

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: HORIZONTES ARGUMENTATIVO E HERMENÊUTICO¹

NEW PROCEDURAL CIVIL CODE AND RATIONALE OF JUDICIAL DECISIONS: ARGUMENTATIVE AND HERMENEUTIC HORIZONS

Túlio de Medeiros Jales*

RESUMO: A investigação pretende apontar e discutir dois específicos problemas que envolvem o momento da decisão judicial e relacioná-las aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil (NCPC). A carência de fundamentação das decisões, no que diz respeito à ausência de justificação na formação das razões de decidir, e a ausência de integridade e coerência no fenômeno jurídico, representada pela emergência de conceitos e respostas diversas para os institutos e demandas jurisdicionais são ou não superados com a os preceptivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil? Demonstrar-se-á que o NCPC racionaliza e qualifica o conceito do dever de fundamentação da decisão presente no art. 93, IX da Constituição Federal ao contribuir para elevar institutos de direito judicial – súmulas e precedentes – a um paradigma pós-positivista capaz de fazê-los atuar como catalisadores da integridade e da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico.

Palavras-Chave: Fundamentação. Decisão Judicial. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The research aims to point out and discuss two specific problems involving the time of the court decision and relate them to the New Civil Procedure Code (NCPC) devices. The lack of reasons for decisions, with regard to the absence of justification in the formation of the reasons to decide, and the lack of integrity and consistency in legal phenomenon, represented by the emergence of concepts and different responses to the jurisdictional institutes and demands are or not overcome with the precepts brought by the New Code of Civil Procedure? It demonstrates that the NCPC rationalize and qualify the concept of decision presented in the article. 93, IX of the Constitution to help raise judicial law institutes - overviews and unprecedented - to post-positivist paradigm able to make them act as catalysts of integrity and consistency in the interpretation/application of the legal phenomenon.

Keywords: Rationale. Judicial Decision. New Procedural Code.

1 Trabalho orientado pelo Prof. Me. Anderson Souza da Silva Lanzillo, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

* Mestrando em Direito Constitucional da UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BASES PARA DISCUSSÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL; 3 O HORIZONTE ARGUMENTATIVO DA DECISÃO NO NCPC: DA FUNDAMENTAÇÃO POSITIVISTA À PÓS-POSITIVISTA; 4 O HORIZONTE HERMENÊUTICO DA DECISÃO NO NCPC: A MODIFICAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL; 4.1 O ESTÁGIO DA ARTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973; 4.2 AS NOVAS FUNÇÕES DO DIREITO JUDICIAL NO NCPC: O NECESSÁRIO APORTE EM BUSTAMANTE E STRECK; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A partir de estudos, relatórios e investigações apresentados no início desta pesquisa, comprovar-se-á que o sistema jurisdicional brasileiro apresenta hoje dois problemas em relação ao tema das decisões judiciais. O primeiro é a ausência de padrões nas decisões. A maneira diferente como juízes e tribunais interpretam as mesmas categorias jurídicas (dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social da propriedade etc.) faz com que casos análogos recebam destinos diversos ou mesmo opostos dentro do Judiciário. A previsibilidade passa a não ser uma característica marcante no sistema, ocasionando uma crise de insegurança jurídica nos agentes sociais. Essa primeira preocupação possui, portanto, uma natureza eminentemente hermenêutica, relacionada ao modo como se interpretam, se compreendem ou se atribuem determinados sentidos ao direito.

O segundo é a carência na fundamentação das decisões. A argumentação jurídica nas sentenças e acórdãos é precária, não havendo diálogo satisfatório das prolações, seja com o sistema jurídico (precedentes, súmulas, normas constitucionais, normas infraconstitucionais), seja com as especificidades do caso concreto (narrativa fática, argumentos jurídicos mobilizados pelas partes etc.). Constitui esse um apontamento a ser tratado especificamente pelo âmbito da teoria da argumentação jurídica, isto é, com o conjunto de estudos que se debruçam sobre os critérios necessários a justificar suficientemente a tomada de decisões.

A promulgação do Novo Código de Processo Civil (NCPC) representou, em relação ao tema da decisão judicial, ao mesmo tempo uma admissão

de que tais problemas existem e uma tentativa de, com inovações legislativas, tentar mitigá-los ou solucioná-los. Será investigado, assim, à luz dos aportes argumentativos e hermenêuticos construídos nas seções iniciais, como o direito construído jurisdicionalmente (precedentes e súmulas) influencia a formação de sentido da interpretação das normas jurídicas, principalmente diante dos novos ônus argumentativos impostos ao juiz a partir dos incisos do parágrafo único do art. 489 do diploma e das regras que tratam do direito judicial assentes nos arts. 926 e 927. É perguntar: os deveres impostos ao magistrado pelo NCPC garantem que os precedentes cumpram sua função de estabilização das respostas jurisdicionais, contribuindo para o alcance de uma resposta constitucionalmente adequada?

As conclusões extraídas desse questionamento possibilitarão responder à pergunta colocada como objetivo geral e, enfim, entender qual conformação o NCPC dará ao dever de fundamentação da decisão judicial que a Constituição Federal elenca como garantia ao jurisdicionado em seu art. 93, inciso IX.

2 BASES PARA DISCUSSÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL

O exercício da jurisdição compreende um desafio enorme para os magistrados que o realizam. Mesmo sem colocar em primeiro plano as dificuldades estruturais e conjunturais encaradas pela magistratura, defrontada, por um lado, pelo enorme problema de sociologia da justiça representado pela litigiosidade e, por outro, pela imposição de metas de eficiência pelos órgãos administração,² o ato de decidir destinos por si só já resguarda colossal responsabilidade. Entre os dilemas da microjustiça (a justiça microscópica

2 Entre as metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para 2015, podem-se citar: “Meta 1: Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente; Meta 2, que inclui, dentre outros objetivo: a) Na Justiça Estadual, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2011, no 1º grau, e até 31/12/2012, no 2º grau, e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2012, nos Juizados Especiais e Turmas Recursais e b) Na Justiça do Trabalho, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2013, no 1º e no 2º grau. Meta 4, que propõe julgar, na Justiça Estadual, pelo menos 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2012” (CNJ, 2015, p. 1).

do caso individual) e da macrojustiça (a justiça telescópica do sistema social jurídico), decidir de forma adequada jamais será tarefa singela, adotando-se desde já a concepção de Streck (2010) de que a distinção entre casos fáceis e difíceis é indevida, pois todo atuar jurisdicional importa um mesmo complexo processo de compreensão do caso e do sistema jurídico.

A complexidade que envolve o trabalho da magistratura não pode impedir, contudo, que se aponte o estado insatisfatório da forma como as decisões judiciais vêm sendo produzidas no Brasil. Conforme indicado na introdução, compreende-se que hodiernamente a jurisdição pátria padece tanto de um problema de natureza eminentemente argumentativa, relacionado à carência de justificação/fundamentação nas decisões, quanto de um problema de matriz hermenêutica, do qual decorre a fragilidade na promoção da coerência sistêmica entre as decisões jurídicas.

Palmilhando um banco de dados jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal composto por 692 ações diretas de inconstitucionalidade, 35 arguições de descumprimento de preceito fundamental e 15 ações declaratórias de constitucionalidade e selecionando desse universo um total de 40 acórdãos que se relacionam à segurança pública, reforma do Judiciário e do processo e competição política, a pesquisa intitulada “Processo legislativo e controle de constitucionalidade: as fronteiras entre o direito e a política”, promovida pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e liderada por diversos pesquisadores do direito, apontou artifícios instrumentalizados pelas decisões no intuito de atalhar suas fundamentações. São eles: a) usar a doutrina como argumento de autoridade sem a contextualização de sua citação com o caso analisado; b) citar pedaços de legislação desconectados, em concreto, com a tópica; c) recorrer à jurisprudência também como argumento de autoridade, sem explicitação de sua correlação com o caso (RODRIGUEZ et al., 2010).

O conceito de argumento de autoridade aqui mobilizado é compreendido como aquele que “procura provar uma tese qualquer, utilizando-se dos atos ou das opiniões de uma pessoa ou de um grupo que a apoiam. O argumento de autoridade funda-se, sobretudo, no prestígio da pessoa ou do grupo invocado” (FERRAZ JR., 2003, p. 336-337). Sua estrutura lógica tem

a seguinte forma: se Y disse X, logo, X. Isso significa que, nesse argumento, não se discute a validade de X; em razão do prestígio de Y, ela será presumida. O argumento de autoridade não é, portanto, válido ou inválido e, sim, aceito ou recusado. Essa é a posição em que o emissor coloca o receptor (RODRIGUEZ et al., 2010)

A pesquisa demonstra, ainda, que quatro tipos de argumento predominam na fundamentação das decisões judiciais, todos com a forma de silogismo conectante de uma premissa maior a uma premissa menor. Essa última sempre será o plano fático em que se desenrola o caso, enquanto a segunda variará, podendo apresentar-se como: a) a interpretação que o ministro faz da legislação; b) argumento extraído da jurisprudência; c) argumento doutrinário; d) princípios jurídicos (RODRIGUEZ et al., 2010).

Compulsando os votos de um caso específico, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741, a pesquisa demonstra como tais tipos de argumento são mobilizados:

Se a interpretação sistematizada da lei extrai sua validade da lógica jurídica, a fundamentação mediante precedentes será um argumento de autoridade, que encontrara no princípio da segurança jurídica seu principal respaldo. A invocação da doutrina, por sua vez, sustentando-se somente como argumento de autoridade, fia-se na reputação que o interprete da norma tem do doutrinador, e apenas nela, pois não há, num ordenamento jurídico racional, princípio de direito que justifique ou de respaldo para citações doutrinárias. Em suma, nos casos analisados, os Ministros do STF podem servir-se de toda sorte de argumentos para fundamentar suas respectivas decisões. Não há propriamente um padrão decisório, pois um ou mais tipos de argumentos podem ser utilizados num mesmo voto, indistintamente. Se algum padrão houver, ele não poderá ser descrito de outra forma, senão como um mosaico de argumentos de tipos diversos, dos quais são exemplos aqueles apontados na pesquisa: os argumentos que recorrem a uma interpretação sistematizada da lei e dos princípios de direito e os que lançam mão da doutrina, da jurisprudência ou da opinião de especialistas de áreas não-jurídicas. Esse

elenco de possibilidades admite tanto os votos que se fundam em somente um argumento, como aqueles que lançam mão de mais de um, sendo mesmo possível que, utilizando suas palavras como argumento de autoridade, Ministros cite a si próprios, seja referindo-se aos textos acadêmicos que escreveram, seja aos votos que proferiram em julgamentos anteriores, seja a ambos (RODRIGUEZ et al., 2010, p. 77).

Do relatório denota-se o problema argumentativo mencionado anteriormente. Os referenciais que conformam o sentido do direito nas decisões da Corte Suprema são baseados, veja-se só, em argumentos silogísticos de autoridade. É dizer, não há a construção de um percurso para chegar ao sentido das normas, com a interação da normatividade com a facticidade.

De outro vértice, também se comprova a crise na vertente hermenêutica quando se percebe a falta de coerência com a qual categorias jurídicas (dignidade da pessoa humana, legalidade, moralidade) ou casos fático-jurídicos semelhantes são compreendidos de formas dissonantes dentro do Poder Judiciário. *Leading case* conhecidíssimo e representativo dessa crise na integridade do direito é o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424, em 17 de setembro de 2003, que ficou conhecido como caso Ellwanger, em que os ministros da Suprema Corte, utilizando a técnica da ponderação de princípios, levantaram os mesmos valores constitucionais para chegar a conclusões diversas no caso (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007).

Os elaboradores do NCPC também assim leram o quadro da decisão judicial no Brasil. Seu anteprojeto já diagnosticava os problemas mencionados nas linhas pretéritas e demonstrava a preocupação do novo código em contribuir para a solução de tais insuficiências:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na

sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: 'A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia'. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração (COMISSÃO..., 2010, p. 1).

Com a promulgação do código, aquilo que era unânime dentro da Comissão de Juristas responsável por sua confecção passou a ser chancelado pela normatividade. Isso porque tanto o problema da carência de fundamentação nas decisões judiciais quanto a dificuldade de obter harmonia e coerência entre as decisões proferidas pela jurisdição receberam uma certidão de reconhecimento institucional com a confecção e validade da Lei nº 13.105/2015, o NCPC. A forma como este trata o tema das decisões judiciais mereceu e vem merecendo consideráveis debates na comunidade jurídica.

As seções seguintes têm a intenção de cotejar desenvolvimentos teóricos trazidos pelas abordagens argumentativa e hermenêutica de análise da decisão judicial com as proposições do novo diploma processual que se

relacionam frontalmente com o momento da produção da decisão judicial, a fim de obter, ante a confluência entre reflexão teórica e institucionalidade normativa, uma conclusão sobre o perfil do dever de fundamentação judicial inscrito no art. 93, inciso IX, da Constituição após o NCPC.

3 O HORIZONTE ARGUMENTATIVO DA DECISÃO NO NCPC: DA FUNDAMENTAÇÃO POSITIVISTA À PÓS-POSITIVISTA

A forma como o NCPC trata o tema das decisões judiciais mereceu e vem merecendo consideráveis debates na comunidade jurídica.

Iniciando a discussão no recorte argumentativo, interessado na elaboração de uma justificação suficiente das decisões judiciais, tem-se que o artigo mais discutido em relação à matéria é, sem dúvida, o 489, em que o NCPC apresenta aquilo que vem sendo denominado necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais (MARINONI, 2010). Como a lei é recém-nascida, compreende-se ser adequada a reprodução do inteiro teor do referido artigo para mergulhar em sua análise:

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 (BRASIL, 2015).

Anota-se que o recorte metodológico tomado nesta investigação não possibilitaria um debate aprofundado sobre as problemáticas teóricas e práticas mais específicas que se entende surgir com duas das normas apresentadas. O conteúdo do inciso IV do § 1º propicia um aprofundado debate sobre o chamado argumento surpresa, impedindo que o juiz venha a decidir por razões que não aquelas desenvolvidas e trazidas à jurisdição pelas partes. Compreendendo que a análise de tal norma desborda para um campo mais puramente processual do que propriamente argumentativo ou hermenêutico, com a necessidade de pesquisa sobre o conteúdo do direito ao contraditório e à ampla defesa, o trabalho exclui a análise de tal preceptivo de sua investigação.

O texto normativo do § 2º, por sua vez, esconde um manancial de profundidade em seu conteúdo. Sob o risco de ser feita uma análise superficial e, por conseguinte, equivocada do método da ponderação entre normas que o código elege como vias para resolução de conflitos normativos, também se elimina seu estudo específico no caso. De toda sorte, é importante reter

de tal parágrafo a indicação da institucionalização, na forma de lei, de um mecanismo pós-positivista de resolução de controvérsias na aplicação de leis que antes só o Judiciário parecia conhecer. Em outras palavras, avaliando que a ponderação de normas ocorre de maneiras variadas e por vezes conflitantes no Judiciário, empreendem-se esforços para emprestar mais uniformidade e racionalidade na utilização do método.

Delimitado com mais clareza o objeto de estudo, é profícuo principiar a investigação do referido artigo com as avaliações feitas pelos protagonistas jurídicos envolvidos no amplo debate sobre o conteúdo do preceptivo que se deu antes e após a sanção do código. Recortando a discussão em termos binários, de um lado figuraram juristas que, reconhecendo as crises mencionadas na introdução do trabalho e no início da seção, compreendiam a necessidade de definir o conteúdo de uma decisão judicial não fundamentada como importante instrumento para solucionar os problemas de carência de fundamentação e de incoerência decisória entre os aplicadores do direito. A posição é explicitada em pronunciamentos dos próprios processualistas membros da Comissão de Juristas auxiliar à confecção do NCPC (NUNES, 2014):

Percebe-se, assim, que devemos nos afastar daquele antigo entendimento (que imperou durante séculos até o advento do Código de Frederico II da Prússia- 1748)[13] de que a fundamentação das decisões não seria obrigatória e que a mesma induziria uma quebra da praticidade e rapidez do sistema, para percebermos a absoluta necessidade e relevância de seu papel. Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica da mesma que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reforma recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.

Por outro lado, as mais importantes entidades de representação da magistratura nacional levantaram-se a pedir o veto presidencial ao citado artigo.³ Os principais argumentos expostos nas manifestações de tais representações foram: a) prejuízo ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna), haja em conta a necessidade de o juiz fundamentar a aplicação de normas, precedentes e súmulas, bem como a imposição de que decida sobre todos os argumentos levantados pelas partes que, em tese, poderiam infirmar sua decisão; b) necessidade de preservação da independência funcional do Judiciário, devido à restrição ao conceito de fundamentação que o código traz, com a definição pelo próprio Parlamento, e não pelo Judiciário, do que seria uma decisão não fundamentada.

A tese sustentada por este trabalho é que os dispositivos do art. 489 atuam principalmente no horizonte argumentativo das decisões judiciais, pelo que atacam diretamente o problema da carência da argumentação na decisão, não agindo necessariamente sobre a possibilidade de que os juízes interpretem e apliquem uma norma de forma diversa. Não se pretende com esse diagnóstico criticar a intenção do artigo, mas, sim, apontar as limitações de seus efeitos.

Em verdade, o art. 489 situa o NCPC em um paradigma pós-positivista. Verificando seus incisos I, II e V, nota-se que o diploma reclama do juiz uma justificação específica por reproduzir e/ou aplicar um ato normativo (inciso I), um conceito jurídico indeterminado (inciso II) ou determinado precedente, enunciado ou súmula (inciso V); do contrário, a decisão será nula, posto que não fundamentada.

A base paradigmática por trás da imposição desses ônus de justificação ao magistrado pode ser denominada pós-positivista, pois compreende que a simples indicação e utilização de fontes do direito tidas como válidas para o ordenamento jurídico (atos normativos, precedentes, súmulas) dentro de uma decisão não são suficientes para considerar tal decisão justificada. É dizer, o fato de as fontes jurídicas mobilizadas passarem pelo crivo da

3 Toma-se como referencial para análise das posições vindas da magistratura a nota da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho sobre seu pedido de veto presidencial a determinados artigos do NCPC (ANAMATRA, 2015).

regra de reconhecimento positivista hartiana⁴ e serem classificadas como direito válido não é razão bastante para concluir pela validade da decisão que as mobilizou.

Em uma concepção positivista, o direito já seria um dado pronto, completo, não necessitando de mais nenhuma tarefa constitutiva. O papel da ciência do direito (não do direito, sendo este mero objeto) seria interpretar abstratamente a norma, impedindo que de uma mesma norma pudessem ser retiradas interpretações dissonantes. O professor português Aroso Linhares (2012) resume como atuaria a jurisdição no normativismo, lembrando que admitir uma complementação do sentido da norma diante do caso concreto seria negar a própria autossuficiência do significado normativo e, consequentemente, a autonomia do direito; já entendida a norma como acabada e suficiente, despiendo qualquer dependência deste (direito) à realidade em que era aplicado. O que havia era uma simples aplicação de um enunciado geral a uma situação particular. Marinoni (2011a, p. 95) também alumia a respeito: “Se a legislação era completa, coerente, e assim capaz de dar à jurisdição as condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma para regular a situação litigiosa”.

Assim exposto, a fundamentação judicial numa cultura positivista exauria-se na própria identificação da norma que se adequava ao fato. Identificada a normativa de forma correta, já estaria vislumbrada a consequência jurídica que o direito esperaria ocorrer. É dizer, caso se entenda que a simples indicação de uma norma seja suficiente para atender ao que estipula a Constituição quando, em seu art. 93, inciso IX, ordena a necessidade de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, estar-se-ia admitindo que o conteúdo das normas jurídicas já estaria posto, por completo, desde o momento em que elas valessem em abstrato.

As elaborações pós-positivistas, contudo, rompem tais premissas. Para elas, o conteúdo normativo só é encontrado plenamente no momento da aplicação e interpretação da norma, não mais se cindindo os discursos de

4 A definição de uma norma como regra válida e, por consequência, como direito dependerá do preenchimento das condições formais estabelecidas pela regra de reconhecimento (HART, 1986).

fundamentação e aplicação. A invectiva positivista que abala essa convicção do exercício declarativo da jurisdição parte do campo linguístico. Essa contestação cria a distinção, que já se tornou lugar-comum, entre texto normativo e norma. Em termos puramente linguísticos, trata-se de diferenciar os planos do significante e do significado (NEVES, 2013). É dizer, a relação entre texto (significante) e norma (significado) compreende uma dação de sentido no processo de comunicação. A compreensão do que se entende por determinado texto é diferente, pois, do texto em si, como exposto na legislação.

A interpretação e a confecção de uma decisão judicial são, pois, atividades de natureza constitutiva, de atribuição de sentido, e não meramente de essência declaratória (GRAU, 2013), desenvolvendo-se um processo de concretização da norma que implica a compreensão tanto do texto normativo quanto dos fatos jurídicos importantes ao caso. Deixa de haver, portanto, a incomunicabilidade entre o direito e a realidade fática assente no positivismo, conduzindo a outra conclusão já conhecida, de que “a norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso” (MULLER, 1994, p. 273).

Os ônus argumentativos presentes nos incisos do artigo são, pois, uma clara reação, em forma de legislação, ao que MacCormick (1978) diagnosticou como “problema do positivismo”. Criticando o modelo positivista, o professor escocês desenvolve o seguinte questionamento:

Uma descrição positivista do sistema tal como ele opera *não pode* responder a um tipo particular de questão que pode ser formulada *internamente* em um sistema jurídico: a questão que pode ser formulada diante de um juiz, em um caso difícil, da seguinte maneira: ‘Por que *nós* devemos tratar todas as decisões alcançadas em conformidade com uma regra válida segundo nosso critério de validade como suficientemente justificadas?’, e esta é uma questão que pode, e de tempos em tempos é, levantada. Ademais, o positivismo não consegue também responder à questão formulada pelos juízes ainda mais frequentemente: ‘Como nós devemos justificar as decisões concernentes à interpretação e à aplicação de nossos critérios de validade?’ (MACCORMICK, 1978, p. 63, grifo do autor).

Em outras palavras, para que um discurso jurídico presente numa decisão judicial esteja legitimado é insuficiente dizer que sua correção baseia-se somente na validade da norma que o subjaz. Tal superação implica a necessidade, institucionalizada pelo NCPC, de justificar como se chegou ao preenchimento do sentido das normas. Deve o aplicador, pois, fundamentar o caminho argumentativo que o levou a estabelecer, no processo de aplicação/interpretação da norma, aquele determinado fim. Trata-se, no encalço de Marinoni (2010), de fundamentar o fundamento, sendo esta uma operação agora encarada como um dever abarcado pelo preceptivo do art. 93, inciso IX, da Constituição (JALES, 2013).

Esse entendimento também decorre da assunção de que a legitimação do discurso jurídico está na pretensão de que a resposta encontrada pelo Judiciário seja a resposta correta e adequada ao ordenamento. Para além de seu prisma real (conjunto de normas positivadas), o direito encerra um aspecto ideal, no sentido de que deve pretender prolatar uma decisão moralmente justificada. Essa dimensão ideal não estaria sendo perseguida na hipótese em que a mera menção a uma norma válida fosse capaz de emprestar legitimidade ao julgamento. Essa norma deve vir acompanhada de um necessário discurso prático a justificar seu uso e seu sentido atribuído.⁵ É o que Alexy (2001) denomina, pondo o fenômeno em comparação com a representatividade política inerente ao Parlamento, “representatividade argumentativa” que fica a cargo do Judiciário.

A assunção dessa forma de encarar o direito representa o abandono de uma atuação descritiva da teoria do direito para a identificação de um caráter normativo à teoria jurídica. Importa diferenciar o sentido que se quer dar à distinção entre as compreensões analíticas e normativas do direito. Pode-se

5 “É certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso não é suficiente como argumento em favor da decisão. Decisão racional não é o mesmo que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; geralmente, senão sempre, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos. Melhor dizendo, a racionalidade do discurso judicial, sempre que ultrapassa a simples dedução lógica a partir da norma geral para o caso particular – é dizer, sempre que põe em questão a premissa da subsunção – envolve um discurso que vai além daquilo que *tradicionalmente* se concebe como jurídico – que extravasa o domínio restrito das ‘fontes do direito’ –, o qual se pode chamar de discurso prático ou moral” (MARINONI, 2010).

dizer que as compreensões analíticas ou descritivas enxergam o direito sob o ponto de vista do intérprete/aplicador observador. Para este, a pergunta fundamental é “o que é o direito?”. Respondendo satisfatoriamente a esse questionamento, é-lhe possibilitado, após a identificação exata do que seria o direito, tomar a decisão diante de um caso concreto. No plano das propostas analíticas, não é prioritário adotar referenciais de correção para o direito. As compreensões normativistas, que no dualismo aqui apresentado se opõem às de cunho analítico, não dizem respeito, como se poderia imaginar, ao normativismo como vertente de uma proposta positivista de compreensão do direito. Não se trata do normativismo na forma identificada por Kelsen, por exemplo, mas, sim, da classificação que tenta reunir formas de compreensão do direito para as quais passa a ser importante que o fenômeno jurídico possua em sua natureza padrões de correção. É dizer, a pergunta capital às perspectivas normativas seria “o que deve ser o direito” e não simplesmente o que ele é. Adota tais formulações a perspectiva não do observador, mas do participante, pois concedem ao intérprete um papel de correção do sentido do direito, daí a denominação normativistas, pois direcionadoras do sentido que o direito deve ter.

A relação entre o direito e a moral, típica do discurso pós-positivista,⁶ fica evidente no acontecer do discurso argumentativo; neste, argumentos morais e jurídicos atuam necessariamente em conjunto ao longo de um discurso prático. É essa, inclusive, a tese principal da teoria da argumentação de Alexy (2001), que enxerga o direito como um específico tipo de discurso prático datado de razões de autoridade que balizam as possibilidades de argumentação (BUSTAMANTE, 2013).

Revela-se, portanto, curioso que a magistratura, principal mobilizadora e incorporadora em seu labor de um discurso principiológico e, assim, pós-positivista, manifeste-se refratária a uma consequência direta do paradigma

6 Importante zona de convergência a enlaçar as diferentes propostas não positivistas é a admissão da necessária relação conceitual entre o direito e a moral, pela qual critérios morais passariam a informar e restringir a margem de discricionariedade dos juízes. Navega-se, então, em meio a uma onda normativa (não mais analítica, isto é, com intenção apenas de descrever o fenômeno jurídico, como pode ser predicada a intenção positivista) da teoria do direito, detentora da pretensão de prescrever quais seriam as decisões corretas nos casos concretos (BUSTAMANTE, 2008).

normativo em que se encontra mergulhada. A argumentação de que haveria uma interferência do Legislativo na atividade do Judiciário, na medida em que estaria aquele poder definindo o que seria ou não fundamentar, denota um olhar míope sobre as consequências do entendimento do direito em um estágio pós-positivo.

Os ônus argumentativos que o NCPC traz estão afinados a um entendimento da norma jurídica como um fenômeno que só se completa no momento de sua concretização, ou seja, de sua aplicação pelo magistrado. Nessa pisada, ao contrário do que sustentam as entidades de classe da magistratura, o código não diminui o poder de fundamentar do juízo, mas, sim, reconhece esse poder concretizador do aplicador da norma, capaz de definir o sentido adquirido pela norma frente ao caso. Na realidade, requerendo-se que o juízo fundamente seu percurso argumentativo na aplicação do direito, o próprio Legislativo emite um certificado à magistratura de que as leis emanadas de suas casas representativas não são suficientes, necessitando-se de uma etapa argumentativa legitimadora posterior, de responsabilidade do Judiciário, para que as normas sejam aplicadas. Descabido, pois, assentar um suposto enfraquecimento da jurisdição. Pelo que foi demonstrado, muito mais fácil seria vincar o oposto, ou seja, ser o NCPC um atestado voluntariamente assinado pelo Legislativo de insuficiência de seu trabalho.

Em outro vértice, a fundamentação das decisões judiciais exigida pela Constituição não é uma prerrogativa ou direito direcionado aos aplicadores. A magistratura não é o titular do direito de fundamentar as decisões, mas, sim, o destinatário de tal dever. O jurisdicionado, esse sim, é quem possui o direito de obter uma resposta jurisdicional fundamentada (OLIVEIRA, 2015). A própria argumentação formulada pelas entidades de que a justificação “analítica” burocratizaria o procedimento decisório e feriria o direito do jurisdicionado à razoável duração do processo é consectária do entendimento de serem as partes os titulares do direito à fundamentação.

Inviável, pois, ventilar existir interferência na atividade judicante quando, em princípio, não é um direito a ela concedida que tem sua configuração alterada. Não obstante, mesmo essa crítica possui pés de barro. Ela desvela uma confusão entre a necessidade de argumentar concretamente e a

necessidade de argumentar prolixamente. O NCPC não requesta dos juízos discorrer de forma exaustiva, longa ou detida sobre o sentido das normas, mas apenas que o façam por meio de um grau suficiente a esclarecer a adequação dos fatos às normas, os limites semânticos dos textos, a utilização coerente e cautelosa dos precedentes e a atenção às teses pertinentes suscitadas pelas partes (ALMEIDA, 2015).

A própria magistratura parece consciente desse entendimento, na medida em que diversos precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, órgão incumbido de uniformizar a interpretação da legislação federal, diferenciam a argumentação insuficiente da argumentação concisa.⁷ Entender que argumentar de forma suficiente implica argumentar de maneira longa pode ser compreendido como um traço revelador de uma cultural bacharelesca existente no Brasil e originada da tradição jurídica continental europeia, na qual, para que uma sustentação vença, parece necessário que seja longa, rebuscada e erudita.

Os constrangimentos argumentativos endereçados à magistratura pelo NCPC não possuem força suficiente, contudo, para pôr fim à crise de incoerência nas decisões judiciais. Estabelecer fronteiras de como se deve argumentar para apresentar a justificação de uma escolha não é suficiente para determinar a escolha em si. Acreditar na suficiência do disposto ao longo do art. 489 para imprimir coerência de integridade ao direito é olvidar as

7 “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATRASO EM EXECUÇÃO DE OBRA. APLICAÇÃO DE MULTA. ALEGAÇÃO DE COISA JÚLGADA ADMINISTRATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO SE CONFUNDE COM FUNDAMENTAÇÃO CONCISA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. IRREGULARIDADE SOLUCIONADA NA VIA ADMINISTRATIVA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1 - Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que manteve a aplicação da multa decorrente da inexecução parcial de contrato firmado para execução do Fórum de Águas Lindas de Goiás. [...]. 5 - Não se confunde motivação concisa com ausência de fundamentação. 6 - Tendo a autoridade administrativa corrigido o vício por falta de intimação da recorrente quando da aplicação da multa, não há nulidade a ser reparada na via judicial. 7 - A penalidade imposta à recorrente não foi decorrente de revisão administrativa, mas reativação de multa suspensa em razão de reincidência. Afasta-se, pois, a alegação de reformatio in pejus. 8 - Recurso ordinário não provido” (STJ, 2015).

críticas que a hermenêutica destina às teorias argumentativas. Estas passam principalmente pelo diagnóstico lacunoso na compreensão da aplicação da igualdade ao processo judicial. Marinoni (2010) anota que, muito embora tal princípio pareça ser aplicado de forma consolidada às normas de procedimento, adequando as diversas modalidades de ritos e os variados atos jurisdicionais às peculiaridades das partes e dos pedidos requestados, sua substância não parece alcançar o direito de igualdade ante a decisão judicial. Necessário, pois, dotar de maior densidade a aplicação de tal princípio no que diz respeito ao conteúdo da prestação jurisdicional.

O direito ao processo justo não pode ser reduzido à adoção de procedimentos justos, isto é, ao seguimento de normas processuais justas. A legitimidade da jurisdição depende diretamente da legitimidade da decisão, ou seja, de seu conteúdo substancial, sendo inviável sustentar que a legitimidade existe quando o Judiciário responde de maneira distinta a casos iguais ou quando aplica a lei num sentido diferente daquele que o órgão jurisdicional incumbido para uniformizar a interpretação das leis o faz. Ao lado da já desbotada, mas sempre essencial, crença na igualdade perante a lei, deve ser ajuntada a crença da igualdade ante a interpretação da lei (MARINONI, 2010).⁸

O art. 489 parece admitir a insuficiência do horizonte argumentativo quando, no inciso VI de seu § 1º, diz que também considerará não fundamentada a decisão que deixe 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” (BRASIL, 2015). Pelo inciso, uma jurisprudência que resolva caso análogo ao que se busca decidir não poderá deixar de ser seguida sem uma necessária justificação. O inciso já indica, assim, que a chave para uma maior igualdade perante a aplicação da lei deve centrar-se no estudo do direito constante

8 *“This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law”* (BANKOWSKI et al., 1997, p. 481-482).

nos precedentes judiciais e demais atos produtores de direito emergentes do Judiciário. O que o inciso VI solicita e revela será complementado e desenvolvido no código em outro *topos*, quando dará melhor ideia de como se enxergará a produção do direito pelos tribunais e juízes.

4 O HORIZONTE HERMENÊUTICO DA DECISÃO NO NCPC: A MODIFICAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL

4.1 O ESTÁGIO DA ARTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Em suas origens, as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law* apresentavam-se como projetos distintos ou quase antagônicos de como pensar o direito. Se, por um lado, o direito poderia ser vincado como uma pura produção dos tribunais, existindo a partir da confecção e reprodução de normas individuais (precedentes), por outro o fenômeno jurídico jamais seria criado pelas cortes, sendo estas somente responsáveis pela aplicação das normas jurídicas gerais produzidas pelo legislador. No entanto, as críticas direcionadas na seção anterior ao conceito de norma foram capazes também de aproximar as duas tradições, pois a crítica que o pós-positivismo fez ao conceito de norma foi capaz de aproximar os conceitos de lei e precedente, categorias fundamentais do *civil law* e do *common law*, respectivamente. Não por outro motivo teoria e prática vêm trabalhando a interseção entre os dois sistemas, passando a admitir que atualmente, em qualquer ordenamento jurídico, a aplicação do direito implica necessariamente tomar por referência as leis, as decisões jurídicas anteriores e a doutrina, não havendo um monopólio de qualquer uma das categorias, inaugurando um novo momento em que se pode afirmar existir uma única família de direito ocidental (SOUZA, 2006).

O NCPC, portanto, não simboliza um novo momento de reconhecimento do ordenamento jurídico ao direito judicial, isto é, ao direito produzido por juízes e tribunais. Nos últimos anos, modificações tanto na

Constituição (súmula vinculante – art. 103-A) quanto no Código de Processo Civil de 1973 (jurisprudência dominante – art. 557; súmula impeditiva de recurso – art. 518, § 1º) já anunciavam a transição pela qual se passava.

Uma análise conjunta de dois institutos concede a dimensão que a produção do direito pelos tribunais já possui hodiernamente em nosso sistema. O Código de Processo Civil de 1973 e suas posteriores modificações atribuíram às súmulas e à jurisprudência um importante papel sistêmico. Diversas são as ocasiões em que a lei processual utiliza os entendimentos sumulados⁹ ou supostamente consolidados jurisprudencialmente¹⁰ para efetivar mais rapida-

9 “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente [...] Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal [...] Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias [...] § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal [...] Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso” (BRASIL, 2015).

10 “Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente [...] Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: [...] Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. [...] Art.

mente decisões judiciais com eles afinados ou impedir que processos decididos em conformidade com suas conclusões tenham um prosseguimento sem qualquer constrangimento.

A partir da avaliação das situações em que esses dois institutos são utilizados pelo Código de Processo Civil de 1973 (citadas nas notas de rodapé anteriores), percebe-se que o *leitmotiv* de seus conteúdos é a agilização dos procedimentos processuais, cristalizada, por exemplo, em tentativas de obstruir seguimento de recursos e, assim, facilitar a confecção de decisões, desafogando o Poder Judiciário. São os casos dos arts. 543 e 557, em que os mecanismos são claramente mobilizados para dificultar desafios recursais lançados contra decisões desconformes com súmulas ou jurisprudências dominantes. Assim, em suas raízes na processualística brasileira, as súmulas e jurisprudências não surgem como elementos intencionados a dotar o sistema de coerência, qualificando a incidência do princípio da igualdade na aplicação da lei. O principal intuito de sua atuação é desafogar o Judiciário, facilitando as decisões a partir de normas universalizantes (MARINONI, 2011b), no caso das súmulas, e com a utilização de conclusões jurisdicionais apartadas da importância dos motivos que as sustentam, no caso das jurisprudências.

Identifica-se, pois, que os dois principais institutos conectados à tradição da *common law* hoje presentes em nosso ordenamento apresentam vícios em suas instrumentalizações pela legislação e pelos próprios operadores do direito, não sendo capazes de emprestar maiores vantagens do que a absorção de uma tradição de respeito ao direito judicial poderia trazer, qual seja, a isonomia na aplicação da lei, com a possibilidade de que casos iguais sejam decididos de forma coerente dentro de um sistema jurídico. Pode-se vincar que não há no paradigma do atual código um horizonte hermenêutico bem definido para a aplicação do direito, pois não há referenciais em que se podem colher tradições interpretativas coerentes dentro do sistema.

543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...] § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida” (BRASIL, 2015).

No caso das súmulas, passou-se a compreender o conteúdo sumular desarticuladamente da facticidade e da valoração de onde surgiram. Não só os atores jurisdicionais recaem nessa falha, mas a própria doutrina. Proseando sobre as desvantagens da teoria do *stare decisis*, Souza (2006, p. 286) aponta ser a complexidade de diferenciar o que seria *obiter dictum* e o que seria *ratio decidendi* um dos pontos negativos do sistema da *common law*. Ajunta, porém, que a adoção das súmulas vinculantes no Brasil tenderia a diminuir essa desvantagem, posto que, via súmula, “identifica-se, rapidamente, a jurisprudência firme, cristalizada de um tribunal acerca de variados temas jurídicos”, sendo toda sua extensão de natureza essencial e, assim, sem *obiter dicta*. Com a devida vênia ao respeitado jurista potiguar, tem-se que tal concepção milita em favor da equivocada conclusão de que a súmula já seria o produto da interpretação do direito, não necessitando se reconstruir seu sentido a partir dos precedentes que lhe deram origem.

O mesmo aconteceu com a jurisprudência, hoje compreendida majoritariamente a partir da leitura das ementas dos julgados, isto é, da conclusão a que chegam os tribunais e não com a percepção da motivação construída para desaguar na conclusão, num fenômeno denominado por Nobre Júnior (2008) de ementismo. Tal estado da arte impede, inclusive, que mecanismos do próprio NCPC que visualizam a capacidade de a jurisprudência empregar racionalidade e coerência ao sistema fiquem prejudicados, como é o caso do incidente de uniformização de jurisprudência.¹¹

11 “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão. Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante” (BRASIL, 2015).

É dizer, a súmula e a própria jurisprudência, num retrato pátrio, não foram encaradas no contexto dos precedentes. Tal via equivocada de enxergar os institutos não é, contudo, capaz de condená-los. Se tomadas como instrumentos capazes de reavivar fundamentos, razões e/ou princípios constantes nos precedentes que as originaram, as súmulas são capazes de promover a unidade e coerência da interpretação do direito. É essa tarefa que uma alteração legislativa poderia ser capaz de superar e será ela que se analisará ser cumprida ou não no contexto do NCPC.

4.2 AS NOVAS FUNÇÕES DO DIREITO JUDICIAL NO NCPC: O NECESSÁRIO APORTE EM BUSTAMANTE E STRECK

Versões do NCPC anteriores à redação sancionada em 16 de março de 2015 chegavam a reservar um capítulo específico para os precedentes judiciais. No texto aprovado, contudo, o tema não vem exposto de forma autônoma, mas inserido no capítulo sobre os processos nos tribunais. Tal topografia não decresce a importância das inovações trazidas pela nova legislação. Muito embora diversos preceptivos de sua extensão estejam permeados com a incidência da força dos precedentes, entende-se que o epicentro de tal influência está expresso nos arts. 926 e 927. Submeta-se o primeiro deles à análise.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (BRASIL, 2015).

Na cabeça do art. 926, compreende-se uma indicação de que o legislador reclama dos tribunais uma aplicação do direito, íntegra, coerente e estável, em clara utilização de termos de inspiração dworkiana. Ronald Dworkin e seus referenciais de coerência e integridade no direito contribuem para a visualização da gênese de sentido das normas. Para explicar seus conceitos de coerência e integridade na aplicação do direito, utiliza a metáfora do romance encadeado, ou seja, uma história una, íntegra, concatenada, mas carecedora de um diferente autor para cada distinta etapa de seu desenvolvimento. Desse modo, o escritor de cada capítulo deve atentar para o que havia sido dito anteriormente por seus parceiros de escrita, a fim de guardar a coerência da história em construção, não podendo, pois, dizer o que bem entenda em seu capítulo próprio. Dworkin (2002) exemplifica tal necessidade ao narrar que uma personagem que houvera sido morta em páginas anteriores não poderia nas seguintes aparecer, injustificadamente, a participar de um diálogo trivial.

A produção de sentido sobre os ombros dos aplicadores deveria ser realizada, pois, de forma semelhante àquela com que os autores escrevem a *chain novel*. Guarda-se o conhecimento adquirido nas produções de sentido anteriores para desvelar os novos sentidos das normas perante os casos concretos colocados em juízo, garantindo a coerência do sistema (JALES, 2013). Passa-se a entender a produção histórica do sentido das normas como limite para a atribuição de significado em novas decisões judiciais. A facticidade presente na dimensão principiológica resta cristalizada na própria positividade, na medida em que nos precedentes se cravam substratos deontológicos encontrados nos contextos de aplicação passados. São precedentes as expressões da comum-idade da tradição das instituições jurídicas, dotando de coerência e integridade o sistema.

Sem mais, o onírico Romance em cadeia é um artifício para sublinhar alguns aspectos importantes para a compreensão e interpretação do Direito. Em primeiro lugar, assim como a estória romanceada, o Direito deve ser entendido como um todo coerente. Este pressuposto, colhido da filosofia kantiana, demonstra a aceitação, pelo autor, da ideia de uma racionalidade ancorada e inerente a nossas práticas continuadas. Isto porque, chamados a decidir um caso concreto, os juízes

poderão sempre optar racionalmente por uma resposta e se há subjetivismos nas decisões é preciso ressaltar em que sentido isto deve ser compreendido. Em segundo lugar, as decisões de casos concretos no Direito devem levar em conta toda a história institucional que as precede. Como no Romance em cadeia, não se pode aqui alvitrar algo em desarrimo com o que já foi fornecido como elemento para a escolha de uma direção (TRAVINCAS, 2007, p. 5).

Essa coerção produzida pelas decisões do passado implica o condicionamento da **interpretação construtiva** aos fundamentos utilizados nas tomadas de decisão pretéritas. A interpretação construtiva¹² é, para além do conceito dworkiano de interpretação, seu próprio ideal do interpretar. Essa categoria concebe a interpretação de determinada coisa como aquele sentido que coloca esse objeto “sob sua melhor luz”. Em outras palavras, a interpretação construtiva primeiramente contextualiza o objeto interpretado em uma determinada prática, para em seguida atribuir o significado que lhe proporcione o melhor valor possível dentro daquela prática. Justamente essa específica forma de atribuição de valor não será livre, estando condicionada à tradição (COELHO, 2012). Essa interpretação construtiva é reclamada pelo legislador no momento da edição e aplicação das súmulas, compreendidas como instrumentos para dotar o sistema de integridade e coerência.

No preceptivo do NCPC apresentado, há referência específica ao mecanismo sumular, orientando-se que seja observado, em concordância com os precedentes que o originaram. É candente, pois, que o código impõe que as leituras das súmulas sejam realizadas ante uma leitura institucional do direito.

12 “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto” (DWORKIN, 2002, p. 64).

A doutrina ajuda a aprofundar a leitura do dispositivo, com a necessária distinção entre casos julgados, precedentes e súmulas. Os primeiros são decisões que não inauguram uma nova opinião sobre um problema fático-jurídico, mas aplicam as normas seguindo construções de sentido já elaboradas em resolução de casos anteriores. Já no precedente, que assim como o caso julgado origina-se de um julgado concreto, tem-se a elaboração de uma **nova** construção ontológica de normas, que, resolvendo um caso específico, terá força atrativa para casos similares seguintes (STRECK, 2008). Essa força, no entanto, não é determinada pelo próprio precedente, pois “não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim aos casos futuros estabelecer qual a medida de relevância do caso que gerou o precedente” (STRECK, 2008, p. 166).

A citada similaridade entre os casos não emerge de forma silogística, mas é encontrada a partir de uma interpretação histórica dos princípios utilizados no julgamento do paradigma, perguntando se esse princípio dialogará com o caso em que será aplicado, daí a importância de extrair de cada precedente exatamente a parcela de sua fundamentação que vinculará os casos seguintes, isto é, a *ratio decidendi*. Será a fundamentação assente num precedente que importará não o resultado, mas a conclusão alcançada no caso pela mobilização daquelas fundamentações. É nesse contexto que o § 2º do art. 926 dispõe que a mobilização das súmulas deve ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes dos quais recorrem. É dizer, ao mesmo tempo que se estabelece uma distinção expressa entre súmula e precedente, algo inexistente no atual diploma processual, conecta-se um instituto ao outro, a fim de que as finalidades expostas no *caput* se concretizem.

Essa aceção parece diferenciar-se daquela com que se vinha descrevendo a súmula. Esta estava a ser enxergada como um texto construído por um tribunal na forma de uma regra geral e abstrata que, por força de lei, tem seu efeito vinculante instituído. Essa formatação, conforme já se pincelou, implica a utilização da súmula como uma espécie de lei, de forma dedutivista, descontextualizada da principiologia do caso em que foi originada. A súmula, então, institucionaliza a conclusão a que o Judiciário chega na

resolução de casos semelhantes, não cuidando da fundamentação ou dos sentidos atribuídos a normas para que se alcancem tais conclusões.

Com o novo paradigma que o código impõe para a utilização das súmulas, sedimenta-se o caminho para que elas possam contribuir para dotar o sistema jurídico de integridade, institucionalizando uma tradição em seu seio. O erro de enxergar tal instrumento como um material assertórico, distante do contexto fático em que foi produzido e desindexado das razões principiológicas que o estatuíram, parece querer ser superado pelo legislador.

A súmula pode, assim, melhor contribuir para o aperfeiçoamento sistêmico do ordenamento, uma vez que vinculada não a uma teoria dos precedentes que a subordina a uma metodologia jurídica paralisante, mas, sim, a um paradigma que lhe concede um horizonte hermenêutico dinâmico, mutável, pois também sujeito à interpretação e à reconstrução histórica de seu sentido, homenageando, assim, a própria natureza dos precedentes que lhe são sementes.

Defendida a tese da mudança paradigmática a qual se submeteu o mecanismo sumular com o NCPC, a tentativa de qualificação dos mecanismos do direito judicial continua no artigo seguinte, conforme se lê:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

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

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

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

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Pode-se vincar que os incisos I a V não carregam potencial de mudança ao estado da arte anterior. Em verdade, nesse ponto, o código revelou certa timidez para avanços, tendo apenas reproduzido marcos referenciais de sentido que os tribunais e juízes já estão obrigados a seguir e reportar-se hodiernamente, seja em virtude de disposições do próprio código de 1973 (incisos III, IV e V), seja por construção jurisprudencial (inciso I), seja pela própria Constituição (inciso II).

Entende-se que o NCPC poderia ter ido além e impelido juízes e tribunais a seguir as decisões em controle difuso do Supremo Tribunal Federal que interpretam a Constituição, bem como as decisões do Superior Tribunal

de Justiça que uniformizam a interpretação de lei federal. Marinoni (2011b) advoga que, inclusive já na presente estrutura processual, os precedentes do Supremo Tribunal Federal que interpretam a Constituição, mesmo em controle difuso, e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que uniformizam a interpretação de lei federal devem ter força obrigatória.

A tese que sustenta ambas as propostas é que o sistema jurisdicional seria dotado de maior racionalidade e coerência se os motivos determinantes embaixadores das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no desempenho de seus papéis constitucionalmente delimitados tivessem força vinculante. Perceba-se, os motivos determinantes para a decisão deveriam ser vinculantes, não seus dispositivos. O professor da Universidade Federal do Paraná sustenta que tal ideia vem timidamente sendo agasalhada por essas próprias cortes, quando, por exemplo, na Reclamação nº 1987¹³ o Supremo decidiu que os motivos determinantes das decisões em controle abstrato obrigam os demais tribunais (MARINONI, 2011b).

O defendido pelo citado doutrinador e com o que este trabalho concorda é que o instituto da reclamação poderia ser mobilizado, pois, não só quando acórdão de tribunal desrespeite dispositivo de decisão do Supremo em controle abstrato, mas também quando os motivos mobilizados para decidir em controle difuso sejam afetados.¹⁴ Isso porque as decisões tomadas

13 “EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. [...]. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente” (STF, 2004).

14 Não há necessidade de pensar em coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante. As decisões tomadas pelo Supremo

em controle difuso possuem o mesmo fundo de legitimidade das decisões do controle concentrado para interpretar a Constituição, devendo a vinculabilidade dos motivos determinantes se estender às razões vertidas em decisões lá tomadas, uma vez que “não há como ter unidade do direito, por meio da Constituição, quando as decisões da Suprema Corte podem ser desrespeitadas pelos demais tribunais” (MARINONI, 2011b, p. 489).

Mesma lógica é aplicada às decisões do Superior Tribunal de Justiça, pois o que subjaz a concepção de uniformização da interpretação federal é também a segurança jurídica propiciada pela igual aplicação da lei, segurança que deve ser entendida não como vedação de o juiz construir o direito em seu labor, mas como contenção a que ele construa de forma diferente o direito em casos iguais. A evolução constatada com os incisos do art. 927 foi somente a sistematização em um mesmo *locus* legislativo das mais importantes referências interpretativas que os agentes jurisdicionais devem ter em conta no momento de decidir. Não houve, contudo, uma ampliação horizontal de novas instâncias difusoras de sentido para a compreensão das normas, muito menos uma elevação do grau de vinculabilidade das instâncias que já existiam.

Seguindo a análise do preceptivo, define-se como central o conteúdo presente no § 1º. Tal norma expressa a fusão entre os horizontes argumentativos e hermenêuticos divisados no NCPC. Ao estabelecer que os ônus argumentativos presentes no art. 489, § 1º, deverão ser observados na aplicação dos referentes judiciais constantes nos incisos, o novo diploma caminha para retirar a aplicação jurisprudencial do estágio do ementismo diagnosticado nas linhas pretéritas.

Visualiza-se a jurisprudência não como um apanhado de conclusões, mas, sim, um apanhado de razões, fundamentos e argumentações

Tribunal Federal, mesmo em controle difuso – *u.g.*, recurso extraordinário –, não podem deixar de ter eficácia vinculante. O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por esse tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle da constitucionalidade (MARINONI, 2010).

construídos hermeneuticamente. Pode-se mesmo afirmar que tal norma realiza, na dimensão do *common law* do sistema brasileiro, uma transição já vivenciada há alguns anos nos países onde tal tradição jurídica é mais forte. Para compreender tal distinção, é necessário um breve mergulho na doutrina que baliza o *common law*, qual seja, a doutrina do *stare decisis*, isto é, o princípio que informa que os precedentes devem ser considerados para tomar decisões judiciais.

Comentando sobre a evolução do conceito de *stare decisis*, Bustamante (2010) indica que as primeiras formulações sobre essa categoria colocavam em relevo o elemento da autoridade encerrado pelo precedente. A resolução do caso era considerada vinculativa em razão de ser emanada de um órgão competente por produzir o direito. Trata-se claramente da aplicação da tese da regra de reconhecimento, abordada ao tratar das propostas positivistas e aplicada à dimensão do direito jurisprudencial. O simples fato de passar no teste de *pedigree* já seria suficiente para ser atribuída força gravitacional ao precedente, dispensando-se qualquer análise sobre as razões que os aplicadores usaram para chegar à conclusão do caso. Por isso, o olhar daquele que aplicaria um precedente deveria voltar-se à conclusão jurídica alcançada pelo juízo, não à fundamentação arquitetada para chegar à conclusão. Nessa última – conclusão –, repousaria o *stare decisis*.

Sem se importar com o discurso jurídico mobilizado pelo aplicador, percebe-se que tal proposta compreende o precedente como um dado já construído, disponível para ser aplicado. A forma como a lei era enxergada pelo positivismo legalista, alçada à expressão maior da racionalidade e da verdade jurídica, já estando ela acabada e pronta para ser aplicada, é a mesma como se vê o precedente. Por essa configuração que descreve o precedente a partir do ponto de vista do observador, sem se preocupar com um senso de correção – intenção de que a resposta jurisdicional seja a resposta correta – típico de uma postura adotada pelo lugar do participante, essas abordagens são classificadas como teorias positivistas do precedente.

Sempre retornando aos argumentos de superação do positivismo já esposados, tem-se que a colocação do problema da aplicação do precedente sob o ponto de vista do observador é insuficiente. Ele não dá conta de todo

o instrumental argumentativo e hermenêutico que é necessariamente mobilizado pelo intérprete aplicador no momento da aplicação. Esse instrumental contempla argumentos morais, construções de sentido a partir de outras fontes do direito, como a própria lei ou a Constituição, e mesmo o diálogo com outros precedentes e está presente não nas ementas ou nos dispositivos das decisões dos tribunais, mas, sim, na sua fundamentação. O enxergar com os olhos do participante conduz a uma visão pós-positivista do precedente, tal como defendido por Bustamante (2014, p. 195), caracterizada por entender “que a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos fundamentos da decisão, aos princípios que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do direito”. O fundamento do precedente não se assenta apenas na autoridade de onde brota, mas também na *ratio*, determinada pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico.

Concorda-se com Bustamante (2012) quando este afirma que as teorias positivas do precedente judicial devem ser abandonadas em razão de negligenciarem a importância da justificação das regras que podem ser extraídas dos precedentes. Essa justificação seria, para o professor da Universidade Federal de Minas Gerais, mediada por princípios. Vistos em sentido lato como razões que justificam sentidos para regras jurídicas nos casos, os princípios relacionam-se com os precedentes para mediar as regras que deles poderão sair. É dizer, os princípios fundantes e justificadores dos precedentes delineiam a face das regras que deverão ser observadas nos casos seguintes para que a aplicação do direito ocorra coerentemente. A relação entre princípios e precedentes é, assim, mutualística, na medida em que um sistema racional de princípios, com adequada delimitação de seu conteúdo, depende de um sistema coerente de precedentes.

Discorda-se do autor, contudo, nas sutilezas do modo como ele compreende o papel dos princípios nessa mediação. Bustamante (2012) conceitua as normas de matriz principiológica como aquelas que concedem margem considerável de interpretação pragmático-semântica, capazes de imprimir indeterminação no sistema, a qual pode ser controlada com uma prática coerente de precedentes. Entende-se que tal conceituação não descreve

adequadamente o papel normativo dos princípios, dificultando, inclusive, o fechamento das cadeias mutualísticas de sentido entre precedentes e normas principiológicas que o próprio autor admite existir.

Ora, se os precedentes são essenciais para a delimitação das fronteiras de sentido dos princípios e se devem se expressar com coerência e integridade, como se poderia supor que as normas principiológicas proporcionam uma margem de interpretação ampla ao aplicador, capaz de levar-lhe a conteúdos normativos diversos? Por essa razão, conjuga-se a forma de visualizar e compreender o precedente de Bustamante com a conceituação principiológica fornecida por Streck, pela qual, vinculando o conceito de princípio ao da tradição gadameriana, aquele é compreendido como um elemento de fechamento de sentido do sistema, isto é, os princípios limitam os sentidos que os precedentes poderão tomar, na medida em que mergulhados na tradição em que o direito encontra-se.

Para Streck (2010), regras e princípios não são espécies normativas apartadas, como ocorre em muitas abordagens não positivistas, mas, sim, dimensões distintas de uma norma. Afirmar-se que, por trás de cada regra, há um princípio jurídico que a fundamenta e a conforma ao mundo prático. A abertura proporcionada pela dimensão principiológica é informadora de todas as regras do ordenamento. No processo aplicativo, não se deixa de aplicar uma regra para aplicar um princípio e vice-versa; necessariamente, os dois são mobilizados numa aplicação, interagindo dentro do círculo hermenêutico. Contudo, os princípios não são valores; supera-se a visão axiológica de sua natureza para dotá-los de um cariz deontológico, delimitador da história institucional do direito e originado de um modelo de sociedade resultante de um processo histórico da comum-idade.

Conjugando o novo conceito de princípio com a visão de tradição da hermenêutica filosófica, essa dimensão normativa é enxergada tanto como abertura do sistema jurídico positivo para a facticidade da vida quanto como limitação à possibilidade de dizer qualquer coisa sobre as deontologias presentes nesse mundo. Em oposição ao afirmado por certas doutrinas pós-positivistas, não seria o princípio somente um *locus* de abertura do direito a critérios metajurídicos ou axiológicos. A vinculação dos princípios à tradição

molda seu sentido, impedindo que sejam interpretados das mais variadas formas possíveis. Aí repousa seu papel de fechamento do sistema autônomo do direito (STRECK, 2009).

Assim, à dimensão argumentativa sublinhada por Bustamante (2012) na caracterização da relação entre princípios e precedentes, junta-se a dimensão hermenêutica fornecida pela compreensão dos princípios como tradição. A prática pós-positivista, calcada na possibilidade de complementação do sentido das normas no ato de aplicação e incorporadora de componentes tidos até então como extrajurídicos (moral, economia, filosofia), vislumbra os precedentes e princípios como mecanismos de controle à instabilidade do sistema. A partir desta relação, pode-se afirmar existir no NCPC, ao contrário do código antigo, um horizonte hermenêutico bem delineado de onde os operadores do direito podem colher referenciais de sentido para proporcionar ao jurisdicionado uma aplicação coerente e íntegra(da) do direito.

A importância dada aos posicionamentos jurisdicionais das cortes é tal que, nos parágrafos seguintes, o código adota uma série de mecanismos para qualificar a feitura do direito judicial. Muito embora não seja objetivo direto deste trabalho estudar as problemáticas da democratização da formação da decisão judicial (§ 2º, que institui a possibilidade de audiências públicas) ou os mecanismos que lidarão com as consequências das mudanças das teses jurídicas (§ 3º, contendo a modulação dos efeitos), pode-se afirmar que os parágrafos restantes são consectários da filosofia constante nas primeiras linhas do artigo, isto é, revelam a preocupação do legislador de que a maior importância dos precedentes seja acompanhada de mecanismos que não promovam somente a construção interna, dentro do Judiciário, das teses jurisdicionais, mas que possibilitem a permeabilização desse novo espaço de formação de sentido das normas também à sociedade.

5 CONCLUSÃO

A investigação do recém-nascido Código de Processo Civil assentou, de início, que o diploma abraça as teses da presença tanto de uma dimensão

argumentativa quanto de uma dimensão hermenêutica para as decisões. A análise demonstrou que o código, para além de assumir as questões do trabalho, aposta na presença dessas duas dimensões como freios à discricionariedade.

A um, com a imposição dos ônus argumentativos do § 1º do art. 489, dota de racionalidade a fundamentação das decisões. Esse preceptivo, em verdade, preenche o próprio dever de fundamentação exposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. É dizer, a violação dos deveres expostos no § 1º do art. 489 do NCPC representa necessariamente a violação do dever de fundamentação esculpido na norma constitucional.

A dois, com uma virada paradigmática na forma como percebe o direito produzido pelos juízes e tribunais (súmulas, precedentes, jurisprudência), concede as bases para uma aplicação coerente e íntegra do ordenamento. Não se pode dizer que o código de 1973, mesmo com as modificações sofridas recentemente, representava a consolidação de um horizonte hermenêutico bem definido para a aplicação do direito, pois não há nele referenciais em que se podem colher tradições interpretativas coerentes dentro do sistema.

Comprovou-se que os dispositivos do NCPC, por sua vez, ressignificaram o papel das súmulas vinculantes e dos precedentes. Estes se encontram hoje mergulhados numa tradição inautêntica, isto é, em vez de tais institutos informarem fundamentos, razões ou argumentos para as decisões, hoje são içados à natureza de conclusões dotadas de autoridade e submetidos a uma lógica subsuntiva ou positivista de utilização. Com as precauções e prescrições que o novo código adota, tende-se a localizar tais categorias em papéis nos quais servirão aos julgadores de uma forma reflexiva e dialógica, focadas nas razões que levaram às suas edições. É dizer, é o fundamento das súmulas e precedentes que importa, não as conclusões que encerram. Esse movimento representa o avanço das súmulas e precedentes brasileiros, agora conectados, a um paradigma pós-positivista do *common law*, sedimentando-se o caminho para que eles possam contribuir para dotar o sistema jurídico de integridade, institucionalizando uma tradição em seu seio.

Apontou-se, ainda, certa timidez do código quanto à reverência a algumas categorias de precedentes, pois poderia ter dotado de mais força

vinculante decisões tomadas em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal e mesmo as decisões que uniformizam a interpretação de lei federal exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais medidas estariam, assim entende-se, mais afinadas com o próprio interesse do diploma de promoção da força do direito judicial e da vontade de dotar o sistema judicial de coerência e integridade.

Ainda assim, a prática pós-positivista, calcada na possibilidade de complementação do sentido das normas no ato de aplicação e incorporadora de componentes tidos até então como extrajurídicos (moral, economia, filosofia), vislumbra os precedentes e princípios como mecanismos de controle à instabilidade do sistema. A partir dessa relação, pode-se afirmar existir no NCPC, ao contrário do código antigo, um horizonte hermenêutico bem delineado do qual os operadores do direito poderão colher referenciais de sentido para proporcionar ao jurisdicionado uma aplicação coerente e íntegra(da) do direito, bem como mais distante das perigosas liberdades concedidas por uma concepção de aplicação discricionária do fenômeno jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Madrid: Trotta, 2001

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Juízes contra do dever de fundamentação: a “altura dos tempos” do judiciário. **Revista Jurídica Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/07/juizes-contra-o-dever-de-fundamentacao-altura-dos-tempos-judiciario/>>. Acesso em: 8 mar. 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA MAGISTRATURA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Legislador não pode reduzir conceito de fundamentação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: _____.

Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional:** temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria do Precedente Judicial:** A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012. v. 1. 610p.

_____. **Principles, precedents and their interplay in legal argumentation:** how to justify analogies between cases. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1593606>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

_____. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. esp., p. 299-325, 2013.

_____ (Coord.). **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In: CATTONI, Marcelo. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro, 2007.

COELHO, André. **Exposição e crítica de Ronald Dworkin:** a hipótese estética. 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/10/exposicao-e-critica-ronald-dworkin.html>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO NOVO CPC.

Exposição de motivos. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 9 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas nacionais para 2015 aprovadas no VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário.**

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-cnj/2015/Metas_Nacionais_aprovadas_no_VIII_Encontro.pdf>. Acesso em: 9 maio 2015.

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

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

JALES, Túlio de Medeiros. Fundamentação das decisões e limites da interpretação/aplicação das normas. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 146-172, maio/ago. 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo.** Manuscritos desenvolvidos para apoio à disciplina de mesmo nome no ano 2011-2012 lecionada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Clarendon, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade.** 2010. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files/_O%20

Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx>.

Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

MULLER, Friedrich. **Strukturierende Methodik**. 6. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1994.

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

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Súmula vinculante** – o desafio de sua implementação. São Paulo: MP, 2008.

NUNES, Dierle. Novo CPC: fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário. **Revista Jurídica Justificando**, 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Entrevista. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo et al. **Processo legislativo e controle de constitucionalidade**: as fronteiras entre o direito e a política. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil/CEBRAP, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Reclamação n. 1987. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 maio 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso em Mandado de Segurança n. 44.510/GO. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, p. 162-185, 2008.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema das discricionariedade dos juízes. **Revista Anima**, v. 1, p. 383-413, 2010.

TRAVINCAS, **Tradição, coerência (e discurso?)**: elementos para uma interpretação correta do direito em Ronald Dworkin. São Luís, 2007. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Amanda_Thome.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2012.

Correspondência | Correspondence:

Túlio de Medeiros Jales

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.

Fone: (84) 3215-3487.

Email: tulio_jales@hotmail.com

Recebido: 15/06/2015.

Aprovado: 15/08/2015.

Nota referencial:

JALES, Túlio de Medeiros. Novo Código de Processo Civil e fundamentação da decisão judicial: horizontes argumentativo e hermenêutico. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 3, p. 261-301, set./dez. 2015. Quadrimestral.