um intenso backlash teria o condão de deslegitimar não só a Corte, mas também poderia enfraquecer a própria causa em questão.” OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica, *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v.14 n.14, p. 103 – 132, jan./dez. 2011. Disponível em: < <http://portal.estacio.br/media/2482/juris-poesis-14-11-mai01.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

<sup>517</sup> “A república ou corpo político é uma ordem legítima porque somente o conceito de vontade geral é capaz de conciliar os termos contraditórios liberdade e dependência (...).” FORTES, Luís R. S. *Rousseau: da teoria à prática*. São Paulo: Ática, 1976, p. 79.

<sup>518</sup> “Mas as mudanças do sentido da lei no tempo não justificam um abandono do texto da lei. O que a integridade exige é que a interpretação do texto da lei seja coerente com a história das convicções políticas da comunidade. A ideia é procurar uma interpretação capaz de estabelecer uma relação de coerência entre o texto da lei e a história das convicções políticas da comunidade. Não se trata, como no pragmatismo, de emendar as leis para adequá-las a exigências sistêmicas ou às exigências da intenção histórica do legislador. Trata-se de uma interpretação adequada à situação histórica contemporânea, que vê o texto da lei e o seu conteúdo como um movimento que se modifica junto com a transformação das convicções políticas da comunidade. Veja-se que essas convicções não são princípios de moral particular, não são mera opinião pública, mas sim aquelas convicções de moral política que, apesar das divergências particulares, expressam o que a comunidade tem de melhor.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 380.

Declaração Nº 70068567478, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 29/03/2016).<sup>519</sup>

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça representa autodispensa promovida pela jurisdição, em decisão que constitui precedente jurisprudencial, ao cumprimento da lei processual, votada e sancionada pelos poderes competentes, em plena consonância às necessidades e ao sentimento geral da comunidade política, em especial da doutrina jurídica, como se a prática do Direito nada tivesse relação com sua ciência.

É necessário recordar que o artigo 489 gerou a comoção dos magistrados, que por suas entidades de classe promoveram gestões políticas sem êxito, para que fosse vetado o dispositivo pela presidência da República<sup>520</sup>, o que torna seu desrespeito ato político ainda mais grave, pois, derrotados nas instâncias democráticas se utilizam do próprio poder para negar vigência à norma regular e democraticamente aprovada.

Não se desconhece as dificuldades estruturais do Poder Judiciário, entretanto, não pode a insuficiência de recursos ser suficiente argumento para a sonegação de direitos fundamentais, ou da mesma forma, o argumento ideológico de que esse procedimento seria um instrumento de celeridade.

Esse julgamento, que constitui precedente grave pela violação ao próprio princípio democrático e à separação de poderes, não é o único que apresenta esse raciocínio:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NULIDADE DE REGISTRO DE DESENHO INDUSTRIAL - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE - ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/15 - NÃO OCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS - MULTA - ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15 - RECURSO DESPROVIDO. I - Não há omissão a ser sanada no acórdão embargado, sobretudo no que se refere ao novo modelo de fundamentação das decisões judiciais introduzido pelo artigo 489, § 1º, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista que os primeiros embargos de declaração foram interpostos em face do acórdão proferido na apelação cível, cuja publicação se deu em 25/09/2015, ou seja, ainda na vigência do CPC/73, não havendo que se cogitar, portanto, na aplicação das regras do CPC/15 naquele julgado; **II - Ainda que o CPC/15 prestigie o modelo de fundamentação exauriente, não está o magistrado obrigado a rebater todas as alegações das partes, tendo em vista que o próprio texto legal limita a exigência de enfrentamento aos argumentos que, em tese, sejam capazes de infirmar o convencimento judicial.** No caso concreto, os primeiros embargos de declaração foram desprovidos, à unanimidade, por não terem as teses defendidas pelas embargantes forças para elidir os sólidos fundamentos do

<sup>519</sup> TJ-RS - ED: 70068567478 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 29/03/2016, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/03/2016. Grifo nosso.

<sup>520</sup> “Entidades de magistrados encaminham à presidente Dilma Rousseff ofícios solicitando vetos a dispositivos do Novo Código de Processo Civil. Entre as principais preocupações dos juízes estão a fundamentação das decisões judiciais, a cronologia dos julgamentos e a ampliação da colegialidade.” VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. *Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 08 jan. 2018.



acórdão, no que se refere à falta de originalidade do desenho industrial em questão, daí também não decorrendo qualquer omissão que objetivamente resulte daquele julgado; III - A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ED no AgR no RE 929925, da relatoria do Min. Luiz Fux, em 07/06/2016, firmou orientação no sentido de que, após o início da vigência do CPC/15, é possível condenar a parte sucumbente em honorários advocatícios nos recursos de embargos de declaração, caso não sejam atendidos os requisitos previstos no art. 1.022, do aludido diploma, e tampouco se enquadrem em situações excepcionais que autorizem a concessão de efeitos infringentes, tendo como razão da sucumbência recursal a dissuasão de manobras protelatórias; IV - Os presentes embargos são manifestamente procrastinatórios, já que reproduzem os mesmos argumentos deduzidos anteriormente pelas embargantes, tanto no recurso de apelação, quanto nos primeiros embargos de declaração, além do que obrigaram os advogados dos embargados a empreenderem trabalho extra para responder ao recurso, razão pela qual as condeno a pagar honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, §§ 1º e 2º, do CPC/15, cumulado com multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do mesmo dispositivo legal; V - Embargos de declaração desprovidos.<sup>521</sup>

A prática decisionista se apresenta de tal forma arraigada e vinculada à disputa de poder pela primazia de dizer o Direito, que mesmo diante do insucesso da tentativa de veto, promove-se verdadeiros contorcionismos intelectuais para retirar a eficácia da norma democraticamente aprovada.

(...)Rejeita-se a preliminar suscitada pelo recorrente de nulidade da sentença por defeito de fundamentação (art. 489, § 1º do NCPC). Primeiro porque, mesmo após a entrada em vigor do novo CPC, **continua pacífico, na jurisprudência da Corte de Uniformização Infraconstitucional**, o entendimento de que "o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida". STJ. (...).<sup>522</sup>

Observe-se, no julgado acima, que o relator discorre sobre a não utilização do artigo, tal como "*pacífico, na jurisprudência da Corte de Uniformização Infraconstitucional*", ou seja, a jurisprudência relativa ao antigo Código de Processo Civil, que não previa tal exigência técnica, apesar de se tratar de direito fundamental desde a promulgação da Constituição de 1988, de forma pacífica, já modificou a norma aprovada, que lhe é posterior. A decisão não se preocupa sequer em formular um argumento racional. Além disso, tal julgado concebe que o juiz tem o poder discricionário para encontrar o "*motivo suficiente para proferir a decisão*", institucionalizando o modo solipsista de julgar.

<sup>521</sup> TRF-2 08068436120094025101 RJ 0806843-61.2009.4.02.5101, Relator: ANTONIO IVAN ATHIÉ, Data de Julgamento: 29/09/2016, 1ª TURMA ESPECIALIZADA. Grifo nosso.

<sup>522</sup> TJ-CE - APL: 00114213720138060115 CE 0011421-37.2013.8.06.0115, Relator: PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 19/06/2017.

No mesmo sentido podem ser encontrados posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que recusam a vigência ao artigo 489 do novo Código de Processo Civil, em sua completude, nesse sentido se vê o Enunciado 34 do Tribunal mineiro:

Enunciado 34 - (art. 489, §1º, IV) Fica o juiz dispensado de analisar o fundamento suscitado no caso concreto capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, quando já analisado e rejeitado na formação do precedente obrigatório ou enunciado de súmula aplicável.<sup>523</sup>

Observa, no enunciado, tal como os julgados anteriormente analisados, a dispensa da obrigatoriedade do artigo 489, tal como estabelecido no Código de Processo Civil de 2015, modificando a regra estabelecida pelo Poder Legislativo em perfeita identidade com os valores defendidos pela comunidade política.

Verifica-se, desse modo, que o Poder Judiciário não acata e não se limita pelas normas majoritárias aprovadas pelo Poder Legislativo, em rompimento à ordem constitucional, derivada do artigo 2º da Constituição de 1988, atribuindo validade ao decisionismo, à discricionariedade e ao ativismo judicial como instrumento político destinado a conservar seu poder.

Também no endereço eletrônico da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado pode ser localizado enunciado nesse sentido, demonstrando que se trata de política institucional e corporativista, destinada a sonegar garantia fundamental, sob a égide da estabilidade promovida pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 aos precedentes.

13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.<sup>524</sup>

É necessário que se siga o artigo 489, para conceber uma fundamentação adequada ao Estado Democrático de Direito, isto é, uma decisão que restrinja o juiz solipsista e isso é feito por meio do enfrentamento de todos os pontos expostos pelas partes. Conclui-se após a leitura de tais acórdãos e enunciados, sendo estes apenas alguns de vários, que o magistrado visa modificar a lei, por meio de ativismo judicial, para que não tenha a obrigatoriedade da

---

<sup>523</sup> ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES. *Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015*. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em: 21 de dez. 2017.

<sup>524</sup> ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 21 de dez. 2017.

fundamentação, contrariando também o princípio da segurança jurídica exposto no artigo 5º-XXXVI da Constituição de 1988 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Observa-se que não há integridade e coerência nos acórdãos e enunciados, uma vez que não se seguiu a construção legislativa, e, além disso, não se respeitou o exposto texto legal, em plena vigência, que representa o entendimento geral da comunidade política, sem que tais posicionamentos apresentassem, eles próprios, justificativa racional que os sustentasse, limitando-se a ato de poder em afronta a democracia e aos demais Poderes da República.

Acertou o Ministro Barroso: não importa quão boa ou má seja essa decisão. Ela segue, digamos assim – e isso foi dito pelo próprio ministro –, a “letra da Constituição”. Ou seja, o que é relevante para um julgamento é se a decisão está de acordo com a Constituição. Estas são as regras do jogo. Não fosse isso, teríamos uma República Juristocrática.<sup>525</sup>

No Estado Democrático de Direito contemporâneo exsurge-se a necessidade de acatamento às normas constitucionalmente válidas, aprovadas segundo o devido processo legal substantivo, bem como a clássica separação dos Poderes, ainda que já não seja vista como absoluta, pois, tais limitações proporcionam meios para suscitar a justiça nos processos e, por conseguinte na sociedade, com a observância democrática das regras do jogo<sup>526</sup>, instituídas em favor da segurança nas etapas processuais.

A análise do Direito como integridade auxilia na construção de um jogo justo e previsível “(...) *fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente (...)”<sup>527</sup>, isto pois, ela faz com que as decisões sejam relacionadas e adequadas, constituindo obstáculo à discricionariedade fundada no subjetivismo e no próprio exercício do poder como um fim em si mesmo.

O Poder Judiciário nem sempre segue as *regras do jogo* para a construção de suas decisões, apresentando-se em via contrária ao artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, além do artigo 926<sup>528</sup>, que trata de conceber sentenças que tem em seu conteúdo integridade e

---

<sup>525</sup> STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

<sup>526</sup> “A democracia pode ser vislumbrada pela metáfora de um jogo, obviamente um jogo limpo, perante o qual as regras são claras e predeterminadas.” ABOUD, Georges. *Jogo Democrático e Processo: As Razões pelas quais o Processo Civil deve ser um Jogo Limpo*. In STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 125.

<sup>527</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>528</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” *Ibidem*.

coerência, pois, a utilização de precedentes uniformes exige que se retire a possibilidade de se formular decisões sem qualquer tipo de limitação.

Os artigos 489 e 926 do Código de Processo Civil de 2015 impõem a necessidade de um processo onde o subjetivo do juiz não se apresente nas sentenças e estas sejam fundamentadas a partir de regras e princípios baseados na Constituição, restringindo qualquer utilização de ativismo judicial ou de discricionariedade.

Rompe a jurisdição com a novela em cadeia, construída na legislação, na ciência do Direito e na comunidade política, instituindo regras que objetivam tão somente a conservação de seu próprio poder, em ameaça à democracia e aos direitos individuais, que mais uma vez ficam sonegados, e, desta vez, justamente pelo órgão constitucionalmente responsável por sua implantação e asseguramento.

Esse modelo de juiz não tem o compromisso histórico e social de seguir com os capítulos da novela do Direito, optando pela postura própria ao processo de Kafka, em que as razões do poder residem tão somente na própria capacidade de exercê-lo, como surpresa ao cidadão e como fator de instabilidade social e econômica que no vigente paradigma do capitalismo exige um ambiente previsível e estável, de forma que, a própria democracia e o Estado de Direito ficam comprometidos.

Se, ao invés, de tudo se põe em questão, a fonte questionadora mesma se torna socialmente intolerável, porque tudo se desestabiliza. Mas é exatamente isso o que faz Kafka. Com ele, o objeto ficcional não permite o alívio de dizer -se: que bom, afinal o mundo não é assim; ao menos, não é só isso. Ou em termos concretos: afinal, fora d'O Processo as leis continuam a ser respeitadas e a polícia não pode bater à minha porta na hora que bem entenda. N'O Processo a ficção básica é a do Estado de Direito.<sup>529</sup>

O acórdão, contraria também o compromisso da legislação vigente com o impedimento de “decisões-surpresa”, consagrado nos artigos 9º, 10, 493 e 933, por desconstituir obrigação (contrariando também o artigo 5ª-II da Constituição de 1988) cujo cumprimento se faz fundamental para parte, de forma a corromper a novela em cadeia, retirando do Direito a integridade e coerência que se exige e legitimando uma postura discricionária do julgador.

A validação do ativismo judicial, após toda evolução histórica do devido processo legal, nos últimos 800 anos e a construção do novo Código de Processo Civil com o novo modelo de juiz, que vai contra os modelos antigos solipsistas, mostra o apego ao discricionário ultrapassando e até mesmo ao texto da lei. A superação do positivismo historicamente decorre

---

<sup>529</sup> LIMA, C. L. *Limites da Voz - KAFKA*. Rio de Janeiro: Rocco. 1993, p. 163.

da necessidade do respeito e eficácia aos valores constitucionais e não se presta a simplesmente retirar da norma legal qualquer validade e vigência.

Retornando em analogia a metáfora do Conto de Natal de Dickens, quando o autor continua no segundo capítulo, ele não se preocupa mais com a personalidade de *Scrooge*, não se perguntando se ele era uma boa pessoa ou não. A continuação do Conto de Natal discorreria sobre o *Hanukkah*, ou seja, sequer se relacionaria com o texto inteiro, que tem valores e ambiente histórico ligado ao cristianismo, retirando-lhe a coerência, de tal forma que o leitor não compreenda mais a história.

E é isto que se apresenta quando o juiz constrói uma sentença baseada em ativismo ou em seu subjetivismo de forma discricionária. Ele se retira da base do texto e constrói decisões que não têm relação com nada do que já foi exposto anteriormente, não conseguindo estabelecer relações de compreensão, de forma a obstar até mesmo os recursos adequados, que também constituem direito fundamental, reconhecidos como tal, ao menos desde a Revolução Francesa, de tal modo que abolir<sup>530</sup> o artigo 489 do novo Código de Processo Civil é validar o decisionismo.

Rompe-se, desta forma, as regras impostas, e, também, com a construção de integridade e coerência, que se desenvolveram durante ao longo do tempo, obtendo sua oportunidade histórica de efetiva implementação através do Código de Processo Civil de 2015 contemporâneo e sonogado pelas decisões em comento. A integridade e coerência estabelece relações entre os textos passados com questões programáticas para o futuro.

A questão da fundamentação abrange outra matéria fundamental ao processo, o livre convencimento. A par da continuidade representada pelo Código de Processo Civil de 2015, apresenta-se a ruptura com o princípio do livre convencimento ou livre apreciação<sup>531</sup>, em consonância com o sentido democrático atribuído ao direito processual pela Constituição, como

---

<sup>530</sup> “Em face da proposição das entidades dos juízes (AMB, Ajufe e Anamatra) de que a presidente Dilma Rousseff vete os parágrafos do artigo 489 do NCPC que impõem sérias responsabilidades aos julgadores (eles querem também o veto do princípio da não-surpresa do artigo 10), alguns juristas (Fredie Didier, Alexandre Camara, Georges Abboud, Dierle Nunes, Ada Peligrini, Thiago Asfor Lima, Ulisses Martins de Souza, Marcus Vinicius Coelho, Benedito Pereira Filho, José Garcia Medina, Paulo Lucon) fizemos várias críticas às referidas entidades associativas de magistrados.” STRECK, Lenio. *NCPC: Cobrar fundamentação dos juízes é “utopia totalitária”?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-12/senso-incomum-ncpc-cobrar-fundamentacao-juizes-utopia-totalitaria>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>531</sup> “ (...) a eliminação do livre convencimento. A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal referir que a ‘decisão x foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento’. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que ‘julgou segundo sua consciência’, uma vez que isso seria reprimir a expressão derogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 33.

já defendia Lenio Streck, presente no Código de Processo Civil de 1973, que representava autorização legislativa para o discricionário judicial.

O rechaço do poder discricionário (que nos Códigos recebe a denominação de “livre convencimento” ou “livre apreciação”) é uma tese na qual venho me debruçando de há muito. Vale lembrar, aqui, a luta também travada na Espanha por Tomás-Ramón Fernández, para quem o juiz não tem poder discricionário, nem na hora de selecionar a norma aplicável, nem de fixar seu concreto alcance, nem tampouco tem discricionariedade para escolher entre a versão dos fatos que apresente o demandante ou a acusação e a versão contrária que apresentem o demandado ou o acusado.<sup>532</sup>

O livre convencimento se encontra fundado no predomínio do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), atuando como indevida justificativa ao solipsismo no processo, que reprimta a vontade do poder como suficiente para legitimá-lo, enquanto que, em um regime democrático qualquer decisão está sujeita ao dever de *accountability*<sup>533</sup>.

Desta forma, o rompimento dos poderes relacionados ao livre convencimento constitui, na verdade, a observância da coerência ao sentido atribuído ao Direito pela opção democrática da Constituição de 1988, programático-dirigente-compromissária, cujo núcleo essencial, protegido pela irreversibilidade se encontra especificamente nos direitos fundamentais sociais e na democracia.

No Estado Democrático de Direito a Constituição se faz entender no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico, exigindo da jurisdição a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive, por óbvio, do processo. A Constituição delimita a configuração do Estado Democrático de Direito, engendrando ao Direito a tarefa de transformação para realização dos direitos fundamentais, pelo que também a mudança representa na legislação a continuidade do romance em cadeia.

### 3.2. Deixem que o texto nos diga algo: a prisão feita de enunciados

Compreendidas as questões essenciais da fundamentação no romance em cadeia elaborado pela legislação, na forma como se articula no processo e sua produção pela jurisdição, e, reconhecida sua obrigatoriedade e utilidade como instrumento legitimador das decisões

<sup>532</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. In *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v.10 n.10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>533</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karan. O cartesianismo processual em terra brasilis: A filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ*, Santa Catarina, v.18 n.1 jan./abr. p. 5-22. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.

judiciais, passa a pesquisa a perquirir sua produção textual e consequente interpretação no paradigma da filosofia da linguagem.

Dworkin atribui à interpretação a função de instrumento viável e indispensável para se analisar as questões de direito que, entretanto, embora se refiram a valores constitucionalmente reconhecidos pela comunidade política, não se pode fundamentar em argumentos morais<sup>534</sup>, uma vez que tais fundamentos se desenvolveriam com elevado grau de subjetivismo que, como se viu, não se adequa ao modelo constitucional de Estado Democrático de Direito.

Afasta-se a relação sujeito-objeto, fundada na consciência e no subjetivismo do julgador, tornando necessária a observância de todas as etapas da fundamentação para que se possa conceber a única resposta correta<sup>535</sup>.

A interpretação, que se apresenta como uma atividade necessária em qualquer tipo de leitura, deve se desenvolver entre claros limites, para que não atribua ao interprete o poder de criar conceitos, retirados não do conjunto em análise, não do texto em leitura, ou sequer do encadeamento de atos, fatos e argumentos que lhe foram apresentados, mas de sua intuição, velada ou não. Por isso mesmo, não se atribui aos juízes o poder de decidir com o uso da discricionariedade, própria do juiz solipsista, que se apresenta como criador de conceitos jurídicos novos, exercendo, indevidamente uma atividade própria do Poder do Legislativo, criando normas por meio do ativismo judicial, o que é combatido por Dworkin através do Juiz Hércules<sup>536</sup>.

Trata-se do personagem criado por Dworkin para demonstrar a interpretação realizada com a análise da integridade e coerência do Direito, de forma a superar a arbitrariedade como técnica e método da decisão, de forma incompatível à democracia.

---

<sup>534</sup> “Mas, se estou diante de um indivíduo cujas opiniões morais diferem radicalmente das minhas, não posso ter a esperança de encontrar em meu conjunto de razões e argumentos algo que ele possa aceitar sem ser, a seus próprios olhos, irracional. Não posso lhe demonstrar que minhas opiniões são verdadeiras, e as dele, falsas.” DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 151.

<sup>535</sup> “Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão validas quanto a sua.” Ibidem, p. 191.

<sup>536</sup> “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (raionale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

Talvez o exemplo que melhor represente a dificuldade brasileira de se livrar do elemento discricionariedade seja a reforma do Código de Processo Civil. Isso porque, ao mesmo tempo em que podemos visualizar no CPC/2015 a retirada do livre convencimento (e, portanto, uma crítica ao protagonismo judicial), bem como a institucionalização da exigência do respeito à coerência e à integridade nas decisões judiciais, a legislação processual, com todos os avanços promovidos por esta alteração, convive com a positivação da ponderação (§ 2º do art. 498) e mantém, no art. 140, elementos de não superação dos paradigmas novecentistas de interpretação do direito, em razão da manutenção da ideia de lacunas e obscuridades, bem como do julgamento com base na equidade. Ou seja, apesar das mudanças paradigmáticas que a reforma processual proporcionou, depois de muitas batalhas por mim e por outros juristas alinhados à Crítica Hermenêutica do Direito, debates acerca daquilo que podemos chamar de “senso semântico” (*semantic sense*) nas discussões sobre a interpretação do direito foram mantidos, através da permanência da menção a lacunas, obscuridades e ao julgamento por equidade.<sup>537</sup>

A interpretação, promovida pelo juiz Hércules, avança através de algumas etapas. Primeiramente, tem-se a investigação da ocorrência de hipóteses análogas ao caso concreto em avaliação, ou seja, investiga-se a circunstância de eventuais precedentes. As hipóteses serão averiguadas quanto à adequação à luz de princípios relacionados a cada interpretação. O próximo passo para o juiz Hércules se instala com a comparação da decisão estabelecida com as hipóteses de precedentes angariadas para a pesquisa, analisando aqui, a coerência entre os atos decisórios. E por último, deve haver justificção destas e de seus precedentes analisados, para assim elaborar a decisão correta e única para o caso concreto, o que pressupõe, desde logo, a possibilidade de se encontrar para qualquer caso, submetido à jurisdição, uma única resposta correta, contrapondo-se à discricionariedade e ao ativismo judiciais.

Desde a primeira até a última etapa, a decisão jurídica deve procurar avaliar a adequação da interpretação em relação aos princípios de moral política da comunidade, para poder justificar a escolha da interpretação que cumpra com a exigência de integridade, quer dizer, que cumpra com a exigência de coerente e de adequação da decisão como parte de um projeto jurídico – que é também moral, porque há uma sustentação mútua entre a moral política e o direito.<sup>538</sup>

O ativismo é a atividade do Poder Judiciário, em que a solução da demanda que lhe foi confiada se realiza pela construção ou desconstrução discricionária de uma norma, portanto, inexistente (ou existente e vigente), destinada ao caso concreto, que representaria, segundo seu entendimento pessoal, um caso difícil em que não haveria norma específica ou adequada.

(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se

<sup>537</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme minha Consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 105.

<sup>538</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 389.



instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>539</sup>

Como já se observou ao longo do presente trabalho, teria o procedimento a finalidade de promover a efetivação de direitos fundamentais, que exigissem a intervenção do legislador omissor.

Quanto à efetivação de direito fundamental, portanto, em consonância com a Constituição da República se observa a título de exemplos as decisões proferidas nas Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277 do Distrito Federal e Ação Direta de Preceito Fundamental número 132 do Rio de Janeiro, que discorrem sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva<sup>540</sup>, que diante da ausência de legislação específica foram enfrentadas à luz da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal que normatizou a questão.

O debate decorrente da paradigmática decisão questionou a competência do Poder Judiciário em intervir na competência própria do Poder Legislativo, que a exerce inclusive quando opta por não normatizar determinada circunstância, de tal forma que, constituiria a decisão um ativismo judicial, isto é, estaria sendo afrontado o princípio da separação de poderes. Haveria, por esse entendimento, o rompimento para com a *Chain Novel*, em decorrência da drástica mudança de roteiro, se considerada a omissão do legislador também

<sup>539</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista (Syn)thesis*. Rio de Janeiro, v.5, n.1, p 23-32. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2017.

<sup>540</sup> “EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...). 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (...). 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...). 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...)”

como uma escolha política, já que nesta hipótese estaria sendo substituída pela decisão judicial desprovida de legitimidade para legislar, entretanto, de acordo com os pesquisadores sobre o tema, a utilização deste instrumento seria o único meio de se ver cumprir a garantia constitucional da minoria e, nesse caso estaria sendo aplicado o direito com coerência e integridade.

De outro lado, se observa o crescente movimento de ativismo judicial por parte do Poder Judiciário com graves consequências ao sistema democrático, fundado no subjetivismo do julgador sob o pretexto da superação do positivismo.

Vimos que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Mas, em consequência dessas premissas, há neste ponto uma segunda questão a requerer resposta. Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.<sup>541</sup>

O ativismo, assim praticado, constitui modo discricionário de exercer a tutela jurisdicional, fundado na consciência do julgador, que não representa o Direito, concentrando poder ao Judiciário em prática antidemocrática e ilegítima, transformando a jurisdição em uma “*justiça lotérica*”<sup>542</sup>, onde não há uma resposta certa para as questões propostas, pelo contrário, existe qualquer resposta possível, o que institui instabilidade e insegurança jurídica, deseducando a sociedade quanto ao alcance da Constituição, da cidadania e das instituições democráticas.

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Ora, o ativismo é behaviorista. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo

<sup>541</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 73.

<sup>542</sup> “*Vinte anos depois, os juízes ainda não se acostumaram com a lei prevendo tantos direitos para o cidadão. ‘Os juízes, que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos da estagnação para o ativismo. Para Lenio Streck, o ativismo é ruim. É ele que leva o Judiciário a emitir tantas decisões contraditórias. A isso, o procurador dá o nome de ‘Justiça lotérica’.*” PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião. *Judicialis activismum constitutione lupus est.*<sup>543</sup>

Percebe-se desse modo, que o ativismo judicial nega a vigência ao Direito legislado nas esferas infraconstitucionais e retira a eficácia da Constituição, enfraquecendo a *Chain Novel*, e desse modo, abre ensejo para o improviso como técnica, uma vez que por meio desse instrumento discricionário os juízes não têm o dever de seguir a nenhuma norma promulgada, ou de prestar contas à sociedade quanto ao Direito posto, representando o rompimento da clássica separação de poderes, vitoriosa na Revolução Francesa.

O modelo de separação de poderes é adotado, se não na totalidade, na maioria dos Estados democráticos, inclusive o Brasil, nas constituições de 1824<sup>544</sup>, 1891<sup>545</sup>, 1934<sup>546</sup>, 1937<sup>547</sup>, 1946<sup>548</sup>, 1967<sup>549</sup>, 1969<sup>550</sup> e 1988<sup>551</sup>, onde as atribuições são distribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes, cujo objetivo está diretamente ligado à democracia, ainda que presente formalmente em constituições autoritárias, e, à recíproca limitação do poder, de tal forma que, a centralização representaria violação à Constituição, em desatenção à lição de Rui Barbosa que alertava que “*Quando um direito constitucional desaparece, nenhum dos outros se deve presumir seguro (...)*”<sup>552</sup>. Manifesta-se Hanna Arendt quanto ao tema:

Mais importante é a descoberta que se deve, ao que eu saiba, exclusivamente a Montesquieu, o último pensador político seriamente preocupado com o problema das formas de governo. Montesquieu percebeu que a principal característica da tirania era que se baseava no isolamento – o isolamento do tirano em relação aos súditos, e dos súditos entre si através do medo e da suspeita generalizada - e que, portanto, a tirania não era uma forma de governo como qualquer outra, mas contradizia a condição humana essencial da pluralidade, o fato de que os homens agem e falam em conjunto,

<sup>543</sup> STRECK, Lenio. *O Supremo não é o guardião da moral da nação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>544</sup> Vide nota 10.

<sup>545</sup> “Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

<sup>546</sup> “Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

<sup>547</sup> Que não positivou norma específica, mas estatuiu a existência dos três Poderes subordinados ao Executivo.

<sup>548</sup> “Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.” BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946.

<sup>549</sup> “Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967.

<sup>550</sup> “Art. 6º. São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, *Emenda Constitucional nº: 1*, de 17 de outubro de 1969.

<sup>551</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

<sup>552</sup> Rui Barbosa, *Obras Completas. A Ditadura de 1893*. Rio de Janeiro: MEC. 1949, v. XX, Tomo IV, p. 138.

que é a condição de todas as formas de organização política. A tirania impede o desenvolvimento do poder, não só num segmento específico da esfera pública, mas em sua totalidade; em outras palavras gera impotência tão naturalmente como outros organismos políticos geram poder. Na interpretação de Montesquieu, isto torna necessário atribuir-lhe lugar especial na teoria dos corpos políticos; só a tirania é incapaz de engendrar suficiente poder para permanecer no espaço da aparência, que é a esfera pública; ao contrário, tão logo passa a existir, gera as sementes de sua própria destruição.<sup>553</sup>

Ao longo do presente estudo se observou os contextos histórico, social e científico que em cadeia deram origem ao novo sistema de direito processual civil e como conceitos ideológicos, como forma de apresentação de uma conduta no mundo e como instrumento de ocultação da realidade, conectaram-se e impulsionaram as diversas quebras de paradigmas arraigados na prática e na teoria do Direito, diante de suas crises, decorrentes das do Estado Moderno, desde sua criação, que desembocam na atual colapso em que a crise do Direito se apresenta, sobretudo, como crise do Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil, em tal contexto, apresenta-se como continuidade de um romance em cadeia desenvolvido na legislação ao longo do século XX, em que, como nunca, desenvolveu-se o Direito como ciência. Pontes de Miranda salienta que:

Cada ciência ou grupo de ciências tem o seu século, o seu momento histórico. Pensai nas ciências matemáticas. Depois na mecânica. Na física, desde a Renascença. Na química, a partir dos fins do século XVIII. Na biologia, e, há pouco, na psicologia e na sociologia. O direito começou a ter o seu momento, talvez o maior tributo do segundo quartel do século XX.<sup>554</sup>

A transformação da ciência do Direito, não por acaso, coincide com o enfraquecimento e superação do positivismo, que se mostrou incapaz de enfrentar a realidade perante as experiências históricas que transformaram o mundo naquele breve século<sup>555</sup>.

Ao final da segunda-guerra mundial foi revista a proposta da metodologia positivista, assumindo as constituições do pós-guerra caráter democrático e dirigente e suas normas reconhecidas como princípios e regras, dotadas de efetividade e não meramente programáticas ou meramente retóricas. Instituiu-se, pois, um Direito aberto intimamente vinculado à eficácia dos valores e escolhas fundamentais da sociedade, ou comunidade política, cristalizados através

<sup>553</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 214-215.

<sup>554</sup> PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo II, p. 260.

<sup>555</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos, o breve século XX, 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

de princípios, com reconhecida força normativa e aplicabilidade aos casos concretos, que impõem uma visão de coerência e integridade.

Na filosofia se processou a grande virada metodológica com a superação da filosofia da consciência, substituindo-se o sedimentado conceito sujeito-objeto pela filosofia da linguagem, que produziu profundos efeitos também na ciência do Direito.

A filosofia da linguagem em uma sociedade democrática, voltada à concretização das promessas constitucionais, conduziu o choque de racionalidades que levou o decisionismo, tomado como prática positivista, à posição de xeque, incapaz que é de se relacionar a instituições democráticas pela concentração de poder, fundada no subjetivismo e na própria vontade e capacidade de exercitá-lo.

Nessa conjuntura de ideias se instituiu o novo Código de Processo Civil, o primeiro da história do país conquistado em uma democracia, que se apresenta coerente e íntegro quanto aos valores reconhecidos pela comunidade política, construídos ao menos no último século e em especial a partir da Constituição de 1988, que lhe direcionou a elaboração como ato legislativo e o sentido voltado à concretude dos direitos fundamentais.

O romance em cadeia se apresenta na instituição da nova norma processual, como também pode ser observado no conjunto de dispositivos que pretendem regular a prestação jurisdicional, da qual se exige uma *accountability* hermenêutica exercida através da fundamentação das decisões judiciais.

Observou-se, entretanto, a resistência à efetividade do novo, seja por questões de política institucional do Poder Judiciário, que se mantém em combate pela primazia do discurso jurídico, seja pela confusão metodológica que o fez crer que a superação do positivismo representaria um cheque em branco para que qualquer decisão fosse proferida, tomando por fundamento o subjetivismo do julgador, capaz de promover, nesse ambiente toda espécie de ativismo, recusando-se aos avanços técnicos estabelecidos na nova legislação quanto à fundamentação em postura incompatível com a democracia.

No conjunto da pesquisa, a partir de tais dados, torna-se necessário deixar que o texto apresente seu discurso, sobretudo, diante da prisão instituída pelos sistemas procedentes com seu caráter vinculante e a resistência à superação do esquema sujeito-objeto.

A resistência se manifesta diante de uma força contrária, que diligencia sua submissão a um estado diverso daquele que experimenta, ou seja, volta-se ao combate contra algo que age em sentido contrário ao seu, o que constitui exemplo reiterado nas ciências, como “*As equações de Maxwell, que afetaram um grupo profissional bem mais reduzido do que as de Einstein, foram consideradas tão revolucionárias como estas e como tal encontraram resistência (...)*”

<sup>556</sup>. A filosofia da consciência, através de seus defensores, resiste à mudança de paradigma, tal qual os defensores do geocentrismo à Copérnico. Nessa mudança paradigmática a filosofia da linguagem nega legitimidade à filosofia da consciência.

É de esperar que as transformações que começaram a arruinar a concepção clássica de ciência vão continuar em verdadeira metamorfose. O conceito de ciência herdado do século passado não é, como observou Bronowski, nem absoluto, nem eterno. Enquanto os físicos acreditavam, em 1900, que sua ciência suprema estivesse quase completa, essa mesma física começava uma nova aventura, arruinando seus dogmas. A pré-história das ciências não terminou no século 17. A idade pré-histórica da ciência ainda não está morta no fim do século 20. Mas em toda parte, cada vez mais, tende-se a ultrapassar, abrir, englobar as disciplinas, e elas aparecerão, pela ótica da ciência futura, como um momento de sua pré-história. Isso não significa que as distinções, as especializações, as competências devam dissolver-se. Isso significa que um princípio federador e organizador do saber deve impor-se.<sup>557</sup>

Inicia-se a questão pela utilização da filosofia da linguagem na hermenêutica jurídica, que melhor se adequa ao pensamento complexo, ao processo em um Estado Democrático de Direito e a racionalidade comprometida com sua própria eficiência e eficácia, sobretudo, diante da própria evolução da filosofia e do conhecimento humano.

No paradigma do giro linguístico, a linguagem deixar de ser, como ocorre na filosofia da consciência, uma terceira coisa entre sujeito e objeto, assumindo a função de condição de acesso ao mundo, de tal forma que, a compreensão da linguagem e, portanto, da acessibilidade à vida requer a presença da hermenêutica, buscando superar a tensão localizada entre o texto e seu sentido no caso concreto, o que se desenvolve em torno da filosofia<sup>558</sup>.

Na filosofia da consciência (ligada aos paradigmas metafísicos), a operação de hermenêutica se realizava em partes, sucessivamente e metodicamente organizadas em termos de compreensão, interpretação e aplicação, buscando no texto o seu sentido, como se fosse independente e alheio ao sujeito que o interpreta na busca pela “vontade da norma”, ou do “espírito de legislador”, ou ainda, a “melhor resposta”, reproduzindo sentidos.

A hermenêutica clássica, fundada na filosofia da consciência, pressupõe que o texto jurídico carrega em si, seu sentido, transformando-o em coisa, em objeto, de tal forma que, haveria equivalência entre o texto e seu sentido, ficando o intérprete preso a ele, porém diante dos problemas práticos caberia ao juiz, por meio da discricionariedade e utilizando seu subjetivismo fixar-lhe o significado.

<sup>556</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 26.

<sup>557</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 10.

<sup>558</sup> SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 180.

A superação dos paradigmas metafísicos (filosofia da consciência) tem origem na concepção da filosofia da linguagem e da viragem hermenêutico-ontológica, realizada por Martin Heidegger, e Hans-Georg Gadamer, que instituíram uma hermenêutica filosófica, pela qual, o sujeito que interpreta, sempre atribui o sentido a partir do seu modo de ser no mundo.

Portanto, a atividade hermenêutica se realiza diante e através da facticidade e historicidade do intérprete reconhecendo, desta forma, que há uma diferença de ordem ontológica entre o texto e seu sentido (incorpora-se, pois, a diferença ontológica da fenomenologia hermenêutica)<sup>559</sup>, que, entretanto, não possuem existência autônoma, o que impede que o intérprete lhes atribua interpretação arbitrária ou arbitrariamente lhes atribua sentido<sup>560</sup>, de forma que, o próprio texto tem algo a dizer, impossibilitando a cisão do argumento descritivo no texto de seu discurso prescritivo, pois, o Direito é integrante do próprio fato, inexistindo razões de fato e de direito<sup>561</sup>.

Nesse contexto a supervalorização dos precedentes jurisprudenciais se constitui como uma prisão ao Direito, promovida pelo Poder Judiciário discricionariamente, que se recusa a respeitar a vigência do dispositivo que exige a fundamentação, mas pretende a subsunção de seu texto genérico com a qualidade de imutabilidade, já que sua aplicação delimitaria o Direito, aplicado sem coerência e integridade.

Gadamer esclarece que interpretar é compreender, o que não se restringe a métodos como na filosofia da consciência, pois, “(...) *pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo (...)*”<sup>562</sup>, em uma circularidade hermenêutica, que busca no conjunto da experiência humana no mundo e em suas tradições a formação do *sensus communis* (concreto e histórico) e a manifestação da verdade.

A hermenêutica filosófica se desenvolve em um círculo hermenêutico heideggeriano que visa promover a interpretação correta a partir da pré-compreensão do texto, que não se confunde com a invocação de ideologias ou sentimentos pessoais, constituindo-se como obstáculo à arbitrariedade produzida pelo subjetivismo e pelo método sujeito-objeto e seu relativismo, inimigos da autonomia do Direito e da democracia. Obtém-se, desta forma o resgate da validade e legitimidade do Direito solapadas pela discricionariedade amparada pelo

---

<sup>559</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>560</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>561</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

<sup>562</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 29.

sincretismo teórico oferecido como solução à superação do positivismo, que defende, no Brasil, um ativismo judicial como justificativa para a arbitrariedade, enfraquecendo a democracia e a força normativa da Constituição.

Assim a hermenêutica filosófica, sustentada na historicidade da compreensão, em um contexto de significações compartilhado pela comunidade política, na tradição impressa pelos valores democráticos, possui relevante papel para superação do déficit democrático do Direito nacional, pois a decisão constitui um ato de responsabilidade política, pelo que, não se deve fundar em uma opção entre teses possíveis, mais precisamente a resposta certa e adequada, devidamente explicitada na fundamentação, de forma que a subjetividade do julgador é controlada pela intersubjetividade proveniente da linguagem.

Desta forma, para que a prisão positivista do texto legal, que em uma hermenêutica fundada no esquema sujeito-objeto não passa de subterfúgio ideológico para a discricionariedade, não seja substituída pela dos enunciados jurisprudenciais, fundadas em subjetivismos alimentados por mixagem metodológica, torna-se necessária a aplicação da hermenêutica filosófica para a construção de uma linearidade histórica – a aproximação feita é da construção de horizontes autênticos com a *Chain Novel*, uma filtragem do que vale como referência em uma construção histórica –, combatendo o poder discricionário e a arbitrariedade do intérprete e restituindo a autonomia do Direito pressionada pela admissão das múltiplas interferências dos mais variados ramos da ciência social. Também produz ruptura ao romance em cadeia a prática decisionista fundada no pragmatismo, próprio de realismo jurídico, em que as decisões decorrem de um subjetivismo direcionado a solucionar questões muito imediatas e desconectadas da tradição ou das projeções ao futuro que produzem.

A coerência e integridade do Direito, positivadas no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, vincula-se diretamente à democracia, de forma a impor o dever de uma fundamentação articulada de forma a dar continuidade à *Chain Novel*. O rompimento da novela em cadeia é efetuado por um relativismo originário da aplicação de princípios nas decisões judiciais de forma indiscriminada através de metodologias às vezes até mesmo contraditórias.

Não se pode reconhecer integridade e coerência como se representantes de um pensamento, atingindo o processo em que as partes litigam são surpreendidas pela invenção de normas em ativismo judicial, ou simplesmente pela arbitrariedade que se acopla ao decisionismo, e, também, atingindo a própria legislação democraticamente aprovada e vigente, com a edição de súmulas que têm hoje caráter vinculante e, na realidade, não podem ser modificadas, aprisionando o sistema do Direito.



Trata-se de um aprisionamento paradoxal, em sentido contrário à autonomia de o Direito como ciência e aos ganhos democráticos obtidos através da Constituição de 1988, que condicionam sua legitimidade, cuja eficácia plena e a própria democracia ficam fragilizadas, quando seu adequado tratamento, por via das decisões judiciais, geraria exatamente o fortalecimento dessas instituições, em um contexto de judicialização da política, de ativismo judicial e de solipsismo calcados, não sem estranheza, no rompimento do paradigma do positivismo.

Diante da Constituição de 1988, com sua gama de direitos fundamentais a exigir concretude, em rompimento à ordem autoritária que lhe precedeu, superou-se no país o paradigma do positivismo, razão pela qual, foram recepcionadas as mais variadas teorias do Direito, destinadas a explicar o que são princípios, regras, sua abrangência, modo de aplicação e de interpretação, com impacto imediato nos modelos de decisão judicial, como já havia ocorrido nas constituições democráticas europeias do pós-guerra, tendência que posteriormente se espalhou pelo mundo.

Na Europa, a Constituição alemã e sua doutrina sofreram o impacto da então recente história do país, tomando como especial foco de atenção os direitos fundamentais e sua efetividade, tornando-se um paradigma para as constituições que sucederam a regimes totalitários, como na Espanha (de Franco), Portugal (de Salazar) e Brasil (da ditadura militar) que sofreram, não por acaso, influência do exemplo alemão, ressaltando a existência de um paralelismo entre as constituições liberais luso-brasileiras<sup>563</sup>, que se manteve com suas constituições democráticas.

País de modernidade tardia, encontrou o Brasil, com a Constituição de 1988, fruto de sua mais representativa constituinte, a oportunidade de promover um acerto de contas histórico exatamente através dos princípios reconhecidos na nova ordem democrática, através de sua força normativa, diante do que se avolumou a demanda por efetividade, e assim, o poder do Judiciário.

No lapso temporal entre o final da Segunda Guerra Mundial e a onda histórica de constituições democráticas e a Constituição brasileira de 1988, desenvolveu-se a doutrina constitucional estrangeira, das mais variadas concepções, sobretudo, organizadas em torno de teorias da argumentação, que foi recepcionada pelo Direito brasileiro, especialmente a teoria de Robert Alexy, não sem uma mixagem metodológica (confundindo a jurisprudência de valores

---

<sup>563</sup> MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do Descobrimentos Portugueses, 2001.

com as teorias da argumentação), sequer preocupada com a compatibilidade das diversas visões propostas, gerando no país um movimento de panprincipiológico<sup>564</sup>, como adrede exposto.

Essa mistura teórica possibilitou ao Judiciário, seja por imprecisão técnica, seja como instrumento ideológico para concentração de poder, a aplicação de métodos discricionários para escolha da norma principiológica a ser aplicada ao caso concreto, sob o argumento de ponderação, invocando-se, de forma equivocada a teoria de Robert Alexy, que por si só, revela caráter antidemocrático<sup>565</sup>. À utilização da ponderação de princípios como instrumento de discricionariedade se aderiu a prática do ativismo judicial.

Nessa conjuntura que institucionalmente e, através de decisões do Supremo Tribunal Federal, privilegia o decisionismo em suas mais variadas formas, como técnica de decisão judicial se apresenta a força vinculante dos precedentes jurisprudenciais, como se observa no artigo 927 do novo Código de Processo Civil<sup>566</sup>, de forma a criar súmulas vinculantes por expreso dispositivo constitucional e súmulas com efeitos vinculantes de ordem infraconstitucional.

Com instrumento de sustentação de poder, mistura a jurisdição brasileira abertura de sentido da constituição e a superação do positivismo com a livre atribuição de sentidos, que pode ser verificada até mesmo na aplicação de regras diretas da legislação infraconstitucional, de forma que, institui-se um regime de ampla insegurança jurídica, agravada pelo aprisionamento do Direito a precedentes jurisprudenciais que em termos práticos têm mais estabilidade e aplicabilidade que a lei votada e sancionada pelos Poderes competentes.

Portanto, o acórdão que sequer se obriga à observância de regra direta quanto aos elementos necessários à decisão, produzido através de precária fundamentação, com

---

<sup>564</sup> Vide nota 369.

<sup>565</sup> Vide nota 366.

<sup>566</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” BRASIL, Código de Processo Civil, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

fundamento na discricionariedade do juízo, que se acredita amparado pela confusão metodológica que se instaurou no Direito, gerará efeitos permanentes e oponíveis aos futuros litigantes.

Embora a abertura do Direito (no Brasil) tenha origem na Constituição de 1988, se vê a utilização da nova metodologia de cunho constitucional, desprovida de fundamentação ou com fundamentação precária, tem-se afastado do modelo constitucional para privilegiar o simples exercício do poder, que se funda nele mesmo e na vontade de exercê-lo.

Observa-se, desta forma, que “(...) a libertação do direito de qualquer fundamento metafísico deslocou o problema dessa fundamentação (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas. E nisso residirá a diferença dos diversos enfoques (...)”<sup>567</sup>. Ao que se conclui que há um aprisionamento do texto tomado como objeto, retornando ao paradigma metafísico, cuja solução se encontra na discricionariedade institucionalizada; como resultante do ativismo judicial fundado no psiquismo do juiz, que encontra em sua subjetividade a razão de decidir; como escolha arbitrária em uma artificial ponderação de valores através da mixagem de teorias opostas; como precedente firmado tornando-o estável a partir de decisões das quais se liberou o Judiciário da devida fundamentação impedindo-o de se comunicar com a sociedade em termos de convencimento e legitimação; e, como sequestro da realidade, sua facticidade e historicidade, fechado em torno do subjetivismo do julgador.

A solução para tal crise de racionalidade se apresenta através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais com a *accountability* à comunidade política, de forma a restaurar a efetividade da Constituição e a democracia. Porém, não basta que se apresentem as razões da decisão, que em qualquer cenário se fazem indispensáveis, necessário também que o raciocínio nelas explicitado ultrapasse a filosofia da consciência, a fim de limitar qualquer conduta discricionária.

Desse modo, as sentenças devem resgatar o compromisso histórico apresentado em decisões passadas, analisando como elas foram concebidas pelos juízes que as conceberam, para haver relação entre todas as sentenças passadas e presentes.

A construção dessa decisão, após a investigação de questões semelhantes exploradas no passado, deve relacionar com o projeto civilizatório, isto é, com os programas que visam um futuro melhor para a comunidade.

---

<sup>567</sup> STRECK, Lenio Luiz. *HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <[http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

Observa-se a necessidade de integridade e coerência na sentença do magistrado, questões que devem ser apresentadas na fundamentação adequada, tal como instruída no artigo 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015, construindo desse modo, uma decisão que se adequa a Constituição e seu artigo 93, inciso IX.

Quando se faz a investigação quanto à relação existente entre os Códigos de Processo Civil promulgado ao longo da história do Brasil e sua relação entre si, a luz da metáfora da *Chain Novel* observa-se que o novo Código de Processo Civil surge como uma resposta aos anseios da limitação do Poder Judicial, rompendo com o modelo de juiz solipsista que utiliza de sua subjetividade para promulgar sentenças, retomando ao chão histórico legítimo, isto é, o desenvolvimento do personagem do juiz e a necessária mudança de seu modelo dentro do novo ordenamento.

## CONCLUSÃO

Das grandes crises da modernidade talvez uma das que mais se destaque seja a de identidade institucional em um país onde os papéis do Estado e de seus órgãos se (re)definem com uma dinâmica frenética e de maneira aleatória na busca de novos e maiores espaços enquanto protagonistas do exercício do poder via controle social.

As crises dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo possuem origens comuns embora se manifestem de maneira diversa, em virtude das peculiaridades de cada agência. No direito, crê-se, o problema nevrálgico, desde sempre retorna ao ato de decidir e à compreensão do papel do decisor e, talvez principalmente dos caminhos que ele deve seguir na tarefa de dizer do direito.

A ideia de que transformações se dão gradativamente e que se constituem na existência histórica demandam uma leitura fenomenológica de como constitui-se enquanto seres que se organizam de há muito a partir de estruturas de poder gerenciadas pelo direito, reproduzido a partir de uma vontade geral extraída politicamente das vontades e necessidade individuais, de grupos pequenos, de associações mais complexa e de instituições.

Para efetuar tal estudo foi necessário escolher um referencial teórico e metodológico que abandonasse o mito de verdades, processos e consciências transcendentais na tentativa de dar conta de um modelo jurídico que está (ainda) em um processo de transformações radicais e, é claro, de resistências de ordem pessoal e institucional ao novo, pela natural estranheza que nos causa.

Como objeto buscou-se o paradoxo entre o ato de fundamentar adequadamente, apresentado como dever do juiz, e a resistência deste personagem a efetivar tal atividade. Assim, a pesquisa teve o intuito de analisar sobre a obrigatoriedade da fundamentação no Código de Processo Civil de 2015, isto pois, percebeu-se que não havia efetivação do artigo 93, inciso IX da Constituição e por esse motivo a promulgação do novo Código de Processo Civil trouxe questões problemáticas para os magistrados, como o artigo 489, §1º que concebe a fundamentação adequada.

Uma vez que já existia o artigo constitucional que tratava sobre a fundamentação, não haveria necessidade de se conceber um artigo correspondente na lei infraconstitucional, isto pois, a exigência deveria ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a ânsia quanto ao veto do artigo que explora a fundamentação adequada demonstra que os juízes não aceitam a limitação de seu poder por meio do *accountability* que

a fundamentação traz para o processo, ou seja, o modelo de juiz solipsista não assente a qualquer tipo de limite.

A pesquisa foi impulsionada pelos valores da cidadania em uma democracia que geraram expressivo acréscimo de demanda da sociedade frente ao Poder Judiciário que, por esse motivo, viu-se envolvido em uma crise operacional e, sobretudo de racionalidade, desenvolveu-se em torno da doutrina de Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin, tomando por pressuposto a força normativa das normas constitucionais e o reconhecimento da aplicabilidade dos princípios, especialmente para a pesquisa dos processuais, reconhecidos no texto da Constituição dotados de força normativa, que instituiu no país um Estado Democrático de Direito, que impõe um novo papel à jurisdição, voltado ao resgate das promessas não cumpridas, na realidade nacional de modernidade tardia, com a efetivação dos direitos reconhecidos como fundamentais nessa nova ordem.

Diante da aprovação e vigência de nova normatização processual, instituída através do novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015, buscou-se compreender como essa norma se relaciona com a Constituição de 1988, seus princípios e valores, no sentido de romper a crise de racionalidade, centradas na decisão judicial, que prejudica a credibilidade e legitimidade da jurisdição e qual seria o seu papel frente ao constitucionalismo contemporâneo em especial quanto à efetivação do disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988.

Para compreensão do tema se buscou, de início, o contexto histórico do surgimento da nova ordem e mentalidade processual, identificando inicialmente, a formação do Direito brasileiro. Para a constituição da pesquisa foi-se necessário investigar sobre a construção do juiz no país, iniciando-se no Brasil-colônia, uma vez que neste marco histórico se encontra o primeiro conjunto de leis a regular o país, as Ordenações Filipinas; continuando com desenvolvimento histórico e social, até que foi observado o direito moderno contemporâneo com o Código de Processo Civil de 2015. Observou-se que o Direito brasileiro, em sua gênese, constitui-se como obra do colonizador português em uma conjuntura econômica de mercantilismo e política de afirmação de Portugal como Estado, em que a cultura autóctone foi desconsiderada, não obstante, coerentemente a um cenário de pluralismo jurídico reinante na Europa, tenha-se admitido a criação de um específico e limitado Direito local, sobretudo, regulatório e destinado à proteção dos interesses da coroa portuguesa ao longo do ciclo econômico do ouro. A jurisdição no período colonial, pode-se verificar, desenvolveu-se como função política, vinculada inicialmente aos donatários das capitanias hereditárias e, somente com a organização estatal ocorrida a partir do governo geral de Tomé de Souza em função da

Metrópole. O Direito Processual nacional foi regulado predominantemente pelas Ordenações do Reino (que determinavam o dever de fundamentação) que, em boa parte, mantiveram vigência até a edição do Código de Processo Civil de 1939.

A pesquisa histórica revelou que a constituição de uma elite econômica local atuou no sentido da independência buscando a manutenção da ordem posta e a internalização integral do poder. Com a independência foi outorgada a Constituição de 1824, a mais longeva da história constitucional do país. Ao longo da vigência daquela Constituição foram instituídas as primeiras normas processuais, mantendo-se o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Condições históricas levaram ao rompimento da ordem constitucional com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, que adotou um sistema federativo em que cada Estado-Membro tinha competência para legislar sobre matéria processual. As crises econômicas e institucionais, bem com a transformação econômica experimentada pela jovem República, em um ambiente internacional de instituição de Estados autoritários levou a nova ruptura constitucional com a promulgação da Constituição de 1934, seguida pela de 1937, que centralizaram o direito processual através do Código de Processo Civil de 1939, que manteve sua vigência, em alguns temas até o Código de Processo Civil de 2015. Entre os dois dispositivos passou a vigor o Código de Processo Civil de 1973, que diante da Constituição de 1988 sofreu diversas transformações guiadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e consolidadas em uma série de reformas.

Diante da apropriação do sentido histórico da transformação do direito processual no país e, por esse motivo, passou a pesquisa a perscrutar sua construção ideológica, iniciando pelo entendimento do que venha a ser ideologia e suas concepções. Observou-se a vinculação do aparato processual ao racionalismo voltado ao paradigma liberal e capitalista, como todo Direito nacional, que se conclui ser um dos fundamentos para a tardia modernidade nacional e para sonegação de suas promessas. A Constituição de 1988, no entanto, passou a direcionar o sentido ideológico do Direito e, portanto, do processo civil, à concretude dos direitos fundamentais, transferindo para a pessoa humana seu centro e para democracia seu modo de se expressar no mundo. Verificou-se também a vinculação desse racionalismo ao positivismo, cuja integral superação ainda encontra entraves no decisionismo, instituído sob o manto ideológico da ponderação (destinada a sonegar direitos) e sob o discurso da celeridade.

Compreendida a vinculação histórica e ideológica na formação do novo pensamento processual, tornou-se possível o desenvolvimento da pesquisa quanto a finalidade do Código de Processo Civil de 2015, inicialmente com a constatação que ele surge como o primeiro diploma processual nascido em uma democracia, onde a questão da fundamentação, ponto

central de todo trabalho, se apresenta como dever de prestar contas em um regime democrático, precisamente em substituição aos antigos regimes fundados em governos autoritários, que também exigiam, em certo grau, o dever de motivar as decisões.

Constatou-se que a aplicação de princípios garantidores do processo decorrem da própria Constituição de 1988, inclusive e em especial o da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais. Decorre esse dever do próprio sistema democrático, tornando-se essencial pela própria metodologia do Direito contemporâneo, que admitiu nova técnica legislativa com a inclusão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a par da aplicação dos princípios com força normativa, circunstâncias que ampliam o poder do juiz. Verificou-se também as mais importantes transformações e seu sentido, concluindo-se como sendo pela concretização dos direitos fundamentais e da democracia em sentido coerente ao da Constituição de 1988. Revelaram-se, nesse contexto, como conquistas democráticas, a exigência de integridade e coerência nas decisões, a especificação de elementos essenciais na fundamentação e a exclusão da ideia de livre convencimento. A análise dos dispositivos em seu conjunto revelaram a que se destina o Código de Processo Civil de 2015, isto é, a coibir o decisionismo que representa e fragiliza o sistema democrático e as conquistas expressas na Constituição de 1988.

Superou-se, desta forma, a primeira questão da pesquisa, o dever de fundamentar, que se ofereceu ao longo do estudo como exigência lógica e racional, mesmo em regimes anteriores, sobretudo, em uma ordem constitucional democrática, de tal forma que, conclui-se que a nova ordem processual constitui histórico avanço democrático ao Direito, às instituições, à sociedade e à própria jurisdição que poderá resgatar sua legitimidade e credibilidade. Fica patente ainda, o reconhecimento da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais como princípio constitucional diretamente relacionado ao acesso à justiça, ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Diante de tal reconhecimento dirigiu-se a pesquisa à crise do choque de racionalidade que envolve a aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, buscando os fundamentos para o rompimento das amarras que obstaculizam a eficácia dessa mentalidade. Demonstrou-se que a matéria envolve a crise do próprio Estado, razão pela qual a pesquisa destacou-a sob o aspecto histórico, vinculando-a desde a que deu origem ao Estado Moderno e seus antecedentes, evoluindo com a análise das transformações históricas e filosóficas que sofreu no longo trânsito para uma nova racionalidade, podendo ser traduzida essencialmente como crise de Poder Judiciário. Essas transformações relacionam-se ao ambiente intelectual do iluminismo, ao reconhecimento dos direitos e garantias individuais



e às transformações econômicas que se encontram na base da crise do Direito do século XX. Foi no século XX que se desenvolveu a nova metodologia do Direito destinada à superação do positivismo, sobretudo, após o término da Segunda Guerra mundial.

Apurou a pesquisa que com o final da Segunda Guerra mundial e as Constituições do pós-guerra, consolidou-se um novo constitucionalismo, destinado a concretização dos valores democráticos e à eficácia dos direitos fundamentais. No Brasil essa transição somente ocorreu após a Constituição de 1988, apropriando-se das teorias formuladas nesse interstício de tempo, entretanto, em verdadeira mixagem metodológica, instituindo no país uma crise de racionalidade jurídica, com a disseminação de práticas decisionistas, quando, na verdade, a superação do positivismo não atribui poder à jurisdição para julgar segundo padrões pessoais os julgadores, de forma que conclui-se pelo caráter abusivo e antidemocrático representado pela discricionariedade do magistrado, em decisão não fundamentada ou precariamente respaldada, que define questões práticas da sociedade.

Concluiu a pesquisa que a fundamentação das decisões judiciais tem eficácia plena constituindo direito subjetivo público dos jurisdicionados, atestando sua racionalidade e promovendo uma prestação de contas com a sociedade, de forma a obter credibilidade e legitimidade frente a comunidade política, o que se articula através de barreiras legais, técnicas e hermenêuticas ao discricionarismo.

Revelou-se que a postura do juiz decisionista é incompatível com o constitucionalismo contemporâneo brasileiro, identificando-se posturas contrárias do Poder Judiciário, que chegou a promover gestões políticas para que fossem vetados os dispositivos que tratam do assunto, não obstante se tratar de princípio que já estava presente no ordenamento por força de expressa norma constitucional.

Diante dessa percepção, avançou o trabalho na localização de questões relativas à fundamentação com o objetivo de explicitar-lhe o alcance, a finalidade e os modos de sua concretização, a partir do que se localizou problema novo que redirecionou a pesquisa, quanto ao conteúdo da fundamentação, uma vez que se concluiu pela obrigatoriedade, sobretudo diante da superação do modelo representado pelo juiz “boca da lei”, expondo-se sua origem histórica e sua posição no direito comparado. Reconhecido o caráter de direito fundamental ao dever de motivar as decisões judiciais e diante da clara resistência do Poder Judiciário, envidaram-se esforços para traçar os contornos do novo juiz no constitucionalismo contemporâneo, ressaltando o papel da doutrina na constituição desse perfil.

Observou-se que o juiz solipsista não se relaciona com os objetivos que o Estado Democrático de Direito contemporâneo visa alcançar e por esse motivo, e utilizando do Código

de Processo Civil de 2015, deve-se conceber outro modelo de juiz. Para que isso seja realizado, a pesquisa investigou sobre a construção dos modelos de juiz, isto é, observou-se o esquema sujeito-objeto, a filosofia da consciência e por fim a virada linguística.

A compreensão de como se deu a construção dos códigos para chegar ao atual Código de Processo Civil é feita por meio da teoria de Dworkin da *Chain Novel*, isto é, elegeu-se um marco teórico, e analisou suas teorias a luz da pesquisa, e com isso, percebeu-se que houve relação com os códigos e a construção do modelo de juiz, para que ele tenha nexos com a sociedade e o ordenamento atual.

Entretanto, pela análise, notou-se que o magistrado resiste a transformação do modelo de juiz. E, observou-se este fato uma vez que os juízes, por meio de enunciados e acórdãos modificam a letra fria da lei do novo Código de Processo Civil. Desse modo, rompe-se com a *Chain Novel*, construído durante os anos. O ativismo judicial faz com que o magistrado continue sendo um poder sem limitações.

A fundamentação das decisões tais como apresentadas no artigo 489, §1º do novo Código de Processo Civil limitariam o poder do juiz, isto pois, conceberiam sentenças que responsabilizariam o magistrado, de forma que eles não poderiam julgar conforme a própria consciência, restringindo-os pelas normas e princípios.

Por meio da utilização da fundamentação adequada das sentenças encontram-se também, a eficácia de princípios constitucionais, como: acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Mostrando-se que a fundamentação beneficia as partes e o processo como um todo, tornando formalmente justo.

O novo Código de Processo Civil concebe a utilização da integridade e coerência, teoria de Dworkin, para criar as sentenças, limitando o poder do juiz, o qual deve, além de fundamentar adequadamente, também se atentar quanto as decisões passadas e como elas irão modificar o futuro da comunidade, e, todas as decisões devem ser coerentes entre si, ou seja, casos semelhantes tem o compromisso de apresentarem decisões semelhantes.

Desse modo, o ativismo judicial, rompe com todas as conquistas/ inovações, do novo Código de Processo Civil, as quais foram construídas pelos códigos anteriores, até chegar a necessidade de estabelecer um novo modelo de juiz com limitações.

Observou-se que o decisionismo promovido pelo juiz solipsista, tal qual o ativismo judicial, converge para discricionariedade nas decisões judiciais, pelo que a interpretação se

vincula a um ato de vontade da jurisdição, decorrente do subjetivismo e voluntarismo do julgador, sustentada ideologicamente pela aplicação descriteriosa da teoria da ponderação de Robert Alexy, com o objetivo de sonegar direitos.

Nesse enquadramento emerge, além do déficit democrático, a incerteza e insegurança, onde qualquer resposta pode ser considerada, por métodos obscuros, como correta pelo julgador, que sequer se obriga a demonstrar seu raciocínio em afronta à norma infraconstitucional e à supremacia da Constituição.

O decisionismo, desta forma, passou ao centro da pesquisa que buscou os instrumentos necessários à sua superação, pelo que, se conclui que é a democracia que põe em xeque essa forma de discricionariedade, pois, o reconhecimento da legitimidade da decisão, indispensável no regime democrático, condiciona-se à sua capacidade de demonstrar que seus parâmetros de convencimento estão adequados à concretização dos direitos fundamentais.

A superação da prática decisionista, como se pode apurar ao longo do trabalho, somente se tornará viável através do rompimento da lógica exposta na filosofia da consciência, tomando por balizamento a viragem hermenêutico-ontológica, proposta especialmente por Heidegger e Gadamer a partir do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, saltando-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.

Através da filosofia da linguagem, por meio de estruturas que visam a construção semântica que buscam a superação da relação objeto-sujeito, onde a essência apresenta-se no objeto. Passando para a filosofia da consciência, encontra-se como foco o sujeito e como o seu subjetivo influência no decidir. Busca-se, então, ultrapassar este método, e, é através da revisão metodológica que o Direito incorpora sua função transformadora, promovendo a democracia e resgatando as promessas não cumpridas da modernidade, de forma a afastar a inconsistência teórica do método justificador do decisionismo e do solipsismo judicial.

Para demonstrar a aplicação de uma hermenêutica filosófica Dworkin lança de metáforas e exemplos obtidos nas conexões entre o Direito e a Literatura, a fim de demonstrar a construção de um romance em cadeia, que deve ser utilizado na formulação da decisão judicial, tal qual no encadeamento normativo, para manter o caráter íntegro e coerente do Direito.

Concluiu a pesquisa que houve efetivamente o desenvolvimento de um romance em cadeia na formulação legislativa do novo Código de Processo Civil, localizando a pesquisa histórica dispositivos nas Ordenações Filipinas que já exigiam a fundamentação das decisões judiciais, no que foi seguido pela legislação do Império, pelos Códigos Estaduais e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, em constante evolução ao longo do tempo.

A própria ordem processual e, em especial o dever de fundamentação fixado no Código de Processo Civil de 2015 representam um encadeamento de atos e consequências que, excluindo a livre motivação, representam um romance em cadeia a condenar a postura decisionista.

Também quanto a jurisprudência em relação a diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 representa a *Chain Novel*, pois, gerou as reformas ao Código de Processo Civil de 1973 no sentido da Constituição de 1988 e se encontram presentes na nova legislação processual.

No entanto, o trabalho verificou a resistência ao dever de fundamentação, com a prática de ativismo judicial tanto para criar normas como para institucionalmente negar vigência à legislação processual, usurpando-se competência do Poder Legislativo, o que se apresenta especialmente grave com a instituição de um sistema de precedentes, que nessa conjuntura de decisionismo se apresenta mais estável que a lei democraticamente aprovada.

Através da ruptura com a filosofia da consciência, e, com a aplicação do novo paradigma ao Direito, da filosofia da linguagem, permite-se que o texto da decisão diga algo à sociedade, restaurando a legitimidade e credibilidade da jurisdição, com respeito à força normativa da Constituição de 1988 e seus valores democráticos, afastando-se, por incompatíveis que são com a democracia, as condutas solipsista, que relativizam direitos fundamentais para sonega-los segundo escolhas e critérios pessoais e discricionários do julgador.

Conclui-se, desta forma, pelo reconhecimento da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais que vinculam o legislador e a jurisdição, apresentando-se com abusiva e inconstitucional a conduta de autodispensa do Poder Judiciário ao cumprimento de norma democraticamente vigente. Conclui-se ainda pela necessidade de rompimento com o paradigma da consciência com a aplicação da hermenêutica-filosófica ou ontológica, exurgida da filosofia da linguagem, na busca da concretização dos direitos fundamentais de ordem individual e social, realizando um romance em cadeia de forma a reconhecer e atribuir à decisão a observância da integridade e coerência do Direito.

É necessário superar o modelo moderno de juiz, inadequado ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro, social e plural, sim, mas acima de tudo democrático. É importante deixar claro que a democracia como opção não é inata ao homem nem às suas agremiações. Ela se constitui a partir de uma cadeia de eventos existenciais, históricos e concretos e ainda a partir deles se mantem, aprimora ou se perde.

A doutrina deve estar sempre focada para trazer, como Lenio Streck denomina, o constrangimento epistemológico, isto é, apresentar os erros do Poder Judiciário, tal como a não utilização do artigo 489, §1º tal como é apresentado no Código de Processo Civil de 2015. Isso é necessário para que haja a construção e consolidação da democracia, limitando os poderes do Estado e impondo leis concebidas dentro dos regramentos estabelecidos, e, a academia como um todo, tem a capacidade de, por meio de pesquisas apresentarem os ativismos judiciais e as atividades que vão a contramão do Estado Democrático de Direito.

Não há mudanças nascidas do texto legal. A Constituição de 1988 precisa de protagonistas que a protejam, que a promovam e que ripristinem seu sentido que, mesmo em constantes transformações é previsível a partir da hermenêutica política de Dworkin, pois, seguem bases legais promulgadas por agentes competentes. E, por esse motivo devem ser resguardadas, elas apresentam, dessa forma, leis formuladas de modo democrático.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870.

ALMEIDA, R. S. C. *Anotações sobre o novo Código de Processo Civil: principais novidades*. Brasília: Núcleo de Estudos, 2016.

ALTAVILA, Jaime de. *Origem do direito dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiro de Castro. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal. 2003.

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

ALVEZ, Alaôr Caffé. A função ideológica do direito. *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo. v.8 n.6 p. 1-12, 2002. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/486/0>>. Acesso em: 16 de nov. 2017.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARENDT, Hanna. *A vida do espírito*. Tradução de César Augusto de Almeida, Antônio Abranches, Helena Martins. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: 1976, v. 1.

- ATALIBA, Geraldo. *Constituição e república*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- BALIEIRO, Aliomar, *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito: política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista (Syn)thesis*. Rio de Janeiro, v.5 n.1 p 23-32. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2017.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro. n.232 abr./jun. p. 141-176, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.
- BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira, legitimidade e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política geral*. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: DelRey, n.2 jul./dez. 2003.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996.

BRASIL, *Ato do Presidente 379*, de 30 de setembro de 2009.

BRASIL, *Ato Institucional nº 2*, de 27 de outubro de 1965.

BRASIL, *Código Civil*, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL, *Código Comercial*, Lei nº: 556, de 25 de junho de 1850.

BRASIL, *Código de Processo Civil*, Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939.



BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

BRASIL, *Código de processo civil*, Lei nº: 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL, *Código de Processo Criminal*, Lei de 29 de novembro de 1832.

BRASIL, *Consolidação das Leis do Processo Civil*. Resolução Consulta de 28 de dezembro de 1876.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824.

BRASIL, *Decisão nº: 78*, de 31 de março de 1824.

BRASIL, *Decreto nº: 5.561*, de 19 de junho de 1905.

BRASIL, *Decreto nº: 737*, de 25 de novembro de 1850.

BRASIL, *Decreto nº: 738*, de 25 de novembro de 1850.

BRASIL, *Decreto nº: 763*, de 19 de setembro de 1890.

BRASIL, *Emenda Constitucional nº: 1*, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL, *Emenda Constitucional nº: 26*, de 27 de novembro de 1985.

BRASIL, *Lei 13.363*, de 25 de novembro de 2016.

BRASIL, *Lei nº 13.256*, de 4 de fevereiro de 2016.

BRASIL, *Lei nº: 261*, de 3 de dezembro de 1841.

BRICKMANN, Carlos. 300 mil nas ruas pelas diretas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 26 jan. 1984. Capa, p.1.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, v.72 n.1 p. 131-152, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795>>. Acesso em 17 de jan. 2017.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos*, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coo.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*. São Paulo, v.21 n.81 p. 220-225, jan./mar. 1996. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32703>>. Acesso em 21 de jan. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2016.

CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. 4. ed. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2006.

CHAUI, Marilena. *O que é ideologia?*. São Paulo: Brasiliense, 1980.

CHOMSKY, Noam. *Sobre a natureza da linguagem*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1986.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil, uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

COSTA, Caio Túlio. *O que é anarquismo*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: UNESP, 1999.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Tradução de Alexander Rodrigues de Castro, Ângela Couto Machado Fonseca, Érica Hartman, Ricaro Marcelo Fonseca, Ricardo Sontag, Sérgio Said Stuat Jr., Walter Guandalini Jr. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988, artigos 1º a 5º (I a LXVII)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Seminário da teoria da decisão judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil: De acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. Aplicação do direito em tempos de pós-positivismo: ruptura ou continuidade de velhos paradigmas. *Revista Legis Augustus*. Rio de Janeiro, v.6 n.1 p. 1 5-2 5, jan./jun. de 2015. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisagustus/article/view/702>>. Acesso em: 18 de jun. 2017.

DICKENS, Charles. *A Christmas Carol*. New York: J.B. Lippincott Company, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Willian Santos (coo.). *Direito probatório*. Salvador: Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e Correlação normativa do direito: a aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DURANT, Will. *A História da Filosofia. Os Pensadores*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural. 2000.

DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: História da filosofia política moderna*. Tradução de Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. *História das terras e lugares lendários*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2013.

ENGELMANN, Wilson. A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural dos direitos humanos: construindo espaços para a sua proteção. *Revista de Derecho*, Uruguai, n.4 p. 103-136, jan. 2016. Disponível em: <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/825>>. Acesso em: 12 de jan. 2018.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico, princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES. *Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015*. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em: 21 de dez. 2017.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 21 de dez. 2017.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: RT, 1999.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo. 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FERNANDES, José Henrique Lara. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (org.). *Garantismo, hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Waldemar. *O direito público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*. Rio de Janeiro: Nacional do Direito, 1960.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLORIDO, Janice (coo.). *Thomas Hobbes de Malmesbury*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

FORTES, Luís R. S. *Rousseau: da teoria à prática*. São Paulo: Ática, 1976.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24. ed. São Paulo: Graal, 2007.

FREITAS, Raquel Barradas de. Direito linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações, breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito. In *Faculdade de Direito de Nova Lisboa, working papers*. Lisboa, n.2 p. 1-27, 2002. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/235.pdf>>. Acesso em: 04 de jan. 2018.

FUX, Luiz; NERY Jr. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos e homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere: O Risorgimento. Notas sobre a história da Itália*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUARDIA, Dom Miguel de la. *Las leyes de índias con las posteriores vigentes hoy y un epilogo sobre las reformas legislativas ultramarinas*. Madri: Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, 1889.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESPANHA, Antonio Manuel Botelho. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Ideias sobre a interpretação*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/4.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coo.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e decisões paradigmáticas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 2.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

HOBBS, Eric J. (org.). *História do Marxismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989, v.2.

HOBBS, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

HOBBS, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução de Luciano Costa Neto. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

HOBBS, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Teresa Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOBBS, Eric J. *Era dos extremos, o breve século XX, 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HOBBS, Eric J. *Pessoas extraordinárias: resistência, rebelião e jaz*. Tradução de Irene Hirsch e Lólio Lourenço de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

HOBBS, Eric J. *Revolucionários: ensaios contemporâneos*. Tradução de João Carlos Vitor Garcia e Adelângela Saggioro Garcia. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

HOBBS, Eric J.; RANGER Terence. *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HOBBS, Eric J. *Nações e nacionalismos desde 1780: programa mito e realidade*. Tradução de Maria Célia Paoli e Anna Maria Quirino. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

IBGE. *Estatística do Século XX*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm>. Acesso em: 23 de mai. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: Novos paradigmas e novos sujeitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v.especial p. 55-68. 2008. Disponível em:



<<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e2ea23b5bd71479b3d1ea5abb83d1831.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2 n.3 p. 1-22, 2007. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 de dez. 2018.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KASPARY, Adalberto J. *O verbo na linguagem jurídica: acepções e regimes*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2011.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy. 2002.

LIMA, C. L. *Limites da Voz - KAFKA*. Rio de Janeiro: Rocco. 1993.

LIRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LUMIA, Giussepe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MACEDO, Sílvio de. *História do pensamento jurídico*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MACHIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Ingo Weber. Petrópolis: Vozes, 2013.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, v. I.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução da estrutura judiciária no Brasil. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v.1 n.5 set. p. 1-23, 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Acesso em: 09 de jul. 2017.

MARTINS JUNIOR, José Isidoro. *História do Direito Nacional*. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel, 1843*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política: Livro I*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Revista Sequência*. Florianópolis, n.67 p. 111-138, dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p111>>. Acesso em 21 de jan. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro. v.2 n.8 p. 42-53, 1999. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista08/Revista08\\_42.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08_42.pdf)>. Acesso em: 04 de nov. 2017.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MIRANDA, Felipe Arady. *A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do Estado constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do Descobrimentos Portugueses, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional*. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015\\_mitidiero\\_daniel\\_tutela\\_direitos.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direitos.pdf?sequence=1)>. Acesso em 06 de dez. 2017.

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORE, Thomas. *Utopia: edição bilíngue*. Tradução de Márcio Meirelles Gouvêa Júnior. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.19 p. 1-10, 1979. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque; PORTO, Walter Costa; MANTOVANINI, Thelmer Mário (org.). *As constituições dos países da comunidade de língua portuguesa comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNO J. Espinosa Gomes da Silva. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, v.1.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica, *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v.14 n.14 p. 103 – 132, jan./dez. 2011. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2482/juris-poesis-14-11-maio1.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v.2 n.15 p. 1-21. dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_oliveira\\_8.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_oliveira_8.pdf)>. Acesso em: 21 de jan. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.54, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/235/216>>. Acesso em: 14 de nov. 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes Bauru: Edusc, 2005.

PALAMIDESSI, Mariano Ismael. Curriculum, objetividade y disciplina: Heidegger y las consecuencias dei giro linguístico. *Revista Educação e Realidade*. Porto Alegre, v.23 n.2 p. jul./dez., 1998. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71341/40491>>. Acesso em: 2 de nov. 2017.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1 n.1 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais. *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, v.32 n.32 out. p.1-14, 1989. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003/937>>. Acesso em: 14 de mar. 2017.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002

PERISSINOTTO, Renato M. *Classes dominantes e hegemonia na república velha*. Campinas: Unicamp, 1994.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.48 n.190 abr./jun. p. 93-120, 2011. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945>>. Acesso em: 15 de nov. 2017.

PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*. São Paulo, n.101 mar./mai. p. 141-158, 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87823>>. Acesso em: 08 de jun. 2017.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.43 n.169 jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>>. Acesso em 14 de jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução à ciência política*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

POLETTI, Ronaldo, *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil, artigos 46 a 153*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo I.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo II.

PONTUAL, Helena Daltro. *Uma breve história das Constituições do Brasil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em: 05 de abr. 2017.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

RE, D. Edward. Stare Decisis. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v.31 n.122 p. 281-287, mai./jul. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. O contratualismo – posição de Rousseau e Kant. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.37 p. 118-150, 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65989>>. Acesso em: 04 de jan. 2018.

REED, John. *Dez dias que abalaram o mundo*. Tradução de Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Pinguin Classics/Companhia das Letras, 2010.

RIBAS, Antônio Joaquim; RIBAS, Júlio A. *Consolidação do processo civil comentada pelo conselheiro Dr. Antônio Joaquim Ribas*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A Constituição democrática brasileira e o poder judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

RODRIGUES, Ana Carolina de Faria Silvestre (org.). *Direito, literatura e as emoções: diálogos interdisciplinares*. São Paulo: Lexia, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico? Teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

Rui Barbosa, *Obras Completas. A Ditadura de 1893*. Rio de Janeiro: MEC, 1949, v. XX, Tomo IV.

SÁ, Alexandre Franco de. Decisionismo e ficção no pensamento de Carl Schmitt. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: n.105 p. 21-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2012v105p21/181>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SAHD. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O contrato social em Samuel Pufendorf. *Revista de Filosofia aurora*. Curitiba, v.21 n.28 p. 143-163, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1213>>. Acesso em: 21 de jan. 2018.



SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Taravilla, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.1.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.54 n.2 p. 212-229, 1959. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>>. Acesso em: 05 de abr. 2017.

SAWAIA, Bader (org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SCHLESENER, Anita Helena. *Hegemonia e cultura: Gramsci*. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2001.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk, Coordenação Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza. 1996.

SCHOLZE, Lia. A linguagem como elemento privilegiado na construção da reflexão de si. *Revista Letras de Hoje*. Porto Alegre, v.42 n.2 p. 139-153, jun. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/download/2416/1890>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SENADO. *Código de processo civil e normas correlatas*. 11. ed. Brasília: Senado Federal, 2017.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A desconstrução hermenêutica do direito penal em terrae brasilis – o bem jurídico à luz da Constituição*. 2011. 256f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado em Direito, Universidade Estacio de Sá. Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte, n.1 p. 609-615, jan./jun., 2003. Disponível em: <[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: Aproximação entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação UNESP/Cambridge, 1999.

SKINNER, Quentin. *Uma genealogia do Estado moderno*. Tradução de Mônica Brito Vieira. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2011.

SOUZA FILHO, CF Marés de. O direito envergonhado (O direito e os índios no Brasil). *Revista IIDH*, Montevideo, v.15 n.15 jan./jun. p.145-164, 1992. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acesso em: 10 de abr. 2017.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPINDEL, Arnaldo. *O que é comunismo*. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

STJ - EDcl no MS: 12689 DF 2007/0053050-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/02/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 18.03.2008 p. 1.

STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <[http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Santa Catarina, v.15 n.1 p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. In *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v.10 n.10 p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência*. Florianópolis, n.54 p. 29-46, jul., 2007. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n.52 p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/67/63>>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v.1 n.1 p.65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomumcpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 25 de nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme minha Consciência?*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karan. O cartesianismo processual em terra brasilis: A filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ*, Santa Catarina, v.18 n.1 p. 5-22, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de Poder Versus Normatividade: O Que O Nazismo Nos Ensina? *Revista prim@ facie*. Paraíba, v.13 n.24 p. 1-33, 2014. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/27102/14471>>. Acesso em: 16 de jan. 2018.

STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

STRECK, Lenio. *NCPC: Cobrar fundamentação dos juízes é “utopia totalitária”?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-12/senso-incomum-ncpc-cobrar-fundamentacao-juizes-utopia-totalitaria>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

STRECK, Lenio. *O Supremo não é o guardião da moral da nação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

STRECK, Luiz Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coo.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamento de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº: 4, Acórdão de 07/03/1991*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 19 de nov. 2017.

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 7.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero e Rafael Abreu e Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TELLES, José Domem Corrêa. *Commentario Critico á lei da boa razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus. 1865.

TEPEDINO, Gustavo. Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v.4 out/dez, p. IV, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/pdf/rbdcivil-volume-2.pdf>>. Acesso em 21 de jan. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TJ-CE - APL: 00114213720138060115 CE 0011421-37.2013.8.06.0115, Relator: PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 19/06/2017.

TJ-RS - ED: 70068567478 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 29/03/2016, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/03/2016.

TRF-2 08068436120094025101 RJ 0806843-61.2009.4.02.5101, Relator: ANTONIO IVAN ATHIÉ, Data de Julgamento: 29/09/2016, 1ª TURMA ESPECIALIZADA.

TRF-3 - Ap: 00067978920134039999 SP, Relator: JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, Data de Julgamento: 06/12/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (coo.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Niterói: IEJ, 1991. v. III.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TURA, Marcos Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, v.41 n.53 jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/990>>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. *Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 08 de jan. 2018.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa, *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4 n.2 p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em 14 de dez. 2017.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WERNECK, Vera R. *A ideologia na educação: um estudo sobre a interferência da ideologia no processo educativo*. Petrópolis: Vozes, 1982.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILSON, Edmund. *Rumo à estação Finlândia*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Círculo do Livro. 1987.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.

ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.



