

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**MIGUEL KFOURI NETO**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

---

### **Apresentação**

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

**O ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A  
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA PERSPECTIVA  
DWORKINIANA**

**THE ARTICLE 489 OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND GROUNDS  
OF JUDGMENTS IN PERSPECTIVE DWORKINIANA**

**Cristiano Becker Isaia  
Patrícia Adriani Hoch**

**Resumo**

No recente dia 16 de março de 2015 foi publicado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105), que trouxe novas diretrizes para a aplicação do Direito. Dentre elas, assume destaque o artigo 489 e a fixação de parâmetros para a fundamentação das decisões judiciais, em detrimento da discricionariedade e da tomada de decisão conforme a consciência do julgador. Nesse sentido, através do “método” fenomenológico-hermenêutico, o presente estudo visa verificar a influência da teoria dworkiniana nessa novel legislação infra-constitucional, sobretudo a integridade do direito, na perspectiva da prestação jurisdicional vista como um romance em cadeia.

**Palavras-chave:** Novo código de processo civil, Integridade do direito, Dworkin

**Abstract/Resumen/Résumé**

In recent days March 16, 2015 was published the new Civil Procedure Code (Law nº 13.105), which brought new guidelines for applying the law. Among them, takes featured Article 489 and setting parameters for the reasoning of judicial decisions at the expense of discretion and decision-making as the judgmental awareness. In this sense, through the "method" phenomenological-hermeneutical, this study aims to verify the influence of this novel theory dworkiniana infra-constitutional legislation, especially the integrity of law with a view to adjudication seen as a chain novel.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** New civil procedure code, Right integrity, Dworkin

## **Introdução**

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin trouxe importantes contribuições para a ciência jurídica, de modo que seu pensamento irradia sobre a aplicação do Direito na atualidade. Dentre suas teorias, destaca-se a da integridade do Direito, segundo a qual a interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada pelo julgador (DWORKIN, 2007, p. 271), bem como a ideia da prestação jurisdicional, vista como um romance em cadeia (em continuidade) (DWORKIN, 2005, p. 238).

Dworkin considera que a discricionariedade judicial nos casos difíceis cessa com a aplicação de princípios que fundamentam e justificam a decisão, de modo que a decisão judicial deve ser tomada em acordo com padrões prévios de conduta. Nesse sentido, os juízes possuem o dever de elaboração de uma teoria coerente e que não desconsidere a complexidade normativa do Direito, incluindo o papel da história judiciária e legislativa, que deverão ser “justificadas” principiologicamente e com a filtragem constitucional (DWORKIN, 2007, p. 305).

A busca de Dworkin reside exatamente no fato de que deve haver um mecanismo de justificação nas decisões, na medida em que não aceita que o juiz decida conforme sua própria consciência. A concepção do “direito como integridade” de Dworkin, portanto, mostra-se viável e, acima de tudo, constitucionalmente adequada para superar a problemática da discricionariedade judicial e fornecer respostas corretas aos casos concretos submetidos à tutela jurisdicional (DWORKIN, 2007, p. 271).

Tendo em vista o aporte teórico, o presente artigo visa verificar se há influência da teoria dworkiniana no artigo 489 do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105), publicado no dia 16 de março de 2015. Tal dispositivo legal fixou parâmetros para a fundamentação das decisões judiciais, em detrimento da discricionariedade do julgador.

Para tanto, será utilizado o “método” fenomenológico-hermenêutico, que constitui um “deixar ver”, fenômeno essencial para o desvelamento, aliado às técnicas de pesquisa documental e bibliográfica acerca do tema, para compreender se as exigências contidas no artigo 489 do novo CPC, no que tange ao sistema decisório jurisdicional, condizem com o Estado Democrático de Direito.

Para a fluidez da compreensão, o artigo foi dividido em duas partes, sendo que na primeira será exposta a teoria da integridade do direito dworkiniana e a necessidade

de fundamentação das decisões judiciais. Num segundo momento, será enfrentado o artigo 489 do novo CPC e o juiz “romancista” como condição de possibilidade para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

## **1 A integridade do Direito e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais**

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin trouxe importantes contribuições para a compreensão do Direito em suas três obras emblemáticas: *Levando os Direitos a sério* (1977), *Uma questão de princípio* (1985) e *o Império do Direito* (1986).

A integridade do Direito consiste na compreensão do Direito como um todo, abrangendo normas e princípios, e norteada pelo compromisso de, ao mesmo tempo, ser coerente e íntegra com o que o Direito foi e a capacidade de, nos moldes da integridade, renovar o Direito na medida do necessário. A integridade, na perspectiva dworkiniana, impõe ao julgador o desenvolvimento dos entendimentos jurídicos, levando em consideração os entendimentos passados e atualizando-os ao presente.

Segundo o entendimento de Dworkin, “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito” (DWORKIN, 2010, p. 128). Ou seja, os juízes não estão aptos a criar direito novo em vez de aplicar o direito estabelecido e preexistente, como entendia Hart (direito parcialmente indeterminado e incompleto). Para Dworkin, o que é incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico, devendo ser rejeitada a ideia de “delegação” ao juiz para o preenchimento das lacunas nos casos difíceis através de um poder discricionário. A teoria de Dworkin é, portanto, antipositivista e antidiscricional (OLIVEIRA, 2008, p. 176).

Para Dworkin, juízes não possuem discricionariedade porque, mesmo nos casos chamados difíceis, esses estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta que ele descreve como princípios jurídicos. A integridade e a coerência devem estar presentes no julgamento dos casos (fáceis e difíceis). A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente é possível através do holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito.

A concepção de Dworkin (2007, p. 271) do direito como integridade é compreendida da seguinte forma:



O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de saber se os juízes descobrem ou inventam o direito, sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tem em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Sob essa lógica de interpretação, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Nesse sentido, Dworkin entende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta ao caso concreto, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Ou seja, o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abre a possibilidade para um juízo discricionário, já que possui uma história institucional a ser reconstruída e que indica a melhor decisão a ser tomada. A boa resposta seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade (ROCHA, 2003, p. 99).

A resposta correta sugerida por Dworkin e aperfeiçoada por Streck para “resposta adequada à Constituição”, em atenção ao princípio democrático, não pode depender da consciência do juiz, do livre convencimento e da busca pela “verdade real”. Dessa forma, “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos”, mas, além disso, “estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (STRECK, 2012, p. 109). Segundo Marinoni (2010, p. 176), “a interpretação de acordo com a Constituição não se constitui em instrumento de controle da constitucionalidade, mas em método de interpretação”, sendo que “o juiz é obrigado a interpretar normas de acordo com a Constituição ou, em uma acepção mais rente ao que aqui interessa, de acordo com os direitos fundamentais”.

A importância dessa compreensão é afirmada por Streck (2009, p. 72), segundo o qual “sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e

essa é a especificidade maior de ciência jurídica – de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgerà a sua (in)efetividade”.

A busca por respostas corretas no âmbito do Processo Civil, segundo Isaia (2012, p. 233), está relacionada ao neoconstitucionalismo compromissário e dirigente e à necessidade de abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo (Autor, Juiz e Réu). Necessário, portanto, pensar o processo civil através da lente hermenêutico-filosófica, ou seja, de uma filosofia *no* processo que evite deixá-lo nas mãos do julgador (ISAIA, 2012, p. 233).

A partir disso, registre-se que Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, apontando o problema da *Narração*. Na metáfora do “Romance em Cadeia”, elaborada por Dworkin, cada juiz deve se considerar para de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais.

Dworkin concebe a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de decisões, estruturas, convenções e práticas. Desse modo, segundo o autor, o processo interpretativo seria como uma romance em cadeia, que não é escrito somente por um autor e sim por vários. Cada um é responsável pela redação de um capítulo separado, devendo continuar a elaboração a partir de onde seu antecessor parou. Evidencia-se, assim, a importância da integridade. Para Dworkin (2005, p. 238):

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 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 histórias; 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.

Isso significa dizer que na complexidade da tarefa a que estaria submetido cada escritor ao redigir o romance deve escrever cada capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance com a complexidade da tarefa enfrentada pelo juiz que, ao decidir um caso difícil, teria a função de dar continuidade à história. O juiz/escritor deve proceder avaliação do que foi feito, não iniciar do “grau zero”. Segundo Dworkin (2007, p. 305):

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade.

Sob essa perspectiva, “a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”, uma vez que “ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (STRECK, 2012, p. 106).

Dessa forma, Dworkin considera que a discricionariedade judicial nos casos difíceis cessa com a aplicação de princípios, que fundamentam e justificam a decisão. Ou seja, há padrões de conduta que os juízes utilizam para fundamentar suas decisões que não são regras, mas sim princípios, o que limita a esfera de discricionariedade (OLIVEIRA, 2008, p. 176).

Dworkin entendia que mesmos nos casos difíceis os juízes estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta. Diante disso, Dworkin criou o chamado juiz “Hércules” para atender às exigências complexas da interpretação do direito. Quando uma análise preliminar de um caso é feita e não se tem certeza de qual interpretação possível deve prevalecer no caso, o juiz depara-se com um caso difícil. Então ele deve escolher, entre as interpretações aceitáveis, qual a que melhor se adequa, do ponto de vista da moral política, à estrutura das instituições e decisões da comunidade.

O juiz Hércules, que tem “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” e “aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição”, é o modelo de juiz da concepção do direito como integridade, e, por este motivo, serve como guia aos juízes que aceitam esta concepção e que procuram encontrar “algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres

das pessoas” e chegar à “melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” para solucionar o caso em questão (DWORKIN, 2010, p. 195).

É fato: as decisões do juiz Hércules seriam instâncias justificadas por argumentos de princípios, e não por argumentos de política. Assim, os precedentes – as decisões anteriores de direito costumeiro – são justificados por princípios que apliquem coerentemente os direitos como um todo, para que se possa afirmar que a decisão tomada é compatível com princípios estabelecidos, ou seja, que ela é equânime e compatível com as decisões anteriores. Nenhum juiz real poderia realizar esta tarefa de interpretar plenamente todo o direito que rege a sua comunidade.

É por isto que Dworkin imagina um juiz hercúleo, “dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”, como um norte para o trabalho dos juízes reais. Dworkin ressalta que a distinção entre casos fáceis e casos difíceis no direito não é tão clara como parece ser e por isso para o direito como integridade os casos fáceis são apenas casos especiais dos casos difíceis, ou seja, são casos que possuem uma interpretação tão óbvia e sem desvios que acabam levando sempre a esta conclusão (DWORKIN, 2007, p. 294).

A força motriz de Dworkin consiste em trabalhar o “dever” dos juízes enquanto juízes, ou seja, o dever de elaboração de uma teoria coerente e que não desconsidere a complexidade normativa do Direito, incluindo o papel da história judiciária e legislativa, que deverão ser “justificadas” principiologicamente e com a filtragem constitucional (MOTTA, 2010, p. 94).

Esse entendimento dworkiniano, quando corretamente aplicado pelo juiz, evita o surgimento de entendimentos judiciais, subjetivistas e particulares sobre a aplicação normativa, ou seja, decisões solipsistas, solitárias, voluntarísticas e arbitrárias, sendo essencial para a garantia do Estado Democrático de Direito, conforme afirma Streck (2009, p. 70):

Por isso, o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modopositivista-de-fundamental” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y”.

Nesse sentido, a justificativa ou fundamentação da decisão é condição de possibilidade de sua legitimidade, em consonância com a obrigação contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil<sup>1</sup> (BRASIL, 1988). Tal dispositivo impõe a “obrigação de motivar”, independentemente de razões comumente utilizadas para afastar esse dever qualitativo da prestação jurisdicional, como, por exemplo, a morosidade da justiça, o excesso de demandas e a falta de servidores.

Seguindo essa orientação constitucional, recentemente, foi promulgado o novo Código de Processo Civil brasileiro, que, em seu artigo 489 trouxe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, reforçando o pensamento de Dworkin até então elucidado, conforme será exposto no próximo tópico.

## **2 O artigo 489 do novo CPC e o juiz “romancista” como condição de possibilidade para a consolidação do Estado Democrático de Direito**

No Brasil, percebe-se a influência do pensamento dworkiniano acerca da integridade do Direito no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105), de 16 de março de 2015, o qual trouxe em seu bojo diretrizes para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário no âmbito do processo civil. Isso, pois,

O Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB/1998, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro. Atente-se que “decisão fundamentada”, isto é, que leve a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes não é sinônimo de decisão longa. Pode-se plenamente ter uma sem outra coisa. O que o Novo CPC quer (ou melhor, o que, antes e acima dele, a Constituição quer) é uma decisão legítima, correta e íntegra (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão prolixa (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 302).

Essa necessidade de fundamentação relaciona-se, segundo Streck (2014, p. 329), com o papel estratégico que o Poder Judiciário representa nas democracias constitucionais contemporâneas, para concretizar direitos fundamentais, de forma legítima e, portanto, mediante decisões motivadas. Para Nunes (2012, p. 200),

---

<sup>1</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O juiz democrático não pode ser omissivo em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório.

Nesse sentido, como afirma Streck (2009, p. 69), a produção democrática do direito deve ser um salto para além do paradigma subjetivista, local em que a hermenêutica atua de forma a blindar interpretações arbitrárias e discricionárias em processo, por parte dos juízes.

Percebe-se claramente que o novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo expresso que veda a discricionariedade do juiz no momento da decisão através da exigência de fundamentação e de enfrentamento de todas as teses arguidas pelas partes no processo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao estabelecer tais diretrizes, em nível processual civil, resta evidente que o legislador visa evitar que o juiz decida de acordo com sua “vontade”, “experiência”, etc., interpretando 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 social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao Poder Judiciário e integridade ao Direito (STRECK, 2009, p. 272), ciente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que é condição de possibilidade para o funcionamento do Estado de feição democrática de direito, incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo. Nesse viés, os parágrafos constantes no novo dispositivo processual civil,

[...] mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 311).

Percebe-se que o inciso VI exige, em um primeiro momento, que os juízes apliquem súmula, jurisprudências e precedentes, de modo que, para deixar de fazê-lo, deve promover a adequada justificação. Nesse ponto, há evidente crivo dworkiniano relacionado à preservação da tradição pelo intérprete e o direito como integridade, consoante descreve Isaia (2008, p. 69):

O fato é que Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e à ficcional imunidade do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. Assim é o Direito. Assim é a atividade jurisdicional sob a tese da integridade do Direito.

Ainda: “o juiz tem a responsabilidade (ética/constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição da República”, sendo que “o “sentido” desses direitos e garantias fundamentais exsurgirá da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição de sentido da maneira que bem entender” (HOMMERDING, 2007, p. 179). Nesta senda, “o juiz deve tomar consciência da história efetual, aproximando a tradição da autoridade e da razão. Essa é a sua responsabilidade” (HOMMERDING, 2007, p. 179). Aliando a tradição à necessidade de fundamentação, explica Streck (2014, p. 433) que:

[...] o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na tentativa de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política.

A decisão judicial, nesse viés, deve estar em consonância com o direito da comunidade política, retomando as ideias do “romance em cadeia” e da integridade concebidas por Dworkin e expostas no primeiro tópico. Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedade devem ser afastadas (STRECK, 2014, p. 166-167).

Em que pese haver previsão constitucional desde 1988, a inovação trazida pelo artigo 489 do novel CPC é de extrema importância no cenário brasileiro, no qual ainda se percebe a existência de manifestações solipsistas de magistrados que ainda acreditam na decisão conforme a consciência. Esse pensamento, aliás, restou evidenciado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, julgado em 2003, quando o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, assim afirmou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.



Essa concepção “traduz claramente o viés nefasto do protagonismo judicial, no qual o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 27). Evidentemente que a declaração do julgador acima transcrita não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, conforme crítica realizada por Streck (2006, p. 270-271):

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, não pode ser assim (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade. [...] Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos. [...] Numa palavra: o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia. Como bem alerta Marcelo Cattoni, “o Direito sob o Estado democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.*

A motivação, portanto, legitima a atividade jurisdicional, segundo Menezes (2011, p. 183), para quem “é através da motivação que o magistrado demonstra à sociedade não ter havido sua *contaminação psicológica*, ou seja, que suas experiências e valores pessoais não serviram como fundamentos determinantes de sua decisão”. Ademais, “pela motivação – e não pelo mandato sufragado em pleito popular – que o agente político magistrado atesta seu compromisso com os valores sociais e constitucionais”. Exatamente nesse viés vislumbra Cattoni de Oliveira (2007, p. 75):

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem [sic] compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper.

Assim, fica evidente que somente com a devida interpretação da Constituição será possível a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte. O processo civil deve estar atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o que é condição de possibilidade para a defesa da jurisdição estatal e da democracia sem desconsiderar o contexto histórico em que sociedade complexa e pluralista se encontra. Streck denomina a faceta transformadora do Estado Democrático de Direito de *plus normativo*, ou seja, o texto constitucional passa a conter as possibilidades de resgate das promessas de modernidade.

[...] o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro (STRECK, 2009, p. 66).

Para Isaia (2012), o paradigma instituído pelo Estado Democrático é fruto da superação de uma série de conquistas, tendo o Estado Democrático de Direito o condão de ser o transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência do Estado Social. Disso resulta a necessidade de releitura e adaptação do processo civil aos princípios constitucionais postos, como ocorre com exigência contida no artigo 489 do novo Código de Processo Civil.

Percebe-se, assim, que um dos desafios do processo no século XXI é garantir direitos consagrados na Constituição, superando a concepção do processo centrado na figura do juiz (solipsista), afastado das partes e do caso concreto. Evidencia-se, assim, a importância da democratização da jurisdição processual, tendo em vista que “uma filosofia no processo parte do pressuposto de que a linguagem é tida como um ponto de partida e reflexão, sendo nela que a Constituição se desvelará e que o sujeito (juiz) solipsista dará lugar a uma participação construída pelo diálogo em processo” (ISAIA, 2012, p. 234). Nesse sentido, “todo o caso concreto levado ao plano processual exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosística (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição” (ISAIA, 2012, p. 234).

Com base no exposto, verifica-se que o novo Código de Processo Civil estabeleceu no artigo 489 o “juiz romancista”, o qual, sob a perspectiva dworkiniana, buscará manter a integridade do direito buscando proferir a resposta adequada ao caso

concreto, expressamente fundamentando a decisão e deixando de lado suas convicções pessoais, em benefício do Estado Democrático de Direito.

## **Conclusão**

O artigo 489 do novo Código de Processo Civil fixou parâmetros para nortear a atividade judicial, exigindo a fundamentação das decisões, em detrimento da discricionariedade do julgador. Dessa forma, o Código combate fundamentações genéricas, decisões que não enfrentam todos os argumentos deduzidos no processo, a aplicação inadequada de precedentes, emprego de conceitos jurídicos indeterminados, entre outros.

Na verdade, o novel dispositivo ratifica a necessidade de fundamentação das decisões, expressa no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, destacando o dever constitucional de motivação, em favor do Estado Democrático de Direito e da legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

Conforme exposto ao longo do estudo, a recente previsão normativa contida no direito processual brasileiro é influenciada pela teoria dworkiniana, especialmente no que tange à necessidade de manutenção da integridade do direito e do combate às decisões tomadas conforme a consciência do julgador. Desse modo, o juiz (“romancista”), ao decidir deve interpretar a lei e as decisões proferidas no passado na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal para promover a tutela jurisdicional e proferir a “resposta adequada”, com filtro constitucional.

Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento da Constituição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação realizada conforme a Constituição, no sentido de garantir direitos fundamentais e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

## **Referências**

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão que não conheceu dos embargos**. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 319.997 – SC. Fazenda Nacional e Reni Antônio Schweitzer e outros. Ministro Relator Francisco Peçanha Martins. 6 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540455&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Processo, hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades. **Jurisvox (Patos de Minas)**, v. 9, p. 58-72, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Unisinos, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Andrea Carla Barbosa [et al]. Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, ano XXIII, n. 25, jul./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Thompson IOB, v. 40, p. 25-53, mar./abr. 2006.

\_\_\_\_\_.; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.