



Processo, dialética e fundamentação adequada: um olhar sobre os avanços que a concepção retórica do direito trouxe para nossa teoria geral do processo

Lúcio Grassi de Gouveia¹

Artigo submetido em: 18/09/2016

Aprovado para publicação em: 17/10/2016

Resumo: O presente artigo pretende analisar de que forma o pensamento retórico influenciou na compreensão e desenvolvimento do processo civil brasileiro, a partir de alguns aportes conceituais realizados por Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Para isso, faremos uma análise do caráter dialógico do processo, da moderna noção de contraditório como influência, a relativização da ideia de verdade no processo e a presença do dever de fundamentação das decisões como forma de constituir um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente. A fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento, já que ela é a única parte do raciocínio do juiz que se pode concretamente analisar, enquanto nada daquilo que ocorre na mente do juiz é diretamente cognoscível. Deverá, portanto, o julgador expor argumentos em função dos quais o observador (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada.

Palavras-chave: Influência; Processo Civil Brasileiro; Retórica.

Process, dialectic and duty to motivate decisions: a look at the progress that the rhetorical conception of law brought to our general theory of the process

Abstract: This paper aims to analyze how the rhetorical thinking influenced the understanding and development of the Brazilian civil procedure from some conceptual contributions made by Tércio Sampaio Ferraz Junior. For this, we will make an analysis of the dialogical nature of the process, the modern notion of contradictory as influence, the relativization of the idea of truth in the process and the presence of the duty to state reasons for decisions in order to constitute a binding element and control of a supervening discussion. The reasons for the decision provides participants discussing the indications for their behavior, since it is the only part of the reasoning of the judge who can concretely

¹ Professor Adjunto II da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica da Universidade Católica de Pernambuco. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Conselheiro Fiscal da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da Associação Norte-Nordeste dos Professores de Processo (ANNPE). Juiz de Direito em Recife-PE. E-mail: luciograssi13@gmail.com

analyze as nothing that happens in the mind of the judge is directly knowable. The judge has to state the reasons to allow that observer (parties, lawyers, other judges, public opinion) to check that the decision is logical and legally founded.

Keywords: Brazilian Civil Process; Influence; Rhetoric.

1. INTRODUÇÃO

Durante a realização dos estudos do grupo de pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, temos constatado a importância da moderna teoria da argumentação, ou redescoberta da retórica, na construção de uma Teoria Geral do Processo mais adequada e em condições de responder aos anseios da sociedade atual.

Nesse cenário, foram marcantes as contribuições de Theodor Viehweg, no campo jurídico e de Chaïm Perelman, na lógica, no sentido de uma tentativa de inverter a ordem habitual da investigação semiótica, acentuando a importância do momento da “discutibilidade” (dialegethai), tomando-o como ponto de partida para a análise do discurso².

Temos a concepção do discurso enquanto produção de pensamento e não instrumento para expressão daquilo que já foi pensado. A retórica parte da ideia de uma antropologia carente, da linguagem não como meio para o mundo real, mas o único mundo perceptível.

Como bem disse João Maurício Adeodato, na passagem da atividade cerebral (ideia) para a articulação (discurso) parece estar o ponto crucial da teoria do conhecimento. A questão central de toda a gnoseologia é investigar esse processo de exteriorização, este relacionamento entre percepções de dados que nos parecem ocorrer no nosso próprio corpo (mente, cérebro) e percepções de dados que nos parecem ocorrer fora dele (mundo). Diante desta questão podemos dividir os diversos argumentos que tentam solucioná-lo em dois grandes grupos, ressalvadas a dose de arbitrariedade e as limitações propriamente epistemológicas de todo o modelo didático: por um lado, os que partem do postulado de que a linguagem humana constitui um meio para expressar uma realidade objetiva (teorias ontológicas); por outro, os argumentos que se baseiam numa autonomia do discurso - a

² FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015.

linguagem não teria outro fundamento além de si mesma - não havendo elementos externos à linguagem (fatos, objetos, coisas, relações) que possam legitimá-la (teorias retóricas). Surge a dicotomia entre privilegiar regras gerais para decidir conflitos que ainda estão para ocorrer ou privilegiar a decisão casuística, em concreto. Entre enfatizar as regras gerais como fazem jusnaturalistas, racionalistas, muitas escolas positivistas e sociologistas que acreditam na verdade (num homem como ser pleno capaz de atingir esse estágio) ou proclamar maior independência da decisão diante do caso concreto, como fazem os sofistas, os céticos, cínicos e nominalistas, que relativizam o conhecimento (visualizando o homem como ser carente e incapaz de atingir a verdade, que considera a língua como única realidade artificial que é capaz de lidar). Entre considerar que a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com estas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem arbitrariamente. Entre essencialismo e nominalismo. Entre ser em si e ser para nós. Entre criticismo kantiano e ceticismo. Entre saber o que é em si e preocupar-se sobre como podemos falar sobre algo de forma clara e coerente³.

No que se refere ao discurso judicial, cuja dialogicidade normativa estabelece a obrigação de interpretar, o planejamento (“psico-lógico”) se dá de acordo com um conjunto de prescrições interpretativas de natureza tópica. Essa natureza nos faz vê-las como fórmulas de procura ou ainda operações estruturantes que nos ajudam a controlar, no sentido de delimitar, restritiva ou amplificadoramente, a comunicação discursiva, na medida em que, com o seu auxílio, as estratégias e táticas se deixam programar. Como tais prescrições manifestam um aspecto formal e um material, distinguimos “tópica formal” e “tópica material”. A material constitui um conjunto de prescrições interpretativas referentes à argumentação das partes no seu inter-relacionamento, mas do ângulo das intenções persuasivas de uma em relação a outra, isto é, sob o ponto de vista do seu interesse subjetivo. Ela proporciona às partes um repertório de “pontos de vista” que elas podem assumir (ou criar), no intuito de persuadir (ou dissuadir) o receptor da sua ação linguística. Os partícipes do discurso judicial, ao desejar influenciar o decurso do diálogo-contrário, precisam produzir uma impressão convincente e confiante; as suas ações linguísticas devem ser dignas de crédito. Na discussão-contrário judicial, os partícipes perdem a sua eventual “ingenuidade”. Isso se dá, justamente, com a utilização da “tópica material”, que serve, então, às exigências da astúcia tática no processo de argumentação. Além da

³ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame na Ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

tópica material, as prescrições interpretativas constituem uma “tópica formal”, que se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio. Trata-se de um processo de institucionalização de certas regras técnicas do diálogo jurídico e que são fáceis de ser reconstituídas se pensarmos na situação comunicativa em que elas ocorrem. Admitindo-se que duas pessoas submetam um conflito a terceiro, admitimos igualmente a exigência que nenhum dos partícipes da discussão deva estar sob coação e que o terceiro, na relação, tenha de decidir em razão de uma ordem à qual todos se submetem e em função de uma alta probabilidade de constatação de fatos apresentados. Isso exige informações plenas e o acesso a elas, não só por parte do terceiro, mas também dos conflitantes. Entre estes, havendo um *dubium* anternativo e incompatível, a regra é de que suas ações linguísticas se contraponham. Por isso, uma decisão deve valer-se também de outros meios de conhecimento. O caráter normativo dessas regras decorre, por sua vez, do sentido atributivo da comunicação. Não é difícil reconhecer, aí, entre outros, os chamados “princípios gerais do processo”, como o da igualdade entre as partes, que se manifesta no princípio do contraditório, no da distribuição do ônus da prova, no princípio de que a prova contrária é de direito, nas normas que garantem a defesa e a comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual etc ⁴.

O marco teórico do presente trabalho é a afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, exposta na obra *Direito, retórica e comunicação* ⁵, que a relação dialógica jurídica deve ser considerada “discussão-contra”, envolvendo um tipo característico de questão que denominamos conflito e uma função igualmente típica, que é a de possibilitar uma decisão.

⁴ Tópica material e tópica formal, apesar da análise que as distinguem, estão intimamente entrelaçadas, o que pode ser observado pelo fato de que a prova no discurso judicial envolve, da parte de quem a sustenta, qualidades éticas capazes de inspirar confiança e que podem e são efetivamente asseguradas por processos institucionais; do ângulo do receptor, qualidades patéticas que assegurem e provoquem o seu interesse. Sob o ponto de vista do discurso, as provas manifestam, assim, uma combinação entre *detectare*, *movere* e *docere*. O *detectare* corresponde à produção de uma espécie de simpatia capaz de sugerir a autoconvicção. O *movere* visa a despertar o ouvinte da sua indiferença, com a utilização de instrumentos como a presença, dado psicológico que se dá no nível de percepção e que se caracteriza pela influência exercida pelo que é atual, está perto de nós e com que nos confrontamos diariamente, nos nossos padrões de julgamento (por exemplo, a apresentação da arma do crime, das vestes dilaceradas, a reprodução fotográfica de uma cena etc.). O *docere* manifesta um momento “objetivo” da prova, fundado na “racionalidade conclusiva” da argumentação (FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116-118).

⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015.

Feitas tais considerações, anunciamos que o presente artigo pretende responder à seguinte pergunta: de que forma o pensamento retórico influenciou na compreensão e desenvolvimento do processo civil brasileiro?

Justifica-se a presente pesquisa diante necessidade de efetuar um aprofundamento desse tema de grande complexidade e de promover esse intercâmbio de conhecimentos tão peculiar a nossa linha de pesquisa “Processo, hermenêutica e efetividade dos direitos”. A cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudo. Tendo em vista seu caráter teórico, será utilizado material preponderantemente bibliográfico. Para propiciarmos o aprofundamento temático, empregaremos o método lógico dedutivo, tendo em vista sua natureza doutrinária. Nos utilizaremos ainda de ampla pesquisa bibliográfica em monografias, teses e artigos científicos, de forma a coletarmos as informações mais relevantes acerca do tema suscitado.

Quanto à estrutura do artigo, abordaremos inicialmente a estrutura dialética do processo, passando pela função da linguagem, que deixa de ser mero instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa à condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Enfatizaremos a moderna noção de contraditório como influência, a relativização da ideia de verdade no processo e a presença do dever de fundamentação das decisões como forma de constituir um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, já que ela é a única parte do raciocínio do juiz que se pode concretamente analisar, enquanto nada daquilo que ocorre na mente do juiz é diretamente cognoscível. Deverá, portanto, o julgador expor argumentos em função dos quais o observador (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada.

2. O PROCESSO E SUA ESTRUTURA DIALÉTICA

O princípio do modo dialético e realista de abordar a realidade nos induz a caracterizar coisas, fatos e processos dela constituintes não como seres entificados, reificados, existentes por razão de sua estrutura ideal ou de sua essência, mas como movimentos provisórios sempre a serem ultrapassados em um movimento no qual uns se

transformam em outros, negando-se e afirmando-se ao mesmo tempo, em uma relação universal que a experiência nos revela ⁶.

Todo discurso, como ocorrência comunicativa, é dialógico. Entretanto, o discurso onde o ouvinte aparece como habilitado para uma intervenção ou como interessado ativamente nela revela-se como dialógico propriamente dito. É o caso do discurso jurídico.

No caso do discurso jurídico, a discussão dialógica pode se dar num sentido um contra o outro. Tércio enxerga a relação dialógica jurídica como discussão-contra, envolvendo um tipo característico de questão que denominamos conflito e uma função igualmente típica, que é a de possibilitar uma decisão. No discurso jurídico há um terceiro comunicador, que pode ser um árbitro ou juiz, que garantem a seriedade do conflito, dando racionalidade ao discurso, já que no discurso racional, as questões (no caso conflitivas) não são fortuitas, mas se acham determinadas pelo dever de prova: elas ocorrem apenas em relação a uma conexão compreensiva já existente, mas que, dada a participação peculiar do ouvinte, não mediatiza uma certeza, ao contrário, abre um leque de possibilidades. Um conflito levado a sério, nestes termos, significa que nem tudo pode ser conflito e que, em virtude da participação do terceiro comunicador, ele é ao mesmo tempo provisoriamente suspenso e mantido, o que dá tempo para que seja discutido: entre orador e ouvinte há, assim, uma distância temporal que lhes permite separar a emissão da ação linguística da sua recepção, o que envolve o estabelecimento de regras temporais em termos de prazos ⁷.

Essencial no discurso jurídico compreender a importância da linguagem. Desde Platão, a Filosofia baseava-se na ideia de que o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas. Acreditava-se que por meio da linguagem o sujeito se conectava ao objeto, porque esta expressava sua essência (correspondência entre ideias e coisas que eram descritas pela linguagem, de modo que o sujeito mantinha uma relação com o mundo anterior a qualquer formação linguística). O conhecimento era concebido como reprodução intelectual do real, sendo a verdade resultado da correspondência entre

⁶ ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito. Linguagem, sentido e realidade. Fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito**. Barueri: Manole, 2010.

⁷ Tal fato levou Lorezen e Kamlah a recusar racionalidade a esse discurso, já que significa manutenção das próprias opiniões a todo e qualquer preço, com recusa em fornecer fundamentos para aquilo que se afirma. Para Tércio, esse discurso não é necessariamente irracional nem se torna racional, na medida em que parceiros se tornem razoáveis e voltem a discutir um com o outro (FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015).

tal reprodução e o objeto referido. Uma preposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo ⁸.

Segundo essa tradição filosófica, existia um mundo em si, refletido pela palavras (filosofia do ser) ou conhecido mediante atos de consciência e depois fixado e comunicado aos outros por meio da linguagem (filosofia da consciência). A linguagem não era condição do conhecimento, mas um instrumento de representação da realidade tal qual ela se apresentava e era conhecida pelo sujeito cognoscente. O estudo do conhecimento, durante o decurso dos séculos, foi feito a partir do sujeito (gnoseologia), do objeto (ontologia), ou da relação entre ambos (fenomenologia) e a linguagem foi sempre considerada como instrumento secundário do conhecimento.

Em meados do século passado, houve mudança na concepção filosófica do conhecimento, denominada de giro-linguístico, cujo termo inicial é marcado pela obra de Ludwig Wittgenstein. Foi quando a filosofia da consciência deu lugar à filosofia da linguagem. Segundo tal concepção, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é visto mais como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens.

Não existe mais um mundo em si, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta. Só temos o mundo e as coisas na linguagem: nunca em si. Assim não há correspondência entre linguagem e objeto, pois este é criado por ela. A linguagem, nesta concepção, passa a ser o pressuposto por excelência do conhecimento.

O ser humano só conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto. Por isso Maturana e Varela afirmam que “todo ato de conhecimento produz um mundo”. Conhecer não significa mais simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que só é possível mediante linguagem. Segundo Heidegger nosso “ser-no-mundo” é sempre linguisticamente mediado. A linguagem é a morada do ser, o lugar onde o sentido do ser se mostra ⁹. Não utilizamos a linguagem para

⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013.

⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013.

manipular o real, mas antes, ela nos determina e nela se dá a criação daquilo que chamamos de realidade. Pela linguagem podemos conhecer os dados físicos, identificá-los e transformá-los numa realidade objetiva para nosso intelecto.

Tais avanços influenciaram de forma decisiva a forma de pensar o fenômeno jurídico-processual. Verificado o caráter dialógico do processo e constatado que ao decidir o juiz cria algo novo, até porque a norma é construída diante do caso concreto, não tinha mais sentido a presença de um contraditório formal, onde às partes não era dado o poder de influência no resultado do processo.

A concepção do contraditório como influência posiciona o debate processual nesse contexto argumentativo, refletindo a democracia deliberativa através do processo e colocando o exercício de funções processuais no centro das interações discursivas persuasivas que a relação jurídica processual permite. É a dialética de mútua implicação e estímulo, em que cada comportamento resulta de um conjunto de impulsos e opções submetidas ao controle e reação alheios, num intercâmbio, em difusão, de propostas e respostas, ataque, contra-ataque e defesa. No discurso processual, os sujeitos estão colocados em posições que os permitem agir e reagir, condicionar os demais e receber estímulos, os quais, por sua vez, quando assimilados, influenciarão as condutas subsequentes. A influência no debate é retro-operante ¹⁰.

É dada às partes a oportunidade de participarem da construção do discurso, de interferirem de forma decisiva no processo de tomada de decisão. Não interessa ao sistema apenas que o juiz decida, mas que decida considerando todos os argumentos relevantes que as partes trouxeram para o processo. O contraditório é concebido como poder de influenciar o processo decisório e nesse sentido o sistema processual civil proíbe a prolação de decisões-surpresa. As partes devem ser ouvidas sobre questões de fato e de direito e não podem ser surpreendidas com a decisão.

Por outro lado, não teria sentido permitir o poder de influência das partes se juízes e tribunais pudessem simplesmente ignorar as informações que trazem aos autos. Dessa forma, ao decidir, o juiz deverá fundamentar sua decisão de forma a permitir o controle da mesma pelas partes e por toda a sociedade.

¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno. Contraditório, Proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Prestigiando uma postura dialógica, no qual o dever de fundamentar decisões judiciais é levado a sério, o Código de Processo Civil de 2015 previu que:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Podemos observar que o CPC/2015 prestigia o diálogo entre juiz e partes, sendo que estas têm o poder de influenciar o processo decisório, não podendo ser surpreendidas e obrigando o juiz a proceder uma fundamentação detalhada dos seus julgamentos, permitindo assim um forte controle a posteriori de suas decisões.

Na Alemanha essa dimensão do contraditório como poder de influência é antiga. Na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* alemão, o direito ao “*rechtliches Gehör*” resulta delineado como direito de incidir em ordem a qualquer questão, de fato ou de direito, de rito ou de mérito, cuja solução possa influir na decisão jurisdicional. E essa solução vem compartilhada também por grande parte da doutrina, a qual vai enfim convencendo-se que as alegações ou deduções jurídicas dos interessados não são um acréscimo inútil ou supérfluo, mas o exercício da garantia de ação e de defesa e que a individualização e a interpretação da norma a aplicar não constitui uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado¹¹.

¹¹ TROCKER, Nicoló. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 647.

Vislumbra-se o dever do juiz de informar às partes da orientação jurídica a ser adotada antes mesmo da prolação da decisão, para que possam influir diretamente sobre a mesma, evitando-se assim que sejam surpreendidas por fundamentos até então inesperados.

Evidencia-se, de forma incontroversa, que o direito de influir sobre o desenvolvimento da controvérsia e sobre o conteúdo da decisão restará inevitavelmente oprimido se os interessados não tiverem a oportunidade de acompanhar e examinar previamente os fundamentos jurídicos do órgão julgante.

Para Arndt, tal debate não deve se transformar em espécie de seminário para análise teórica de hipotéticas questões jurídicas e não pode sacrificar valores de independência e imparcialidade do juiz. O objetivo de fundo que anima a tese é simplesmente aquele de assegurar de maneira adequada a exigência de efetividade inerente a garantia de ação e de defesa, precavendo-se as partes do perigo das decisões - surpresa (*Überraschungsentscheidungen*)¹².

Defende a doutrina alemã a necessidade de manifestação das partes de forma a evitar decisões-surpresa como corolário do princípio constitucional do direito de ação e de defesa e não somente como emanção direta de normas infra-constitucionais. No caso alemão, ressalte-se ainda a importância do § 139 da ZPO, que dispõe sobre o dever do juiz de discutir com as partes os aspectos de fato e de direito da relação material, bem como da processual.

Segundo Rosenberg:

não deve suceder que um certa decisão venha proferida pelo simples motivo de que uma dada alegação (*Behauptung*) não tenha sido feita, um meio de prova não tenha sido indicado, um determinado requerimento não apresentado; o juiz deverá agir com cuidado. Isto vale, em particular modo, se o juiz valora o material processual (*Streitstoff*) sobre um perfil jurídico diverso daqueles expostos pelas partes. Em tal caso, a Corte deverá informar à parte da mudança de valoração jurídica e convidá-la a adequar suas próprias alegações. Isto porque deve haver discussão também do aspecto do direito em causa; o juiz não deve fazer mistério da sua opinião jurídica; a sentença não deve consistir em surpresa para as partes¹³.

A necessidade de que a decisão seja fruto da ativa participação dos intervenientes processuais é muitas vezes ressaltada. Entende-se que não basta que o órgão julgante esteja convencido da exatidão da solução, se tal solução não é obtida em maneira correta e verificável. E a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo,

¹² ARNDT apud TROCKER, *Op. Cit.*, p. 659.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 660.

mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da participação efetiva dos protagonistas do processo.

Acentua-se ainda a possibilidade de uma atuação dos agentes processuais organizada nesses moldes poder propiciar ainda uma maior evolução do direito objetivo, posto que se é verdadeiro que o processo jurisdicional determina não só a posição jurídica das partes mas precisa e delimita também o conteúdo e alcance de uma norma geral e abstrata contribuindo para elaboração de nova “norma” potencialmente geral, uma estreita colaboração entre juiz e partes pode indubitavelmente tornar a vantagem da evolução do direito objetivo. E isto em particular modo se - como encontra-se sempre mais difusamente nos ordenamentos jurídicos modernos - a lei se limita a ditar a ‘diretiva’ ou a ‘cláusula vaga e genérica’, para propiciar aos intérpretes o delicado trabalho de concretizá-la e precisá-la ¹⁴. Tal evolução verifica-se de forma incontroversa quando hoje ressaltamos a possibilidade de tal decisão judicial tornar-se um precedente de apreciação obrigatória por parte de juízes e tribunais.

Uma colaboração entre juiz e partes na valoração jurídica do caso concreto não desprestigia a Corte e proporciona uma eficaz e pronta administração da justiça, como ocorre nos tribunais alemães mencionados. Os próprios juízes ingleses, apesar da tradicional imagem de passividade, não hesitam (sobretudo nos juízos de apelo) em descer aos litigantes para buscar e interpretar junto com eles a regra a ser aplicada ao caso concreto ¹⁵.

Calamandrei, em seu livro *Processo e Democrazia*, no Tema III deste mesmo livro (intitulado *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*), e aludindo ao tradicional caráter secreto das decisões dos tribunais italianos, começa por afirmar que:

este caráter constitui um ‘dogma’ tão ‘rigoroso’ que se o juiz, antes de pronunciar a sentença, deixasse de qualquer modo transparecer durante o processo a sua opinião, ‘cometeria uma irregularidade que talvez o expusesse a sanções disciplinares’ - Esclarecendo, a tal propósito, que segundo ‘o costume (judiciário) italiano o juiz deve manter-se em todo o processo mudo e impenetrável como uma esfinge’, pois que um simples ‘sorriso’ poderia aparecer como ‘uma infração à majestade da função. Tudo isto está em contraste com os princípios modernos do processo oral: - o qual pretende, sobretudo, fundar-se sobre a colaboração direta entre o juiz e os advogados, sobre a confiança e naturalidade das suas relações, sobre o diálogo simplificador de quem no pedir e no dar explicações procura esclarecer a verdade. A tendência do juiz italiano para se encerrar no seu impenetrável silêncio serve muitas vezes para atrasar o

¹⁴ **Idem, ibidem**, p. 671.

¹⁵ **Idem, ibidem**, p. 730.

processo; pois que o advogado que fala diante de um juiz que obstinadamente se cala e que mede até os seus próprios gestos para não trair aquilo que pensa, é constringido a falar às cegas, com o risco de se demorar a expor argumentos acerca dos quais o juiz já está convencido, e de não responder a objeções que ele tem no seu espírito mas evita cautelosamente traduzir por palavras. Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: - colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que 'por sorte' são na Itália 'cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembléia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia¹⁶.

Essa nova forma de ver o processo, especialmente no que diz respeito à influência das teorias retóricas, em muito comprometeu a ideia de que o processo existe para propiciar a descoberta da verdade.

Segundo Tércio, o duplo caráter de controle do discurso judicial expressa certa ambiguidade em relação ao problema da verdade. Se se tratasse de uma estrutura dialógica do tipo discussão-com, em que já uma pressuposta homologia entre as partes e, pois, condições de verificação interpessoal, esse controle, que nos daria a racionalidade do discurso, repousaria numa convicção dos princípios justificadores (premissas) da decisão, o que faria do discurso judicial um procedimento de busca da verdade, conforme, aliás, com a concepção oficial e tradicional da doutrina processual. Como na prática essa concepção é difícil de ser sustentada, a tendência é relativizar a noção de verdade, ligando-a a regras (que não têm a mesma consistência das regras da discussão-com), como, por exemplo, a ideia de vontade da maioria. Ora, isso, além do mais, simplifica em excesso a estratégia do discurso judicial, cuja complexidade envolve uma variabilidade muito grande de temas e premissas, a possibilidade de incompatibilidade das próprias premissas da decisão, que nem sempre são harmônicas, e o próprio controle, não como um simples processo de verificação, mas como um processo de aprendizagem que, inclusive, ultrapassa o nível da

¹⁶ CALAMANDREI apud VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial**, vol I, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 514.

análise da personalidade e se dá num contexto psicossocial¹⁷. Apesar disso, o legislador insiste em utilizar, no Código de Processo Civil de 2015, expressões como verdade e verdadeiro(a) com uma frequência impressionante.

3. DO DEVER DE FUNDAMENTAR ADEQUADAMENTE AS DECISÕES JUDICIAIS

Embora não se possa negar, conforme é acentuado, sobretudo na literatura norte-americana sobre administração pública, que uma decisão procura alcançar, por meio de um arranjo de meios e compensações, um máximo de consenso e cooperação concreta entre os atingidos por ela, consenso e cooperação não constituem nem a finalidade imediata nem a condição primeira da decisão. A finalidade imediata da decisão está na absorção de insegurança, no sentido de que, a partir das alternativas incompatíveis, enquanto premissas relativamente inseguras da decisão, novas alternativas são obtidas, sem a necessidade, em princípio, de um retomo constante às incompatibilidades primárias, tendo em vista decisões subsequentes. A função da fundamentação do ato decisório, enquanto discurso racional é constituir um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, isto é, a fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento. Absorção de insegurança não significa, necessariamente, obtenção de consenso, nem como pressuposto nem como consequência imediata da decisão. Sua função específica não é a diminuição ou a eliminação de incompatibilidades, no sentido de que certas alternativas em conflito ou partes delas sejam reduzidas a ações linguísticas não significativas. Na decisão, o processo seletivo transforma simplesmente incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis. O conceito de decisão liberta-se do conceito de harmonia, de síntese que anula e supera. Numa discussão-contra, cuja finalidade é configurar um conflito e, pois, permitir a decisão, as alternativas incompatíveis não são eliminadas por decisões; estas devem possibilitar uma seleção, mas permanecem, na sua seletividade – e não apenas nas possibilidades que elas indicam – de novo objeto de decisão. Nesse sentido, justamente, a discussão-contra não é necessariamente irracional (manutenção, a todo custo, dos próprios direitos), mas racional: discurso fundamentante.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015.

Ela pressupõe a certeza de que uma decisão deve ocorrer, mas também a incerteza sobre qual decisão será tomada¹⁸.

Como afirma Taruffo, a única parte do raciocínio do juiz que se pode concretamente analisar é a motivação da sentença, enquanto nada daquilo que ocorre na mente do juiz é diretamente cognoscível. O que se pede ao juiz não é a sua psicanálise ou autoanálise: pede-se, porém, que exponha argumentos em função dos quais o observador (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada¹⁹.

Não tenhamos dúvida: no direito brasileiro temos nos deparado com decisões de prevalência do puro subjetivismo dos julgadores. Um dos fatores que têm estimulado essa postura por parte de juízes e tribunais é a utilização indiscriminada e descontrolada de princípios, mesmo em casos que existem no ordenamento jurídico regras claras e inequívocas, passíveis de aplicação na decisão dos casos concretos.

Diante desse quadro, nada mais natural do que o sistema jurídico prever o dever de juízes e tribunais fundamentarem suas decisões.

No caso brasileiro, nossa atual Constituição Federal prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais:

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, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Também a matéria foi tratada no Código de Processo Civil de 2015, que assim prevê:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...]

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Ponz, 2015, p. 18-19.

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.

Saliente-se que a previsão do dever de fundamentação na legislação infraconstitucional brasileira não é novidade do Código de Processo Civil de 2015. Presente nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, no Regulamento nº 737, em diversos Códigos Estaduais de Processo (alguns apenas transcreveram o Regulamento nº 737 e outros, como os de Minas Gerais, Pernambuco, São Paulo, Paraná e Santa Catarina, foram além, os três últimos prevendo a nulidade para sentenças não motivadas)²⁰.

Com a Constituição Federal de 1937, o fim dos Códigos Estaduais, e a previsão constitucional da unidade legislativa em matéria processual, de competência da União, surgiu o Código de Processo Civil de 1939, que exigiu que a sentença fosse clara e concisa, contendo relatório, fundamentos de fato e de direito e decisão, havendo inclusive previsão de que faziam coisa julgada questões que constituam premissa necessária da conclusão, podendo abarcar os motivos da sentença. Segundo Pontes de Miranda, em Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, “seria erro crer-se que a coisa julgada só se induz das

²⁰ ALMEIDA, Vítor Luís de. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº 5, p. 2525-2516/ disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf, consulta realizada em 20 de janeiro de 2016.

conclusões; as conclusões são o cerne, porém os fundamentos, os motivos podem ajudar a compreendê-la... A verdadeira doutrina, hoje, é a que permite esclarecer-se o decisum com a ajuda dos fundamentos; não, todavia, “disporem” esses por si (não seriam só motivos!), nem mudarem o decisum claro. Se o motivo dispõe, é decisum”²¹.

O Código de Processo Civil de 1973 também já trazia o dever de motivar as decisões judiciais:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo

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

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

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Dessa maneira, não é novidade a previsão do dever de fundamentação das decisões judiciais em nossa legislação infraconstitucional. Quis, porém, o legislador no CPC/2015, detalhar e esmiuçar os casos em que tais decisões não serão consideradas fundamentadas.

Ressalte-se que a previsão em nossa atual Constituição Federal do dever de fundamentação das decisões judiciais, correlato a um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro, adequa-se ao Estado Democrático de Direito e aos princípios e garantias fundamentais que norteiam o processo. Intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, tal previsão em sede constitucional impede ou freia qualquer ímpeto do legislador infraconstitucional em mitigar ou suprimir a aplicação desse princípio. Dessa forma, caberia ao legislador silenciar ou adotar a postura de esmiuçar o dever de fundamentação, mas jamais suprimi-lo ou mesmo mitigá-lo. Por isso defenderemos adiante que o rol das hipóteses de decisões que não se consideram fundamentadas, previstas no art. 489 do CPC/2015, é meramente exemplificativo.

Visando impedir que decisões judiciais se tornem incontroláveis, o legislador elencou hipóteses de descumprimento do dever de fundamentar, exemplificativamente, já que como afirmamos, trata-se de direito fundamental garantido constitucionalmente, não havendo, portanto, como se entender pela taxatividade do referido rol, não podendo o

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV (arts. 273-301). Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 98-99.

Código de Processo Civil restringir dispositivo constitucional.

Tais decisões que não contenham fundamentação ou possuam fundamentação deficiente são nulas, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 11 do CPC, restando, porém, convalidadas com o trânsito em julgado. Após o trânsito em julgado, somente poderão ser impugnadas por ação rescisória, fazendo coisa soberanamente julgada se não rescindidas.

Das hipóteses elencadas pelo legislador, a primeira delas diz respeito à decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. A previsão é óbvia. De nada adianta o julgador identificar a norma aplicável ao caso concreto, repetindo o texto normativo, se ele não justificar de forma clara e inequívoca o motivo pelo qual aplicou o referido dispositivo legal.

Da mesma forma, aquele juiz que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso, profere decisão não fundamentada. É que o legislador muitas vezes se utiliza de conceitos vagos e ambíguos para propiciar ao realizador do direito uma maior abertura na decisão de casos concretos, visto entender que em tais casos este tem melhores condições de valorar a situação fática na tomada de decisões²². Apesar do legislador se referir somente ao conceito indeterminado, a previsão é estendida para conceitos vagos e ambíguos, aí incluída a cláusula geral. No conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago. Já nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem) como também aos efeitos. Estudos de semiótica jurídica demonstram que nem sempre são encontrados conceitos absolutamente

²² English divide-os em conceitos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e as chamadas cláusulas gerais. Para English, os conceitos indeterminados seriam aqueles de conteúdo e extensão em larga medida incertos e que precisam de uma delimitação por parte do intérprete, que deve fixar seu conteúdo e alcance. Conceitos como escuridão e perigo seriam conceitos naturalísticos indeterminados. Conceitos como crime e ato administrativo, conceitos jurídicos indeterminados. Admite-se a existência de conceitos indeterminados normativos. Para uns seriam aqueles conceitos não perceptíveis pelos sentidos, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. Para English, os conceitos jurídicos normativos *stricto sensu* (por oposição aos conceitos jurídicos descritivos) teriam o seu momento específico na valoração que é necessária para aplicar ao caso concreto um conceito normativo. Careceriam assim de um preenchimento valorativo. Elenca ainda os conceitos discricionários, que seriam aqueles que permitem uma autonomia de valoração pessoal por parte do órgão aplicador do direito, na decisão dos casos concretos. O legislador transferiria ao aplicador do direito a função de, utilizando-se de sua percepção e de acordo com os deveres do cargo, determinar o fim próximo de sua atuação. Já as cláusulas gerais, para English, contrapõem-se à elaboração casuística da hipótese legal. A hipótese legal é formulada com grande generalidade, possibilitando o tratamento jurídico de inúmeros casos e a adaptação das normas a uma realidade social em constante mutação (ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6ª ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 209-228).

determinados, de significação unívoca, no campo da ciência do direito. Até pela função simbólica, que é própria da linguagem, onde muitas vezes o emissor quer fazer entender sua mensagem com determinado sentido e o receptor a compreende de maneira diversa.

Uma terceira hipótese prevista pelo CPC/2015 diz respeito à decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Preocupa-se o legislador com o conteúdo da decisão e não somente com a forma. São comuns decisões que mandam emendar a inicial sem indicar o motivo, sem apontar a falha que a peça contém, bem como concessões de liminares onde o julgador afirma estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* sem indicar exatamente em que consistem e por que estão presentes no caso concreto, sem qualquer preocupação com a fundamentação.

Uma quarta hipótese ocorre quando o julgador não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada. Tem sido comum nos tribunais o entendimento restritivo de que o juiz não precisa se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão²³.

Nosso modelo cooperativo de processo civil acentua a necessidade de o juiz ouvir as partes, antes de decidir, inclusive no que diz respeito a matérias de conhecimento oficioso. O processo civil no Estado Democrático de Direito também não pode conviver com decisões judiciais sobre questões não debatidas no processo. O contraditório como garantia de influência obriga o juiz a enfrentar as razões e argumentos trazidos pelas partes ao processo.

Taruffo chama a prática de ignorar os argumentos ou provas contrárias ao convencimento judicial de *confirmation bias*, já que o juiz motiva fazendo referência somente às provas que confirmam a sua construção dos fatos. Assim procedendo, ocorre uma distorção do raciocínio pela qual, individuada *a priori* uma versão dos fatos, tende-se a levar em conta somente aquilo que a confirma, e ignorar tudo aquilo que a contradiz.²⁴

O juiz, ao fundamentar a sentença, deve apresentar os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor, mas, além disso, demonstrar, também com

²³ BRASIL. Poder Judiciário. STJ. Segunda Turma, AgRg no AREsp 594.615/PA, rel. Min. Humberto Martins, j. em 20.11.2014, Dje 04.12.2014.

²⁴ TARUFFO, Michelle. **La motivazione dela sentenza**. Revista de Direito Processual Civil. vol 31. Curitiba: Gênese, jan.-mar. 2004, p. 184.

argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. O sucumbente é o maior interessado nessa fundamentação, para que possa confrontar a decisão com as provas trazidas para os autos e teses debatidas no processo, estando apto e tendo subsídios para recorrer da decisão.

Leonard Ziesemer Schmitz considera ainda a possibilidade de o próprio vencedor impugnar decisão que peca pela falta de fundamentação. Em virtude da nova face do nosso sistema de precedentes, a decisão-piloto vai afetar um sem número de casos futuros, deve ser fruto do mais amplo debate; se é assim, nada mais saudável que permitir à parte vencedora que veja suas melhores razões enfrentadas pelo Judiciário, e não apenas as que o próprio órgão julgador entender convincentes²⁵.

Também não deve o juiz se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta a aqueles fundamentos e nem pode 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.

Observe-se que o art. 927 do CPC/2015 adota uma flexão impositiva, ao determinar que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos

²⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Dessa forma, consagra de uma vez por todas o processo civil brasileiro a vinculação de juízes e tribunais a um sistema de precedentes obrigatórios.

Em sendo texto e conseqüentemente linguagem, porém, persiste a abertura interpretativa e a necessidade de adequação do caso à *ratio decidendi* encontrada no precedente. A decisão de adotar o precedente caberá ao juiz do caso, cabendo ao mesmo reconstruir o sentido normativo, a norma que irá reger o caso concreto.

O precedente deve ser encarado como uma norma geral em que a fundamentação da decisão é de crucial importância para que conheçamos as razões de decidir do magistrado, a fim de que o precedente possa ser aplicado aos casos semelhantes. Todavia, existem casos em que a *ratio decidendi* do precedente não se coaduna com o litígio em apreço, razão pela qual é necessário que se faça a distinção entre o caso e a fundamentação da decisão, o que a doutrina intitulou de *distinguishing*.

É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distiguishing*. O *distiguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade do *distiguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente²⁶.

A sistematização dos precedentes não enrijecerá o sistema, tendo em vista o instituto do *distiguishing*, que é o confronto que se faz entre o caso em concreto, no qual se quer a aplicação do precedente, e o próprio precedente, a fim de que se analise se o precedente é realmente aplicável a aquele caso que está sendo analisado. Nesse ínterim, é

²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327.

necessário um cuidado demasiado do magistrado, quando deixar de aplicar um precedente, pois não pode utilizar como parâmetro uma situação fática irrelevante: é necessária uma distinção substancial. Nesse sentido:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distiguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distiguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente²⁷.

Nesse contexto, observamos que o magistrado deixa de aplicar o precedente não por estar equivocado, mas por não se adequar ao caso em análise. Para isso, o julgador precisa fundamentar sua decisão e mostrar o porquê daquelas razões de decidir não se coadunarem com as apreciadas naquele momento, uma vez que o *distiguishing* não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo juiz.

Outrossim, e como é consabido, a sociedade muda no decurso do tempo, e consequentemente o Direito precisa acompanhar as mudanças, a fim de não se tornar obsoleto e inaplicável em decorrência da dinamicidade social. Isso faz com que o precedente que, numa época, era aplicável, em outro momento se torne equivocado e deva ser revogado. Logo, os precedentes podem ser superados, tendo em vista que a ciência jurídica foi elaborada para a sociedade e não é possível conceber a aplicação de um precedente que já não supre as necessidades sociais, bem como deixou de proteger a dignidade da pessoa humana e seus corolários, ou mesmo algum outro preceito constitucional.

O *common law* anteviu toda essa problemática de superação do precedente em virtude da evolução da sociedade e da inaplicabilidade de precedentes que se tornaram dissonantes da realidade social. Criou-se, então, o instituto jurídico denominado de *overruling*, isso para que os precedentes obsoletos sejam superados.

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam

²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328.

uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior parte dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais ²⁸.

Overruling nada mais é do que a superação do precedente quando as razões de decidir daquela decisão já não se coadunam com a realidade atual. Ocorre que, é de crucial importância um cuidado desmedido ao ser aplicado o referido instituto, tendo em vista que, aparentemente, vai de encontro à tendência atual de seguimento dos precedentes. A aplicação do *overruling* só pode ocorrer quando houver embasada justificativa para tanto, sob pena de possuímos um sistema desarmônico e desacreditado em razão da superação de precedentes que, ainda, se coadunam com a realidade social da época. Logo, é necessária razoabilidade no momento da aplicação do instituto.

Não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter o dever de respeitá-lo. Lembre-se que a Suprema Corte americana, embora venha exercendo o seu poder de *overruling* de modo bem mais intenso, é sempre cobrada quando revoga precedentes sem critérios razoáveis. Portanto, se é certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do Direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no Direito contemporâneo ²⁹.

A sistematização dos precedentes é, pois, uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e ocorra uma previsibilidade das mesmas, isso com o fito de dar credibilidade aos pronunciamentos judiciais, bem como de ser assegurada a paz social. A

²⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

adoção da teoria dos precedentes combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz, baseada meramente em juízos de consciência.

É em face da obediência aos precedentes e do reconhecimento da eficácia vinculante e persuasiva deles que se realizam os valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, bem como ocorre o recomendável temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade com as exigências de flexibilidade jurídica à adaptação e mutação provocadas pela dinâmica da vida social, cuja complexidade se incrementa em proporção exponencial.

A partir da vigência do CPC/2015, juízes e tribunais terão mais do que nunca que sustentar suas decisões em critérios racionais. As decisões deverão ser coerentes. Como é prestigiada a noção de integridade, os juízes terão que construir os argumentos da decisão de forma integrada ao conjunto do Direito. Tem-se, pois, uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas.

Prevê ainda o CPC/2015 que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Normas podem ser regras ou princípios. Normas-regras são mandados de definição que, em alguns casos, podem exigir do magistrado, tão somente, algo próximo da subsunção diante do caso concreto, aplicando a medida exata do que está prescrito na regra. Ou seja, quando estiver diante de um caso em que sua solução está expressamente posta no ordenamento jurídico positivado, o interprete/aplicador deve aplicá-la. Por outro lado, normas-princípios são espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, em consonância com as possibilidades do caso e das normas existentes. Sendo assim, as normas-princípios só terão seu grau de incidência descoberto frente à existência de um caso concreto, não sendo possível estabelecer de antemão o significado de qualquer princípio jurídico, bem como a sua aplicabilidade.

Segundo Ávila³⁰,

é só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista

³⁰ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso. (...) É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, não sejam aplicados também ao modo tudo ou nada.

Nenhum princípio, ainda que de origem constitucional, é absoluto, sendo necessária uma ponderação para o fim de descobrir qual deve prevalecer em uma situação específica.

Nesse contexto, Barroso³¹ adverte que nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção; e, paralelamente, reconhece que os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma.

Num sistema constitucional que consagra cláusulas gerais, não há como negar que, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida exclusivamente de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha. A construção racional da decisão judicial não é um ato de mera escolha do magistrado, notadamente quando ele tem o dever de fundamentar adequadamente suas decisões (CRFB/88, art. 93, inciso IX).

Ao tratar dos limites éticos do poder constituinte originário, e da concretização da lei pelo Judiciário, Adeodato³² assevera:

(...) o positivismo exegético evolui para um decisionismo concretista (...). A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. A ideia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta. A “racionalidade” do direito, mais do que casuística, passa a ser causal.

Pois bem, o que temos visto, com frequência, em todas as esferas do Poder Judiciário, são decisões baseadas em juízos de consciência – ou de conveniência – dos prolatadores, sem qualquer comprometimento com a efetiva aplicação do Direito posto³³.

³¹BARROSO, Luis Roberto. **Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política**. Migalhas. 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014, p. 24-25.

³²ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304.

³³ Para exemplificar, indicamos a leitura do texto “**Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?**”, no qual Lênio Streck comenta uma decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, na qual foi permitido o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagamento de pensão alimentícia, uma nítida substituição do legislador pelo órgão judicial. Com efeito, as

Diante disso, é necessário combater os decisionismos ³⁴, diante da nulidade dos julgamentos proferidos sem qualquer justificativa racional e sem legitimidade, para que os ganhos advindos da virada constitucional, explicada anteriormente, não sejam enfraquecidos.

Nesse cenário, teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que a “convicção pessoal do juiz” seja o critério exclusivo para resolver as indeterminações da lei. Nesse ponto, é oportuna a lição de Trindade ³⁵:

(...) considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como escolha de um sentido tomado que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais, conforme denuncia Streck –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo, cujo resultado, ao final, é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade (...).

A prática jurídica revela que existem decisões diferentes para casos que são simetricamente iguais e, muitas vezes, são proferidas decisões que desconsideram completamente o ordenamento constitucional e infraconstitucional posto, bem como a força obrigatória dos precedentes. Nesse caso, a prevalência de múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta.

hipóteses de movimentação da conta vinculada ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, não havendo previsão do saque para pagamento de prestação alimentícia. O fato de a decisão ter sido “justa” – no enfoque de resolução apenas do caso concreto – é irrelevante; a eventual “falha” do legislador em não incluir os inadimplentes de pensão alimentícia como possíveis sacadores do FGTS, também. O fato é que o Judiciário não pode tratar da matéria. Decisão judicial não é escolha. Se o legítimo detentor do poder de regulamentar a questão exerceu o seu mister – não sendo, pois, hipótese de omissão inconstitucional; e se não é caso de interpretação conforme – a Constituição não admite a interpretação no sentido de considerar válida a transferência de recursos que constituem a garantia de todo o sistema do FGTS e são, pois, de todos os que a ele estão vinculados, para resolver o problema de apenas um; ao Judiciário era permitido, apenas, aceitar e aplicar a norma. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³⁴Como afirma TRINDADE, para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca de lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valoração de ordem subjetiva, passando, assim, de um *mecanismo* na aplicação do direito para um *decisionismo* (...), que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial”. TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121-122.

³⁵TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

Nesse contexto, é flagrante a falta de coerência jurídica. Integrantes do Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invocam determinadas preocupações, ora não as invocam, a depender, ao que tudo indica, do pragmatismo essencialmente momentâneo inerente ao ir e vir da conjuntura política, econômica e social. Nesse contexto, os princípios servem para justificar qualquer decisão. Criticando as manifestações judiciais que exageram na fundamentação principiológica, Sarmiento³⁶ argumenta:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Se for autorizado que o juiz decida exclusivamente conforme a consciência, o caráter institucional de que devem se revestir as decisões do Poder Judiciário restará dilacerado. Os decisionismos não dão segurança para ninguém, mas apenas a sensação de que temos que torcer para que o juiz que decide nossa causa seja um “homem de bem”.

Com efeito, a ordem jurídica deve ser coerente, pois, como é óbvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. É imprescindível, também, que as decisões judiciais sejam harmônicas, a fim de garantir a construção de uma pauta de conduta estável. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, no Estado Democrático de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.

³⁶SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 144.

Vale lembrar a posição de Ávila, no sentido de que o sopesamento não é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visam resguardar³⁷.

E nesse contexto, não é razoável que o magistrado apenas fundamente sua decisão afirmando que está a ponderar regras e princípios conflitantes, no qual deve prevalecer o princípio ou regra tal. Deverá 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 sua conclusão.

Quanto à interpretação da decisão judicial, prevê o CPC/2015 que a mesma deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Como texto e linguagem que é, a decisão judicial também é passível de interpretação, podendo ser usados diversos critérios que orientam o intérprete, tais como o sistemático, o lógico, o teleológico. E considerar que a decisão é um todo e que a sentença é composta por relatório, fundamentação e dispositivo, devendo tais elementos ser interpretados conjuntamente.

Nesse sentido, já tem decidido o STJ que “havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme a fundamentação e aos limites da lide, de acordo com o pedido formulado no processo³⁸”.

Nessa interpretação, portanto, o princípio da boa-fé merece destaque, já que não se pode admitir como adequada interpretação que faça surgir enunciado normativo sem qualquer relação com o que foi discutido pelas partes no processo.

4. CONCLUSÕES

A influência das teorias retóricas trouxe consequências marcantes para o processo civil, inclusive e especialmente para o brasileiro.

³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

³⁸ BRASIL. Poder Judiciário. STJ, REsp 1.149.575/DF, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.08.2012, DJe 11.10.2012.

O modo dialético e pragmático de abordar a realidade nos induz a caracterizar coisas, fatos e processos dela constituintes não como seres entificados, reificados, existentes por razão de sua estrutura ideal ou de sua essência, mas como movimentos provisórios sempre a serem ultrapassados em um movimento no qual uns se transformam em outros, negando-se e afirmando-se ao mesmo tempo, em uma relação universal que a experiência nos revela.

Todo discurso, como ocorrência comunicativa, é dialógico. No caso do discurso jurídico, a discussão dialógica pode se dar num sentido um contra o outro. A relação dialógica jurídica é vista como discussão-contra, envolvendo um tipo característico de questão que denominamos conflito e uma função igualmente típica, que é a de possibilitar uma decisão.

Esse tipo de processo prestigia o contraditório como influência, posicionando o debate processual nesse contexto argumentativo, refletindo a democracia deliberativa através do processo e colocando o exercício de funções processuais no centro das interações discursivas persuasivas que a relação jurídica processual permite. No discurso processual, os sujeitos estão colocados em posições que os permitem agir e reagir, condicionar os demais e receber estímulos, os quais, por sua vez, quando assimilados, influenciarão as condutas subsequentes.

Nesse processo a ideia de verdade é relativizada, apesar da insistência do legislador em trabalhar com esse conceito, já que na prática essa concepção é difícil de ser sustentada. Nota-se uma tendência de relativizar a noção de verdade, ligando-a a regras (que não têm a mesma consistência das regras da discussão-com), como, por exemplo, a ideia de vontade da maioria. Tal postura simplifica em excesso a estratégia do discurso judicial, cuja complexidade envolve uma variabilidade muito grande de temas e premissas, a possibilidade de incompatibilidade das próprias premissas da decisão, que nem sempre são harmônicas, e o próprio controle, não como um simples processo de verificação, mas como um processo de aprendizagem que, inclusive, ultrapassa o nível da análise da personalidade e se dá num contexto psicossocial.

A função da fundamentação do ato decisório, enquanto discurso racional, é constituir um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, isto é, a fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento. Absorção de insegurança não significa, necessariamente, obtenção de

consenso, nem como pressuposto nem como consequência imediata da decisão. Sua função específica não é a diminuição ou a eliminação de incompatibilidades, no sentido de que certas alternativas em conflito ou partes delas sejam reduzidas a ações linguísticas não significativas. Na decisão, o processo seletivo transforma simplesmente incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis. O conceito de decisão liberta-se do conceito de harmonia, de síntese que anula e supera. Numa discussão-*contra*, cuja finalidade é configurar um conflito e, pois, permitir a decisão, as alternativas incompatíveis não são eliminadas por decisões; estas devem possibilitar uma seleção, mas permanecem, na sua seletividade – e não apenas nas possibilidades que elas indicam – de novo objeto de decisão. Nesse sentido, justamente, a discussão-*contra* não é necessariamente irracional (manutenção, a todo custo, dos próprios direitos), mas racional: discurso fundamentante. Ela pressupõe a certeza de que uma decisão deve ocorrer, mas também a incerteza sobre qual decisão será tomada. A fundamentação é a única parte do raciocínio do juiz que se pode concretamente analisar, enquanto nada daquilo que ocorre na mente do juiz é diretamente cognoscível. O que se pede ao juiz não é a sua psicanálise ou autoanálise: pede-se, porém, que exponha argumentos em função dos quais o observador (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada.

REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame na ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 5, p. 2525-2516/ disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito. Linguagem, sentido e realidade. Fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito.** Barueri: Manole, 2010.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio.** Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p 413-465.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política. **Migalhas.** 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito. O construtivismo lógico-semântico.** São Paulo: Noeses, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Prefácio à edição brasileira de Tratado da Argumentação - A nova retórica, de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento – as bases biológicas do conhecimento humano**. São Paulo: Palas Athenas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV (arts. 273-301). Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Antonio Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: **Digesta - Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica. Nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SICHES, Luis Recasens. **Forças vitais que atuam sobre a legislação - o direito e a vida social - Leituras básicas da sociologia jurídica**. A.L. Machado Neto e Zahidé Machado Neto, Ed. da Universidade de São Paulo, 1966.

STRECK, Lênio. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

STRECK, Lênio. **Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

TARUFFO, Michelle. La motivazione dela sentenza. **Revista de Direito Processual Civil**. v. 31. Curitiba: Gênesis, jan-mar. 2004.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Ponz, 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TROCKER, Nicolás. **Processo civile e costituzione**. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial**. v. I. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Júnior. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.