

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

DANIELA MARQUES DE MORAES

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo Civil I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; José Antonio de Faria Martos; Valter Moura do Carmo – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-697-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Civil. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O VI Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 20 e 24 de junho de 2023 em formato 100% digital, foi realizado em parceria com a Faculdade de Direito de Franca e a Faculdades Londrina, tendo apresentado como temática central “Direito e Políticas Públicas na era digital”.

Tivemos o prazer de coordenar o Grupo de Trabalho PROCESSO CIVIL I, ocorrido no dia 21 de junho. No GT Processo Civil I, foram apresentados 14 resultados de pesquisas, por meio de artigos que discutiram temas caros ao sistema de justiça:

1. Audiências cíveis virtuais: decisão judicial ou negociada?. De Ivan Martins Tristão.
2. Cooperação judiciária e processo estrutural: atos concertados para execução de medidas entruturantes. De Samira Viana Silva, Adilson Carvalho Pantoja e Gisele Santos Fernandes Góes.
3. Da (im) possibilidade do rejuízo da causa no recurso especial e no recurso extraordinário. De Luiz Alberto Pereira Ribeiro.
4. Depois da coisa soberanamente julgada, a coisa eternamente julgada e a incertamente julgada. De Marco Cesar de Carvalho.
5. Do espólio e a sua legitimidade no procedimento do juizado especial cível. De Michel Elias De Azevedo Oliveira, Bruno Martins Neves Accadrolli e Camila Mota Dellantonia Zago.
6. Fundamentação da decisão judicial no Código de Processo Civil: o retrocesso do parágrafo segundo do artigo 489 no contexto do Estado Democrático de Direito. De Dulci Mara Melo de Lima e Jaci Rene Costa Garcia.
7. Gestão de CPIS em ações coletivas à luz da Teoria dos Processos por quesitos. De Luhana Helena Botinelly do Amaral e Silva e Sandoval Alves da Silva.

8. Leitura dos precedentes judiciais como forma de converter segurança jurídica aos jurisdicionados e desestimular a litigância. De Josyane Mansano e Rogerio Mollica.

9. Negócios jurídicos processuais sobre coisa julgada. De Caio Siqueira Iocohama, Leonardo Peteno Magnusson e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

10. Os impactos da internet no Processo Civil. De Karina Wentland Dias e Tereza Rodrigues Vieira.

11. Precedentes judiciais: a utilização da inteligência artificial como ferramenta na fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. De Márcia Haydée Porto de Carvalho e Teresa Cristina Alves de Oliveira Viana.

12. Processo judicial e tecnologia: as informações digitais de contagem de prazo nas intimações eletrônicas. De Joao Paulo Rodrigues De Lima e Carlos Renato Cunha.

13. Resolução de demandas judiciais populares repetitivas e uso de tecnologias: liberdades e restrições individuais à luz da ADI 5.941 na análise do STF. De Fabrício Diego Vieira.

14. Responsabilidade da pessoa física em caso de execução de dívida da pessoa jurídica. De Sabrina Leite Reiser, Camila Monteiro Santos e Josemar Sidinei Soares.

Os trabalhos apresentados que não integram esse volume foram selecionados para publicação em um dos periódicos do Index Law Journals.

Agradecemos a todos (as) os (as) pesquisadores (as), pela sua inestimável contribuição, bem como desejamos uma excelente leitura!

Profa Dra Daniela Marques de Moraes - Universidade de Brasília

Prof. Dr. José Antonio de Faria Martos - Faculdade de Direito de Franca

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - Universidade Federal Rural do Semi-Árido

FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O RETROCESSO DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 489 NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RATIONALE OF JUDICIAL DECISION ON NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: PARAGRAPH RETROGRESSION SECOND OF ARTICLE 489 IN THE CONTEXT OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Dulci Mara Melo de Lima ¹
Jaci Rene Costa Garcia ²

Resumo

O presente estudo objetiva estudar a fundamentação da decisão judicial no que tange o artigo 472, parágrafo único do anteprojeto do CPC e, posteriormente, o parágrafo 2º do artigo 489 do CPC/2015. Vale observar que, o método de abordagem será o dedutivo e o método procedimental será o bibliográfico e o histórico. Além disso, vale observar que o presente estudo científico se justifica tendo em vista que a fundamentação da decisão judicial (além de ser uma garantia constitucional) é embasamento essencial para se concretizar o devido processo legal, bem como o acesso à justiça e ao contraditório e a ampla defesa. Destarte, a decisão judicial influencia direta e indiretamente no cotidiano da sociedade, em diversos setores e graus. Assim, considerando a importância e complexidade do presente artigo, tal tema será observado através de três pilares, tais como: a problemática do subjetivismo e da discricionariedade nas decisões judiciais; a posteriori, o retrocesso entre o texto do anteprojeto comparado com a lei ordinária do CPC; e, por fim o decisionismo solipsista no contexto do Estado Democrático de Direito. Tais análises intentam, de forma genérica, para pesquisar se há (ou não) vestígio da essência subjetivista no art. 489, parágrafo 2º do CPC (LO 13.105/2015). Sendo que, depois de realizada a presente pesquisa, concluiu-se que existe autorização legal para o magistrado fundamentar a decisões de forma subjetiva e solipsista, ou seja, existem resquícios do subjetivismo no CPC.

Palavras-chave: Fundamentação da decisão judicial, Código de processo civil, Subjetivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to study the reasoning of the court decision regarding article 472, sole paragraph of the CPC draft and, subsequently, paragraph 2 of article 489 of CPC/2015. It is worth noting that the method of approach will be the deductive and the procedural method will be the bibliographic and historical. In addition, it is worth noting that the present scientific study is justified in view of the fact that the reasoning of the judicial decision (in

¹ Advogada e Graduada em Direito pela Universidade Franciscana - UFN.

² Doutor em Direito pela UNISINOS, Advogado, garcia@garcias.com.br. Professor vinculado ao Grupo de Pesquisa Teria Jurídica no Novo Milênio/Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado do Curso de Direito da Universidade Franciscana.

addition to being a constitutional guarantee) is an essential basis for implementing due process of law, as well as access to justice and the contradictory and the broad defense. Thus, the judicial decision directly and indirectly influences the daily life of society, in different sectors and degrees. Thus, considering the importance and complexity of this article, this theme will be observed through three pillars, such as: the problem of subjectivism and discretion in judicial decisions; a posteriori, the retrogression between the text of the draft compared with the ordinary law of the CPC; and, finally, solipsistic decisionism in the context of the democratic rule of law. Such analyzes attempt, in a generic way, to research whether there is (or is not) a vestige of the subjectivist essence in art. 489, paragraph 2 of the CPC (LO 13.105/2015). Carrying out this research, the conclusion indicates that there is legal authorization for the magistrate to base decisions in a subjective and solipsistic way, that is, there are remnants of subjectivism in the CPC.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reasoning of the court decision, Civil procedure code, Subjectivism

INTRODUÇÃO

O presente estudo científico visa estudar a teoria da fundamentação da decisão judicial; sendo que tal instituto é abordado pelo parágrafo 2º do artigo 489 do CPC (lei 13.105/2015), que permite ao magistrado se utilizar de critérios gerais de ponderação quando houver colisão entre normas. Assim, faz-se necessário verificar se tal “ponderação” se caracteriza como resquícios do subjetivismo por parte dos magistrados.

Desta maneira, o presente estudo científico visa pesquisar sobre a hermenêutica constitucional, dispondo sobre a teoria da fundamentação da decisão judicial, prevista no § 2º do art. 489 do CPC/2015.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo, sendo que tal estudo será efetuado por intermédio de pesquisas bibliográficas de cunho jurídico e, também, descritivo sobre a fundamentação da decisão judicial. Uma vez que parte do geral para o particular, ou seja, parte da reflexão sobre o debate acerca do subjetivismo do juiz para, ao final, analisar especificamente o artigo 489, parágrafo segundo, do CPC.

Além disso, é importante observar que o método procedimental é o histórico e bibliográfico, que envolve a investigação por intermédio da análise bibliográfica, com especial ênfase nos trabalhos de Cristiano Isaia, Dierle Nunes, Francisco José Borges Motta, Lenio Luiz Streck, Ovídio Baptista e Ronald Dworkin.

O presente artigo científico será dividido em três partes: inicialmente, será avaliada a problemática do subjetivismo e a discricionariedade nas decisões judiciais; na sequência, analisa-se a fundamentação da decisão judicial e o retrocesso entre o anteprojeto e a lei ordinária do CPC; ao fim, será observado o CPC e o decisionismo solipsista no contexto do estado democrático de direito.

1 A PROBLEMÁTICA DO SUBJETIVISMO E DA DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

O sistema judicial, bem como a fundamentação da sentença judicial, evolui, em muitos casos de forma superficial, juntamente com o desenvolvimento da civilização; dessa maneira, analisando numa perspectiva histórica, verifica-se que na Revolução Europeia o magistrado era visto como um funcionário público e estava subordinado às leis “(produtos do arbítrio do Soberano)” – Estado – assim, só deveria aplicar a lei, não precisa interpretá-las, tampouco

fundamentar as decisões, em consonância com Motta (2002, p. 20), embasado em Ovídio (apoiado em Vittorio Denti):

Destaca que a busca pela certeza do direito, como ideal do racionalismo, foi exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura e seus compromissos com o Ancien Régime, o que desaguou na era das grandes codificações do direito europeu e na criação de um sistema burocrático da organização judiciária, isto é: a função judicial fora assimilada como a de um funcionário público comum, rigorosamente submetido às cortes judiciárias superiores e aos órgãos do governo. Assim, o que voltou a emergir (num contexto de apego ao procedimento da *actio romana*, em detrimento da tutela interdital) foi o predomínio absoluto do valor segurança em detrimento do valor justiça, enquanto polaridades antagônicas na constituição da ideia de Direito.

Neste sentido, o autor, acrescenta, que a essência da “pesquisa científica submeteu o pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática” (MOTTA, 2002, p. 90). Esta cientificidade estreitou o conceito de jurisdição que desenvolveu um Estado neutro, bem como um magistrado neutro, para que, o Estado fosse capaz de “servir a todas as possíveis ideologias” (MOTTA, 2002, p 90). Em decorrência a tal neutralidade se estaria cumprindo o projeto de Hobbes, em que o magistrado está subordinado às leis, conforme segue trecho:

Afinal, estaríamos cumprindo o projeto de Thomas Hobbes: a lei (produto do arbítrio do soberano) é a exclusiva medida da justiça, de modo que a magistratura fica subordinada às leis (não lhe cabe encontrar outros critérios de justiça, para o caso concreto, que já não venham indicados no texto legal – que não deveria ser sequer interpretado!) e, em especial, ao poder do soberano (MOTTA,2002, p.90).

O Iluminismo deixou como legado uma “desconfiança com a magistratura” e, com isso, o juiz era apenas um “técnico” que deveria encontrar o “sentido” na lei e aplicar a “melhor hipótese” ao caso concreto, conforme segue análise de Motta:

[...] não conseguimos ainda nos desvencilhar da herança iluminista que nos legou a Revolução Européia, que, a pretexto de conviver com a “liberdade individual” (autonomia de vontades), acabou edificando um Estado (“liberal”) que se escondeu sob a ficção de ser “isento de valores”. Essa filosofia política ressentiu-se de uma indisfarçada “desconfiança” da magistratura que, tradicionalmente identificada com Ancien Régime, deveria ter a sua importância drasticamente reduzida: a pretexto de “radicalizar” o “princípio” da separação dos poderes, o Judiciário deveria limitar-se a “aplicar a lei”, desvestindo-se de qualquer função “criadora” do Direito. [...] “Justiça” é justiça do soberano, pois. Ao juiz, transformado num “técnico”, num “burocrata”, cabia a missão de pronunciar a “vontade da lei”. Como a atividade judicial estava restrita a isso – “clarificação” do sentido da lei –, o magistrado viu-se dispensa do de “fundamentar” suas decisões: bastava-lhe, na melhor das hipóteses, “explicar” o caminho trilhado, caso a caso, para encontrar o “sentido” (supostamente prévio) da lei. O “sistema” assim concebido desonerou o juiz de “decidir” e, decorrentemente, de “fundamentar” seus provimentos (MOTTA, 2002, p. 98).

Assim, em decorrência do juiz ter em sua constituição a aplicação direta da lei (“neutralidade”), ele foi afastado da fundamentação de suas decisões, tornando-se assim um “boca da lei”, que aplica a “vontade da lei”. Além disso, Motta (2002) acrescenta, em sua obra,

que o professor Ovídio denunciou que o “padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo”, fixado em dois pressupostos: “a redução do fenômeno jurídico apenas ao ‘mundo normativo’ e pressuposto de ser a lei uma proposição de sentido *unívoco*”. O processo civil não acompanhou as mudanças sociais liberais sucessivas a Revolução Francesa; uma vez que, a atual Democracia não consegue tratar com as deficiências do nosso sistema processual, tampouco ter uma “jurisdição compatível com o nosso tempo, uma jurisdição capaz de lidar [...] com a globalização [...] circunstância que se reflete, hoje, na crise de legitimidade do Poder Judiciário perante as democracias representativas” (MOTTA, 2002, p. 101).

Dessa forma, Isaia fundamenta que “[...] a processualística civil ainda é refém do pensamento liberal-individualista-normativista e da filosofia da consciência (ou filosofia da subjetividade)” (ISAIA, 2011, p. 87). Faz-se necessário observar que os direitos fundamentais se modificam ao longo do tempo, com a evolução histórica, assim, tais direitos vão suprindo (de forma básica e genérica) as necessidades essenciais do ser humano.

Tais transformações/modificações são estudadas através da teoria das gerações de direitos fundamentais, uma vez que, inicialmente, entre os séculos XVII e XVIII, surgiram os direitos de primeira geração/dimensão ou direitos de liberdade, que era vedada a intervenção Estatal; eram direitos civis e políticos dos cidadãos oponíveis ao Estado (direito à vida, segurança, propriedade privada, liberdade pensamento, voto, entre outros), pois tal ente público oprimia as liberdades individuais, sendo uma resposta do Estado Liberal ao Absolutista.

Já, com o advento da Revolução Industrial, a partir século XIX, surgiu o Estado Social (segunda geração/dimensão) que teve como fundamento a luta do proletariado pelos seus direitos sociais, como: direito à saúde, trabalho, educação, lazer, saneamento, greve, livre associação sindical, e assim por diante. Contudo, os direitos de terceira geração/dimensão são direitos coletivos e remete-se a fraternidade e solidariedade, tendo como exemplo: à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico cultural, entre outros (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Vale acrescentar que atualmente existem doutrinadores como Bobbio, que defendem a existência de direitos de quarta geração/dimensão que seria referente à engenharia genética (DIÓGENES JÚNIOR, 2012). Bem como, de forma não pacífica, existem estudiosos que argumentam que existem os direitos de quinta geração/dimensão tal como (DIÓGENES JÚNIOR, s. d.) que argumenta:

BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o

ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, as transformações desses direitos não seguiram uma ordem cronológica dos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) em todos os lugares e de forma sequencial, sendo que aqui no Brasil os direitos: devido processo legal e a fundamentação da decisão judicial insurgiu com a Carta Cidadã.

Desta feita, em 1988 a Constituição Federal descreveu em seu artigo 93, inciso IX, como forma de direito fundamental que as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. Assim, Nery Júnior, sustenta que tal fundamentação não se refere somente à adoção da regra feita pelo poder constituinte. O doutrinador defende que “a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 286).

Além disso, Motta (2009) sustenta que o magistrado deve demonstrar as verdadeiras razões e fundamentos de suas decisões judiciais; refere, ainda, que Ovídio argumenta que os textos devem ser interpretados de forma hermenêutica e que, assim, em grande parte oferecerão “duas ou mais soluções possíveis e legítimas”, logo, a jurisdição do magistrado não é meramente declaratória da única vontade do legislador. Assim, existe a necessidade de que os juízes realmente “decidam”, deste modo deveriam ter “poder discricionário” e decidir “entre as alternativas autorizadas pela norma”, desta maneira se tornaram “juízes responsáveis”. Sustenta, ainda, que para Ovídio discricionariedade é diferente de arbitrariedade:

É que a primeira não deverá ultrapassar o campo da juridicidade, devendo, portanto, prestar contas, sempre, “aos princípios da razoabilidade”. Quer dizer: Ovídio não acredita na construção de decisões além do direito, até mesmo porque não concebe o Direito como um sistema de regras, o que nos permite concluir que a discricionariedade defendida pelo processualista gaúcho possa ser assimilada como uma espécie de proporcionalidade, padrão que identificamos, com Streck, como sendo a necessidade de garantir a coerência e a integridade das decisões judiciais. (MOTTA, 2009, p. 116).

Outrossim, Isaia (2011, p. 97) refere que “para Eduardo Couture, processualista renomado, ‘interpretar e é extrair sentido’, o que demonstra o intenso comprometimento do processo com a filosofia da consciência e, por conseqüência, com o protagonismo judicial”. Ademais, conforme descreve Streck (2006), o magistrado deve analisar os seus “pré-juízos” a fim de entender a ideia prévia antes de confrontar com “a coisa”, haja vista que “os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos ‘como’ pré-juízos alienam o interprete, fazendo-o refém da tradição ilegítima” (STRECK, 2006, p. 223).

Importante acrescentar que, Motta (2009), ao analisar a obra de Dworkin, sustenta que “o Direito é algo mais do que, simplesmente, o exercício do poder discricionário (no sentido ‘forte’ da expressão) de autoridades públicas; trata-se, antes, de uma ‘questão de direitos e deveres’”, sendo assim, “a decisão judicial é uma decisão política” deve ser percebida como “doutrina da responsabilidade política”, logo, “o fato de a decisão judicial ter natureza ‘política’ não justifica que venha fundamentada em ‘argumentos de política’” (MOTTA, 2009, p.104). Assim, argumenta que existe uma preocupação que é compartilhada tanto por Dworkin quanto por Ovídio “a de que os juízes – se bem que não podem fechar os olhos à Política -, não deveriam ser –e não são – legisladores delegados” (MOTTA, 2009, p.100).

Ademais, o magistrado deve fundamentar a decisão judicial como “ser-no-mundo” e, não prolatar sentença de forma solipsista/isolada; uma vez que, “[...] são várias as causas desse fenômeno, que ao fim e ao cabo contribuíram para o derradeiro afastamento entre o direito processual e direito material, dando azo a julgamentos a-históricos, que facilmente podem se tornar decisionistas ou arbitrários”. (ISAIA, 2011, p. 109).

Dessa maneira, a partir da interpretação hermenêutica “(é o que Ovídio chama de comportar ‘duas ou mais compreensões’)” o juiz não pode escolher “livremente” o significado que lhe pareceu mais adequado, assim, o magistrado “deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não outro) dos sentidos possíveis da norma”. Dessa maneira, “o convencimento judicial deve alcançar ‘o nível de racionalidade exigido pela lei’” (MOTTA, 2009, p.105).

Vale observar que o Mendes referiu no AI791292 QO/PE que “o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação [...] bastar-se-ia que o magistrado colocasse na decisão o seu entendimento de forma solipsista [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 306). O magistrado deve pensar hermeneuticamente e compreender o caso concreto e não decidir de forma solipsista e isolado do mundo, conforme aponta Cristiano: “[...]É preciso, pois, pensar hermeneuticamente o processo civil, para acima de tudo compreender que o sentido do caso concreto se dá na e pela linguagem, construção oriunda da interpretação daquela situação fática [...]” (ISAIA, 2011, p. 117).

Destaca-se que Streck (2006, p. 222) refere que “a explicação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução o direito, doutrina e jurisprudencialmente, confrontando tradições”. Desta feita, deve ser limitada a discricionariedade judicial (conforme Ovídio defendia), bem como a ideia de que a decisão é uma escolha do juiz, tendo em vista que este magistrado seria um “irresponsável”, “na medida

em que a (in) justiça de suas decisões não é mérito ou demérito seu, mas do ‘legislador’, do ‘sistema’” (MOTTA, 2009, p.99).

Dessa forma, o Estado não consegue ter uma atuação neutra, tampouco o magistrado é apenas um agente público que deve “aplicar as leis”, como anteriormente referido por Hobbes. Assim, não existe uma “interpretação neutra” das normas, pois o magistrado primeiro toma a decisão e depois buscará um fundamento para ela (MOTTA, 2009, p.106).

Ademais, Motta (2009) defende a reflexão conclusiva seria uma unidade como sendo “uma boa resposta” “(hermenêutica/constitucionalmente adequada) do Direito”, “e aquilo que o Professor Ovídio reclama dos juízes a partir do dever de fundamentar suas decisões: todos querem combater e evitar a arbitrariedade judicial, a “livre” escolha de uma interpretação sobre o Direito que surge em determinada (e irrepetível) situação de aplicação”. Acrescenta, ainda, que o Professor Ovídio embasou que “não há Direito sem compromisso com padrões como a equidade e justiça”; dessa maneira, “os padrões de ‘moralidade institucionalizada’, normativamente compreendida, assumem o papel de ‘fechar’ a interpretação, de conduzi-la rumo à ‘correção’ que sustentamos seja possível (e necessário) atingir” (MOTTA, 2012. p.106-107).

Vale observar que a Constituição descreve que a decisão tem que ser legítima correta e íntegra (Dworkin) e não, obrigatoriamente, uma decisão extensa e redundante. Por conseguinte, deve-se distanciar do antigo entendimento de que a fundamentação das decisões era facultativa e que (tal fundamentação) induziria uma quebra da celeridade do sistema¹. Dessa forma, deve ser abolido qualquer tipo de simulação nas fundamentações, conforme observa: “não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 302).

Sendo assim, a exigência que as decisões judiciais sejam fundamentadas é uma proteção contra a arbitrariedade e a discricionariedade, destarte, embasamento permite um maior controle dos pronunciamentos judiciais e reduz a margem de subjetividade do magistrado, consoante ao que o doutrinador Ramires apud Theodoro Júnior (2015, p. 302-303) argumenta:

[...]é preciso à fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. [...]Diz Streck que ‘jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’. [...]Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que escolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeita a interpretação dada pela parte sucumbente.

¹“Tal ideologia imperou durante séculos até o advento do Código de Frederico II da Prússia, em 1748”. (TARUFFOapud THEODORO JÚNIOR, 2015. p. 302).

Além disso, a fundamentação é diferente da motivação; sendo que, a motivação seria o mero apontamento que o juiz faz de forma solitária e individual, uma vez que ele considera mais relevante o caso que determinou que ele tomasse uma decisão em um sentido e não em outro. Dessa maneira, Ommatiapud Theodoro Júnior (2015, p. 304-305) considera que a fundamentação deve demonstrar as razões pelas quais o judiciário aceita (ou não) determinada interpretação do direito, conforme segue:

[...]A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o Direito democrático. [...] Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam em fazer.

Ademais, o Mendes declarou no RE 434.059/DF 2008 que: “[...]constitucionalizou uma pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.305). Vale observar, também, que “a decisão fundamentada é de suma importância tendo em vista que a jurisprudência vem tomando força como prática jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 307).

Desta feita, evidencia-se que a ausência de fundamentação, por parte do magistrado, na decisão, ela é inválida, independentemente da justiça ou injustiça do caso. Conforme analisou Streck (2015b, s. p.): “O sentimento do justo cada um tem. O problema é saber se o Direito dá a mesma resposta. Se não der, a opinião do juiz tem o mesmo peso da opinião do porteiro. [...] Temos que tomar cuidado para que a democracia não seja substituída pela juristocracia, que é a substituição do legislador pelo juiz”.

Assim, faz-se necessário pensar (o direito) hermeneuticamente e abrir espaço ao verdadeiro papel assumido pela Constituição diante da complexidade social (ISAIA, 2011, p.73); uma vez que, a fundamentação da decisão judicial é uma garantia fundamental que foi ratificada pela Comissão de Parlamentares na celebração do parágrafo único do art. 472 do anteprojeto do CPC/2015.

Ademais, a fundamentação da decisão judicial está assegurada na Constituição Federal de 1988 como uma garantia ao cidadão tendo como fundamento o devido processo legal, bem como o contraditório e a ampla defesa. À vista disto, é necessário estudar, de forma mais profunda, o texto legal do artigo 472, parágrafo único, do anteprojeto do CPC/2015

concomitantemente com artigo 489, parágrafo segundo, do CPC/2015 a fim de analisar de houve um progresso ou retrocesso legislativo.

2 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E RETROCESSO ENTRE O ANTEPROJETO E A LEI ORDINÁRIA DO CPC

Antes de adentrar no texto legal tanto do anteprojeto quanto, posteriormente, do CPC, é fundamental que se observe o Estado Democrático de Direito com enfoque na fundamentação da decisão judicial, que está prevista no art. 93, inciso IX, na Constituição Federal de 1988. Uma vez que tal dispositivo prevê que as decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade; visando, assim, frustrar o subjetivismo e o abuso de poder por parte do magistrado; por conseguinte, se consolida o pilar estrutural da imparcialidade do juiz de direito. Ademais, vale ressaltar que o devido processo legal tem como base a razoável duração do processo a fim de efetivar os direitos tutelados pelo cidadão.

Desta maneira, o indivíduo que tem seus direitos ceifados recorre ao poder judiciário a fim de obter uma resposta ao seu conflito. Como consequência existe um aumento vertiginoso de lides, que são distribuídas diariamente, fazendo com que o judiciário venha sofrendo um congestionamento na artéria deste sistema.

Destarte, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), entidade pública que visa aprimorar o trabalho do sistema jurídico brasileiro, instituiu em 2009 o Planejamento estratégico do Poder Judiciário (Resolução 70) com dez metas de nivelamento. Destaca-se que no referido ano a meta nº 02 versava sobre ‘identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)’. Já em 2010 foram definidas dez metas, destacam-se: meta nº 01, julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal; meta nº 02, julgar todos os processos de conhecimento distribuído (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007; meta nº 03, reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31 de dezembro de 2009); meta nº 04, lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento. Nesse seguimento, a cada ano subsequente houve a fixação de novas metas².

² Informações retiradas do web site do Conselho Nacional de Justiça. Disponibilizado em <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/>>. Visualizado em 08/04/2023.

Deste modo, o magistrado se encontra numa situação complexa, pois tem que conciliar dois polos distintos (devido processo legal versus celeridade processual), por isso, em não raras vezes, o juiz observa o processo como sendo apenas mais uma lide, mais um número no sistema, não atentando para as peculiaridades que o caso requer.

Dessa maneira, o direito tem relação direta com o caso concreto e é essencial vincular o fato ao texto legal, visando, com isso, obter a resposta correta e afastando o deciosismo solipsista, conforme segue:

Não há como negar que o sistema, negando a faticidade – porquanto entende desnecessário vincular quem instrui a prova ao julgamento – acaba por retornar (ou se manter, dado o arraigamento dos juristas ao positivismo jurídico) ao paradigma positivista, que sempre deixou aos juízes a escolha dos critérios de suas decisões. Por isso a inclusão da faticidade de dá, ao menos no âmbito do processo civil, a partir da inserção do intérprete final do fato (o juiz) no núcleo do caso concreto, local onde a oralidade (imediatidade entre julgador e objeto da prova) assume um lugar interessante, pois é com ela que aquele que se prestou a instituir deverá julgar, decisão esta que estará mais perto da resposta correta, que em última análise mostra-se como uma necessidade (ISAIA, 2011, p. 114).

Assim, tal proteção processual (a imparcialidade) está sendo ceifada gradualmente, haja vista que a maior celeridade processual erradica, de forma gradativa, o tempo necessário para que o magistrado fundamente de forma imparcial a sentença prolatada, conforme argumenta Streck (2016, s. p.):

[...]Um exemplo notório neste aspecto diz respeito à fundamentação decisória. Apesar da CF/88 prever a nulidade pela inaplicação de seu comando (artigo 93, IX) é recorrente o uso de fundamentações superficiais e desprendidas do caso em julgamento, sem esquecer o desprezo ao dever de consideração com os argumentos relevantes suscitados pelas partes. Em face deste vício, a legislação se viu compelida a contrafaticamente corrigir este comportamento não cooperativos dos julgadores[...]

Vale ressaltar que a crescente busca pela sentença judicial, como forma exemplificativa de justiça e certeza, decorre da omissão/ineficiência dos outros poderes, tais como legislativo e executivo. Uma vez que, como regra geral o Poder Executivo é quem elabora as políticas públicas e o Poder Legislativo, principalmente no que tange a elaboração e votação de projetos de leis de viés orçamentário, possui papel essencial na elaboração das políticas públicas. Assim, o cidadão quando tem seu direito ceifado (em muitos casos pelo não cumprimento das políticas públicas, logo, ineficiência do poder público – tanto legislativo quanto executivo) se vê obrigado ao postular uma demanda perante o Poder Judiciário (GONÇALVES, 2009, p.21).

Desta feita, tendo como base este complexo cenário jurídico e social, faz-se necessário ressaltar que o Código de Processo Civil (lei número 13.105, de 16 de março de 2015) traz consigo várias inovações e, também, alguns resquícios do paradigma epistemológico do

subjetivismo; visando, assim, a maior celeridade processual sem realizar uma maior reflexão sobre a qualidade das decisões.

Além disso, os próprios juristas da Comissão do Senado que elaboraram o texto do anteprojeto do CPC/2015 referem que a teoria da fundamentação da sentença judicial objetiva um processo justo a fim de buscar o “contraditório participativo” desenvolvendo, assim, o direito de as partes influírem nas decisões judiciais, em todas as etapas possíveis, tanto nas alegações quanto nas provas. Dessa maneira, se concretiza o direito fundamental de acesso à justiça e, também, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (ambos os elementos previstos na Carta Maior de 1988, este no art. 1º, inciso III e aquele art. 5º, inciso XXXV).

Vale enfatizar que, na *práxis*, a fundamentação da decisão judicial tem como alicerce a discricionariedade do magistrado, logo, “escolha”, em não raras exceções, vai além dos limites estabelecidos pela norma e entra no campo da hermenêutica interpretativa constitucional e, em muitos casos se transforma em subjetivismo e decisionismo solipsista, conforme defende Streck (2015a). Destarte, tal julgamento influência direta e indiretamente no cotidiano da sociedade, em diversos setores e graus.

O Código de Processo Civil se justifica (de acordo com as explanações da comissão de jurista que elaborou o anteprojeto) por seu propósito em “gerar um processo mais célere, mais justo” visando, assim, atender as necessidades sociais. O doutrinador Dinamarco (2009, s. p.) fundamenta que o processo precisa ter um resultado justo, bem como ser justo na sua efetivação.

Além disso, de acordo com a Comissão do Senado, que produziu o anteprojeto do CPC, existe “a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República”; tendo em vista “o princípio da razoável duração do processo, afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”. Além da celeridade processual e razoável duração do processo o CPC/2015 visa, pelo menos diz que objetiva, ceifar um pouco da discricionariedade do magistrado, para que com isso, não seja comprometida à decisão judicial, tendo em vista que em muitos casos o juiz julga com base em seu entendimento sobre a norma (SENADO FEDERAL, 2010, s. p.).

Em consonância com o raciocínio supra, verifica-se a real necessidade de efetuar um estudo científico sob a fundamentação da decisão judicial e os seus efeitos no que tange ao subjetivismo do magistrado visando, assim, controlar o decisionismo solipsista e concretizar os direitos fundamentais previsto em nossa Constituição Federal. Vale acrescentar que, é primordial a discussão sobre a presença (ou não) da essência subjetivista descrita no §2º do art.

489 do CPC/2015, faz-se imprescindível analisar a drástica mudança no texto deste artigo enquanto anteprojeto e ulteriormente como lei ordinária.

Uma vez que, é perceptível a mudança descendente entre o texto do anteprojeto e o da lei ordinária que entrou em vigor em março de 2016, tendo em vista que o parágrafo único do art. 472 do anteprojeto³ descreve que, quando o juiz for proferir uma sentença e existir conceitos juridicamente indeterminados (cláusulas gerais ou princípios jurídicos) o magistrado deve expor o sentido em que as normas foram compreendidas demonstrando porque não aplicou os princípios colidentes (usando a ponderação). Enquanto, o parágrafo segundo do art. 489 do CPC/2015⁴ apresenta que no caso de colisão entre normas o magistrado deve justificar o objeto e os critérios da ponderação realizada, expondo o motivo que autorizaram afastar a norma e os fatos que justificam a conclusão. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.303).

Dessa forma, destaca-se o declínio legislativo entre o anteprojeto e a lei ordinária haja vista que no anteprojeto o magistrado poderia fundamentar a sentença com base na ponderação entre cláusulas gerais ou princípios jurídicos enquanto na lei ordinária a ponderação poderá ser feita sob colisão entre normas. Assim, faz necessário lembrar que normas abarcam princípios e regras, desse modo, em resumo, o código de processo civil de 2015 autoriza que o magistrado fundamente a decisão judicial com base na ponderação de qualquer norma legal. (STRECK, 2015a).

Streck (2015a) descreve que: “[...] ‘ponderação de regras’ não tem limite, logo, tal insanidade é fortemente criticada pelo Lenio “[...]uma ponderação tupiniquim de que fala o legislador? Uma ponderação fake? Uma gambiarra hermenêutica? Uma ponderação ‘tipo-o-juiz-escolhe-um-dos-princípios-ou-regra-em-colisão’ e... fiat luz, eis-áí-o-resultado-ponderativo?”. Ao passo que aquele (ponderação descrita no anteprojeto) se refere a cláusulas gerais (normas com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma solução jurídica) ou princípios, assim, a está ponderação deve ser realizada em situações mais restritivas, logo, o anteprojeto propôs uma maior segurança jurídica do que a própria lei ordinária que vigora em 2016.

³ Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, **o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes** (Sem grifos no original) (BRASIL, 2009).

⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 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 (Sem grifos no original) (BRASIL, 2015).

Diante de tamanha incoerência legislativa Streck (2015a, s. p.) assim se manifestou:

[...] O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade [...] é colisão de princípios e não, genericamente, de NORMAS. (...) Se o aludido parágrafo 2º for sancionado, preparemo-nos para o risco da institucionalização do amplo poder discricionário, que vai na contramão do artigo 93X, da CF. [...] Acreditar que o juiz primeiro conclui e depois busca as ‘premissas fáticas’ é recuar no tempo em duzentos anos. [...] Se todas as normas lato sendo puderem colidir, perderemos o campo de avaliação estrito da validade, algo que, novamente, prejudica a segurança jurídica [...].

Desta forma, fica evidenciado o retrocesso do poder judiciário e o abrupto corte dos direitos fundamentais, tais como o devido processo legal e a imparcialidade do magistrado. Prerrogativas que foram conquistadas por intermédio de uma história conturbada e recheada de injustiças até chegarmos ao Estado Democrático de Direito.

Importante destacar que o Novo Código de Processo Civil em seu art. 489, §2º, alterou completamente o que foi analisado na 8ª Audiência Pública, configurando, assim, uma absoluta ruptura com as conclusões obtidas por intermédio de um clamor de renomados juristas, conforme segue trecho da referida audiência:

[...] O processo deve ser considerado na perspectiva do ser, e não do dever-ser, de modo que a preocupação deve se localizar sobre o que empiricamente funciona, com a real aplicação. A ideia de fortalecer a jurisprudência é louvável, mas de deve deixar claro que o que vincula é a causa de pedir jurídica, tomando-se a distinção entre pressupostos fáticos e dos pressupostos jurídicos adotados nas decisões paradigmas dos recursos repetitivos, repercussão geral, incidente de coletivização etc. Art. 615-A: poderia ser aplicada tal regra também ao cumprimento da sentença [...] (SENADO FEDERAL, 2015).

A decisão judicial não pertence ao magistrado, pois, seus efeitos devem voltar à sociedade que é a verdadeira titular do sistema, representada pelo direito. Dessa feita, uma decisão pode ser considerada fundamentada quando, “além de demonstrar a reconstrução argumentativa dos acontecimentos relevantes do caso concreto” (PEDRON apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 304), elucida a norma apropriada que servirá de justificativa para a ação singular; dessa forma, o magistrado não tem competência, de acordo com o atual estado democrático, para fundamentar sentença judicial com base na ponderação de normas, em consonância com a crítica feita pelo doutrinador Streck (2016, s. p.):

[...] **Conjur — E a ponderação que está no artigo 489? Nunes e Streck**—Aqui reside um problema: tudo indica que os juristas que participaram da Comissão de elaboração do CPC quiseram estabelecer a ponderação de origem alexiana. Ocorre que o dispositivo foi aprovado com um grave defeito, ao falar em “colisão de normas”. Ora, se regras também são normas — e, efetivamente, o são — isso quer dizer que o juiz poderá “ponderar” regras? Mas, se assim proceder, estará escolhendo uma regra em detrimento de outra. Afinal, não é Alexy quem diz que regra é no tudo ou nada? Logo, estará invalidando uma delas. Só que, então, estará violando a jurisdição constitucional e criando Direito, o que lhe é vedado a toda evidência. Portanto, o dispositivo que autoriza o juiz a ponderar normas (e

regras são normas) é inconstitucional, porque fere o artigo 2º da Constituição Federal, que estabelece a divisão de Poderes na República. Além do mais, o próprio Robert Alexy se refere à colisão de princípios e não colisão de regras, criação, aliás, tipicamente brasileira [...] (Grifos no original).

Dessa forma, o estudo e a *práxis* da fundamentação da decisão judicial é de suma importância para o desenvolvimento da sociedade bem como para a satisfação de direitos tutelados tais como justiça e devido processo legal. Destarte, faz-se necessário a pesquisa sob os pilares do tema supra, tendo como exemplo a distinção (imensa) entre a discricionariedade e o subjetivismo por parte do magistrado; uma vez que este último (subjetivismo) tem como base o decisionismo solipsista (isolado) por parte do magistrado e vai à contramão aos fundamentos apreciados e propagados no Estado Democrático de Direito.

3 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DECISIONISMO SOLIPSISTA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com base em toda a análise feita anteriormente, tanto no que tange a diferença entre a discricionariedade e a subjetividade e, também, o estudo que demonstra o retrocesso entre o texto do anteprojeto e o CPC/2015, se faz imprescindível observar, com mais profundidade, o contraponto que há entre o decisionismo solipsista e o Estado Democrático de Direito.

Assim, num primeiro momento será analisado que na modernidade, o processo civil, “transformou tanto os fatos quando o direito em objetos de representação”, que está à mercê do intérprete, melhor dizendo, “à disposição de sua subjetividade”; desta forma, o operador do direito passou a “descobrir o sentido da lei, a vontade do legislador” (ISAIA, 2011, p103). Ademais, o juiz deve interpretar o caso concreto (a situação fática apresentada) visando, assim, uma decisão fundada na hermenêutica filosófica, objetivando, com isso, não recair nos decisionismo interpretativos, conforme segue reflexão de Isaia (2011, p. 114):

A não entrada na realidade do caso concreto (naquilo que realmente as partes e o caso são e representam), o que se daria no modo-de-ser-do-juiz-naquele-processo, levaria, à luz da hermenêutica de cariz filosófico, a um sério problema interpretativo quando do ato jurisdicional decisório, porquanto a decisão, nestes moldes, não seria conteudística (e, portanto válida). Isso tudo porque a linguagem (aqui, a oralidade) não terá penetrado naquela situação fática daquele caso concreto, momento em que o procedimento retrotrai ao esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência, desembocando indelevelmente na possibilidade de ocorrência de decisionismo interpretativos.

Além disso, o doutrinador Streck critica bravamente o “livre convencimento” e o decisionismo solipsista por parte no magistrado em sua coluna, tendo em vista que tais condutas vão de encontro ao Estado Democrático de Direito. Ademais, a “interpretação não terá como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, tampouco buscar a *voluntas*

legislatoris, mas sim tornar o objeto da interpretação o melhor possível” (DWORKIN, 2013, p.18).

De mais a mais, no atual sistema processual se faz indispensável a ultrapassar a práxis do juiz solipsista “detentor de um poder (subjetivo) solitário”, é necessidade o rompimento de uma cultura jurídica que há séculos confere ao juiz a posição de senhor da linguagem. (ISAIA, 2011, p.97). Neste sentido, Streck defende que:

[...] sabemos que há um déficit de democracia quando deixamos um poder discricionário ou um poder ‘produto de livre convencimento’ para o judiciário (em Pindorama isso acaba sendo a mesma coisa). [...] Sabemos que o direito é refém de um imaginário solipsista (Selbstsüchtiger, i.é, viciado em si mesmo), em que cada um pensa e diz o que quer e a decisão acaba sendo o resultado de uma loteria. Mas, dizemos intimamente: ‘-isso tudo não é todo mal; e, ademais, é o nosso meio de vida. (STRECK, 2015c, s. p.).

Importante destacar que Ovídio (2006, p. 45) argumenta em seu livro que o isolamento do magistrado seu deu através do sistema em que a Coroa (no Brasil Colônia) impunha ao juiz, uma vez que a Coroa visando preservá-los do convívio social para não comprometer suas decisões resolveu isolá-los; a Coroa tinha o intuito que o “magistrado ficasse isento de pressões familiares, de amigos e interesses”. Contudo, como acrescenta o autor, “este isolamento do magistrado – que busca distância até mesmo dos advogados da causa-, além de fortalecer o acentuado corporativismo da instituição, favorece o espírito burocrático [...]”.

Sendo que Isaia descreve que é imprescindível ultrapassar os limites estabelecidos pelo solipsismo judicial e caminhar em direção “à construção (constitucional) de um modelo de juiz ser-no-mundo”, analisando, assim, “a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade), instaurando seu sentido diante de sua singularidade”. Dessa forma, o intérprete terá ‘a’ resposta correta revelada, conforme segue:

[...]Se todo caso exige ‘a’ resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser entificada, está-se frente à necessidade de superação de uma metodologia procedural-dogmática que renunciou o fato em processo civil. (ISAIA, 2011, p. 86).

Uma vez que “o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada” (DWORKIN, 2013, p.17). Além do mais, A Constituição Federal quer uma decisão “legítima, correta e íntera (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão proxima” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.302).

Além do que, Isaia acrescenta que o juiz deve interpretar a norma visando “descobrir” o seu conteúdo somente nos casos difíceis visando, com isso, extrair o “significado ideal do texto”, de acordo com trecho que segue:

A atividade interpretativa no Estado democrático de direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua ‘vontade’, ‘íntima convicção’ etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para ‘descobrir’ o conteúdo da norma, extraindo o ‘significado ideal’ do texto. Em seu lugar impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade ética, social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao judiciário e integridade ao direito. (ISAIA, 2011, p. 115).

Sendo que o sentido da norma “se dá na intersubjetividade, a atribuição de sentido pelo intérprete não pode significar qualquer atribuição desmedida ou arbitrária. Evidentemente, nenhum intérprete está autorizado a fazer interpretações decisionistas na tarefa de ‘descobrir’ o conteúdo da lei” (ISAIA, 2011, p. 74). Além de que, a fundamentação da decisão judicial se desentranha quando o magistrado tem acesso ao “conhecimento sobre o fato (o caso concreto)”, logo, o magistrado se torna “ser-no-mundo” e interpreta a aplicação do direito, sendo que tanto está – a aplicação do direito - não se separa do direito, quanto aquela – a interpretação - não se cinde da aplicação do direito (ISAIA, 2011, p. 100).

Haja vista que, “a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência [...]” (OMMATI, 2014 apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p.305). Além de que, “o caso concreto demanda uma série de análises, que perpassam o raciocínio causal-exemplificativo [...], antes de qualquer análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional” (STRECK, 2006, p. 226).

Assim, se torna evidente que a decisão não pode ser aplicação da norma através da interpretação subjetiva da vontade do intérprete, tendo em vista que tal ato vai à contramão dos preceitos fundamentais explícitos na Carta Suprema de 1988. Ademais, o presente jurista analisa que o sentido da norma não está em si, mas são acrescentados pelo próprio intérprete por intermédio de sua “pré-compreensão (aqui, da Constituição) e de sua condição de ser-no-mundo”. Assim, o sistema decisionismo deve sair de campo e dar espaço para a “percepção integrativa do direito”, bloqueando “a possibilidade da emissão de decisões em conformidade a ‘íntima convicção’ do julgador” (ISAIA, 2011, p. 115).

Outrossim, Streck (2016) demonstra claramente sua indignação no que tange a gama de significações que os intérpretes querem atribuir ao direito, uma vez que tal ato concretizaria um “prêt-à-porter”⁵ (pronto para ver) conforme o próprio autor descreve no fragmento a baixo:

[...]o direito aparentemente abdicou da tradição em prol de uma espécie de ‘carp diem’ de significações, deste modo, a própria construção do saber, que constitui historicamente o sujeito, resta ameaçada diante da plurivocidade de sentidos [...]

⁵ Importante acrescentar o que Streck (2013a, s. p.) descreveu, em outra de suas obras, sobre o “prêt-à-porter”, de acordo com que segue: “Princípio da cooperação processual: esse prêt-à-porter ‘propicia’ que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto”.

[...] Afinal, a discricionariedade que afaga é a mesma que apedreja. O direito não é espelho da natureza, muito menos um devaneio-onírico-idealista. Muito embora a ‘verdade’ contida nos resumos de Direito ‘prêt-à-porter’ nos dizer o contrário [...] (STRECK, 2015c, s. p.).

Assim, em busca de uma melhor aplicação do processo civil ao caso concreto o anteprojeto do CPC/2015 trouxe inovações, na fundamentação da decisão judicial no caso de “cláusulas gerais e princípios” o magistrado deveria justificar a ponderação⁶ visando, com isso, a efetivação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁷. No entanto, o CPC/2015⁸ entrou em vigor com uma redação completamente divergente ao que se objetivava em seu anteprojeto, uma vez que descreve que o juiz poderá ponderar no caso de “colisão entre normas”, sendo que o termo “engloba regras e princípios”, logo, tal ponderação é um absurdo, conforme descreve o jurista Streck (2015a, s. p.):

[...] que a tal “ponderação do NCPC” não é aquilo que se vem falando do que seja a “ponderação”, fica a pergunta: então por que não substituem a palavra ponderação por “escolha”, “discricionarismo”, “consciência do julgador” ou, simplesmente, coloquem qualquer palavra no lugar, por exemplo, “canglignon”. Não vai mudar nada mesmo. Do jeito que está, é a porta para a arbitrariedade interpretativa. Meia volta, volver!

Desse jeito, se concretiza a existência de um cabo de guerra entre o progresso e a continuidade do subjetivismo judicial, onde aquele – o progresso- visa aproximar o magistrado das partes no processo, bem como da historicidade social (“juiz-instrutor” e juiz “ser-no-mundo”), para, com isso, “extrair o sentido” do processo e julgar com equidade e com base do devido processo legal; conquanto, aquela – a continuidade do subjetivismo judicial – objetiva a continuidade das decisões “solipsistas” e que o magistrado decida de acordo com a sua consciência, em conformidade com o que Isaia (2011, p. 75) descreve:

[...] onde a jurisdição adjudica uma função essencial na busca dos direitos abnegados pelo positivismo, que permite ao juiz que faça a ‘melhor escolha’ dentre uma gama de ‘possibilidades’. Tal postura, pelo que já se referiu, contraria o Estado Democrático de Direito.

⁶Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, **o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes**(Sem grifos no original) (BRASIL, 2009).

⁷Maiores informações sobre as discussões do legislativo na elaboração do projeto se encontram “ANEXO A – AUDIÊNCIAS PÚBLICAS”.

⁸Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 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(Sem grifos no original) (BRASIL, 2015).

Importante destacar que, mesmo o CPC estando em total desconformidade com a Constituição de 1988, existe juízes que não aderiram tampouco e aceitaram o imperativo de justificar “o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada entre a colisão entre normas”, conforme se vê na reflexão de Streck (2015d, s. p.):

[...] É o caso de um juiz do trabalho-professor-doutor, que, em palestra recente – não desmentida – afirmou que a justiça do Trabalho deveria resistir à aplicação do novo Código de Processo Civil, por entender que a nova lei é fruto do pensamento liberal e da lógica de mercado, tendendo a diminuir a potencialidade da influência dos juízes do trabalho dentro da realidade social.

[...]E a matéria acentua ainda que o magistrado teria dito que ‘precisamos resolver as coisas de forma mais simples e basear nossas escolhas na lógica na confiança entre o juiz e as partes e entre as partes e o juiz’. E eu indago: Como assim? O que é isto – ‘a lógica da confiança entre o juiz e as partes’? Não tem Parlamento neste país? Juiz faz juízos morais sobre o direito?

[...]Ou seja, se for um juiz progressista, a decisão é ‘X’; se for um ‘conservador’, será Y. Isso só mostra que estamos 100 anos atrasados. Ainda cultivamos coisas como Escola Direito Livre, Livre Investigação, Realismo Jurídico, Direito Achado na Rua e outras coisas do gênero [...].

Dessarte, a não aceitação – adesão- por parte (da maioria) dos intérpretes judiciais ao CPC/2015, no que abarca a justificação dos critérios de ponderação na fundamentação da decisão judicial, acarreta na continuidade do que Dworkin nomeia como “poder criativo dos juízes”, em consonância segue passagem:

Dworkin, em sentido contrário, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria o fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes, nos termos propostos por Hart (STRECK, 2013b, p. 358).

Em suma, a Constituição Federal não autoriza que o magistrado decida ‘conforme sua consciência’, mas, sim, que fundamente a sentença judicial, logo, o decisionismo solipsista vai à contramão do Estado Democrático de Direito bem como com os seus preceitos fundamentais. Uma vez que, o cidadão ao “bater na porta do judiciário” a fim de encontrar “respostas” ao seu problema tem o direito de obter uma sentença fundamentada e não uma decisão com base na mera motivação do juiz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O terceiro capítulo do estudo já traz considerações finais ao trabalho, restando, a título de encerramento, voltar a contextualizar brevemente o objetivo da pesquisa e uma síntese dos resultados. Este estudo objetivou analisar a fundamentação da decisão judicial no que abarcava o artigo 472, parágrafo único, do anteprojeto do CPC/2015 e, posteriormente, o artigo 489, parágrafo segundo do CPC/2015, com vistas a responder se existia ou não subjetivismo em tal diploma legal.

Após uma pesquisa que considerou as ponderações existente sobre o tema, a resposta é de que existem resquícios do subjetivismo, uma vez que dispositivo legal anteriormente mencionado autoriza a ponderação entre normas, o que não é possível, já que norma abarca princípios e regras. Destaca-se que as regras não poderiam ser matéria de ponderação, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e separação de poderes.

Assim, a imensa diferença entre o anteprojeto e a LO demonstra que existe um cabo de guerra entre o progresso e a continuidade do decisionismo solipsista. No entanto, o atual Estado Democrático não comporta mais decisões isoladas por parte dos magistrados, desconsiderando que integram um sistema que exige coerência e integridade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIÓGENES JÚNIOR, JOSÉ. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Âmbito Jurídico**. s. d. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 04 nov. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Costa. **Novo CPC: sistematizado e resumido** / Costa Machado – São Paulo: Atlas, 2015.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. 2009. 184 f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SENADO FEDERAL. 2010. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio; DIERLE, Nunes. **Analisam mudanças trazidas pelo novo CPC**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Conjur**. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 15 nov. 2015

_____. Dossiê ronald dworkin: Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, 2013b, p. 343-367.

_____. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Conjur**. 2015a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20 nov. 2015

_____. Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz. **Conjur**. 2015b. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>> Acesso: 23 nov. 2015

_____. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?. 2015c. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Acesso em: 07 out. de 2015.

_____. Razão cínica: o livre convencimento que afaga é o mesmo que apedreja! 2015d. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-14/senso-incomum-razao-cinica-livre-convencimento-afaga-mesmo-apedreja>>. Acesso em: 07 out. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.