

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO

DÉBORA MOREIRA CAPORLÍNGUA

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO, EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO
BRASIL

Rio Grande
2015

Débora Moreira Caporlândia

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO, EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO
BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel, pelo Curso
de Direito, da Universidade Federal do Rio
Grande – FURG.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca
Ferreira.

Rio Grande
2015

Débora Moreira Caporlândia

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO, EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO
BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel, pelo Curso
de Direito, da Universidade Federal do Rio
Grande – FURG.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

Examinador: Prof. Dr. Francisco José Soller de Mattos.

Examinador: Prof. Me. Valdenir Cardoso Aragão.

Rio Grande
2015

A Deus, por iluminar meu caminho, por me abençoar durante a vida e por ser minha
fortaleza em momentos de angústia.

Aos meus pais, por todo o amor sempre dedicado, pelo incentivo, auxílio e
confiança.

Aos meus avós (*in memorian*) pelo amor e carinho.

À minha irmã (*in memorian*).

AGRADECIMENTOS

A Deus, aos Santos de quem sou devota e à Mãe Iemanjá, por iluminarem meu caminho, por serem a luz que me dá sabedoria para eu compreender as dificuldades, assim como a luz que me dá força, coragem e calma para me permitir seguir em frente sempre.

À Universidade Federal do Rio Grande (FURG), pelo ensino público, gratuito e de qualidade que me foi proporcionado durante os seis anos de curso, que me possibilitou o crescimento intelectual e grandes aprendizados.

À minha mãe, pelo amor incondicional, pelo carinho, pela preocupação, pelo apoio imensurável desde que eu entrei para maternal, até hoje durante o último ano da faculdade, por todo o incentivo, por acreditar em mim, pela ajuda sem tamanho, pela paciência, por estar sempre ao meu lado, por ser sempre a primeira a torcer e vibrar por mim em todos os momentos da minha vida. Enfim, por dedicar toda a sua vida a mim, fico sem palavras para expressar, todo o agradecimento seria pouco.

Ao meu pai, por todo o amor, por me proporcionar todos os meios para estudar e realizar meus sonhos, por todo o cuidado, pela paciência, pelo incentivo e por fazer tudo para me ver feliz.

À minha família, principalmente minha tia Nágila Caporlândia Giesta, por me acompanhar desde o início da faculdade.

Ao meu orientador, professor Dr. Rafael Fonseca Ferreira, excelente professor, pela confiança ao aceitar me orientar, pela paciência durante a orientação, pelo auxílio e por todo o conhecimento passado.

À advogada Simone Soares, por me proporcionar meu primeiro estágio, meu primeiro contato com a prática e por sempre torcer pelas minhas vitórias, estando sempre de portas abertas.

Ao Dr. Luís Antonio Saud Teles – Juiz de Direito – exemplo de profissional, pela paciência em sempre me ensinar, pelo conhecimento passado e pela confiança em permitir acompanhá-lo nas audiências já no início do curso. À Dra. Dani Accorsi Teles – Defensora Pública – pela oportunidade que me concedeu em estagiar na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, por todo o aprendizado que me foi propiciado e pela confiança.

À amiga Camila Ribeiro Jorge, sempre querida, que me auxiliou durante a faculdade, tanto com materiais que precisei, como pela paciência em me ouvir e ajudar. À Camila Gomes Marcelino, por todos os materiais enviados.

Às minhas amigas e aos meus amigos que me acompanharam durante a faculdade, que sempre torceram pelo meu crescimento e estiveram ao meu lado, mesmo em momentos difíceis.

A todos os amigos e amigas que a faculdade me permitiu conhecer, somar aprendizados, diminuir angústias, dividir anseios e multiplicar bons momentos.

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o dever de fundamentação das decisões judiciais exsurge como direito fundamental a uma prestação jurisdicional adequada democraticamente. Ocorre que, na prática, uma decisão judicial não indica de maneira suficiente os motivos (jurídicos) que a orientam, revelando uma dependência ao protagonismo judicial (sujeito), em detrimento da democraticidade. Trata-se de uma herança instituída pelo Código de Processo Civil – elaborado sob o regime autoritário e ainda vigente –, em que as decisões judiciais são regidas pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado dos juízes. De maneira geral, o presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo demonstrar as diferenças entre a exigência de fundamentação das decisões judiciais e o livre convencimento motivado dos juízes, sob a ótica hermenêutica, a fim de evidenciar que a aproximação entre os princípios mencionados acarreta na discricionariedade judicial, que fragiliza o Direito e a democracia. Isso porque, ao reduzir a fundamentação das decisões judiciais ao “livre convencimento motivado” dos juízes, faz-se uma leitura superficial do art. 93, IX, da CF, ou seja, admite-se que os juízes julguem conforme seu entendimento pessoal. Entretanto, a fim de ingressar efetivamente no paradigma da intersubjetividade e superar essa problemática, deve-se entender que uma decisão judicial não pode ser resultado de uma vontade pessoal de um indivíduo isolado. Decidir dessa forma seria acreditar na discricionariedade judicial e suportar as suas consequências para o Direito e o enfraquecimento do atual Estado. Por isso, faz-se necessário solucionar a discricionariedade judicial, tão recorrente atualmente, estudando uma Teoria da Decisão Judicial, bem como deixando clara a importância da distinção entre os princípios, a fim de buscar a democracia judicial. Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método fenomenológico-hermenêutico. Para iniciá-la, valeu-se do método histórico. Após, foi usado o método empírico, por meio da apreciação da maneira como os juízes “justificam” suas decisões nos tribunais atualmente e quais as consequências desse comportamento ao Judiciário e ao Estado Democrático. Por fim, as técnicas de pesquisa tratam da documentação direta e indireta. Quanto à primeira, há a pesquisa documental, através do estudo de legislações, como a Constituição Federal, Código de Processo Civil de 1973 e Novo Código de Processo Civil. Por último, a documentação indireta foi utilizada para a realização da crítica,

pois o trabalho foi desenvolvido através de análise bibliográfica em doutrinas, revistas e periódicos científicos.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões. Livre convencimento. Discricionariedade. Democracia judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	14
1.1 O contexto histórico-político de inserção dos princípios na legislação brasileira.....	14
1.2 O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais X Princípio do Livre Convencimento Motivado.....	25
2 O ATO DE “JUSTIFICAR” DECISÕES PELOS JUÍZES – A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	32
2.1 Uma síntese preliminar.....	32
2.2 A problemática da discricionariedade judicial – favorecida pelo modo de decidir “justificando”: uma crítica hermenêutica a partir da Constituição de 1988.....	36
2.3 O caráter democrático do Direito e a autonomia da Constituição para a solução da discricionariedade judicial.....	42
3 SOLUÇÕES À PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DA HERMENÊUTICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	47
3.1 O novo Código de Processo Civil e a consagração do dever de fundamentação das decisões judiciais.....	47
3.2 A proposta de Lenio Streck de uma Teoria da Decisão como combate à discricionariedade judicial.....	53
3.3 A efetiva realização da “fundamentação” das decisões judiciais e a concretização da democracia judicial como solução – à luz da hermenêutica – à problemática da discricionariedade judicial.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

Desde o século XIX, quando do surgimento dos positivismos jurídicos, sempre esteve presente a discricionariedade judicial, prática em que o intérprete dispõe dos sentidos do direito, como se fosse proprietário desses¹ e, assim, decide cada caso “conforme seu entendimento”. Entretanto, tal técnica fez com que surgissem diferentes soluções para casos semelhantes, senão idênticos, acarretando diversas consequências ao direito e ao Estado Democrático de Direito, além de trazer insegurança jurídica aos cidadãos e descrédito no Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, adveio à legislação pátria, o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX). Esse dever de justificação é a condição de possibilidade de uma decisão², é o que a limita, estando ligado ao direito fundamental de um processo equitativo³.

Ocorre que, muitas vezes, uma decisão judicial não indica de maneira suficiente os motivos (legais) que a fundam, assim alargando a fundamentação ao livre arbítrio dos juízes e, por consequência, trazendo consigo rastros da discricionariedade judicial dos positivismos jurídicos do início do século XX, prática esta incompatível com a atual realidade do Estado Democrático do Direito. Isso se dá diante do indício deixado pelo Código de Processo Civil – elaborado sob o regime autoritário e ainda vigente no regime democrático –, em que as decisões judiciais são regidas pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado dos juízes (art. 131)⁴.

Não só os intérpretes fazem essa associação entre os dois princípios, mas também, a própria doutrina – conforme se pôde observar ao longo dos anos de faculdade –, que concebe margem de discricionariedade para as decisões judiciais, muitas vezes definindo a sentença como sentir; fruto da consciência do julgador; sentença como ato de vontade, entre outras expressões. Essa discricionariedade

¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 69.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. STRECK, Lenio Luiz... [et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1325.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 321.

⁴ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhes formaram o convencimento.

judicial está ligada à subjetividade, ao esquema sujeito-objeto tratado no paradigma da filosofia da consciência. Entretanto, este já foi há muito superado no plano filosófico.⁵

Diante disso, o problema enfrentado durante a pesquisa é a investigação se o princípio do livre convencimento motivado dá conta do dever de fundamentação das decisões judiciais. Através dessa questão, tem-se a hipótese de que o “livre convencimento motivado” não é o mesmo que “fundamentação da decisão”, uma vez que, a partir da perspectiva normativa desse segundo princípio, o juiz não pode se convencer por qualquer motivo, mas deve afirmar com base em razões – intersubjetivamente sustentáveis – que ele decidiu desta e não daquela forma⁶.

No universo processual, ao reduzir a fundamentação das decisões judiciais ao “livre convencimento motivado” dos juízes, faz-se uma leitura superficial do art. 93, IX, da CF, ou seja, admite-se que os juízes julguem com ampla liberdade de conformação. Entretanto, a fim de ingressar efetivamente no paradigma da intersubjetividade e superar essa problemática, deve-se entender que uma decisão judicial não pode ser resultado de uma vontade pessoal de um indivíduo isolado.

De forma geral, a pesquisa tem como objetivo demonstrar as diferenças entre a exigência de fundamentação das decisões judiciais – prevista no art. 93, IX, CF – e o livre convencimento motivado dos juízes ao prolatá-las – princípio previsto no art. 131 do CPC –, sob a ótica hermenêutica, a fim de evidenciar que a equivocada aproximação entre os princípios mencionados acarreta na discricionariedade judicial e na conseqüente fragilização do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o trabalho justifica-se pela necessidade de debater acerca da fundamentação das decisões judiciais no atual Estado Democrático de Direito, principalmente, no que se refere à atribuição dessa fundamentação ao livre convencimento dos juízes, que está se tornando uma prática comum no Poder Judiciário atualmente, ocasionando diversas conseqüências a esse e ao próprio Estado, conforme já mencionado.

Diante dessa problemática instigante, foi pensado o tema desta pesquisa. Este estudo justifica-se pela importância de comprovar o fatalismo que constitui o fato de deixar a fundamentação das decisões judiciais ao livre convencimento dos

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 34/38.

⁶ Id. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 319.

juízes, uma vez que “transforma juízes em legisladores”⁷, bem como os sentidos são reduzidos às concepções de um sujeito, de um protagonista, que é o intérprete.⁸

Desse modo, compreende-se a importância de discutir acerca da limitação do poder do intérprete da lei ao fundamentar as decisões judiciais. Além disso, diante da necessidade da superação das práticas discricionárias no contexto do Judiciário, é importante que se estude a criação de uma Teoria da Decisão Judicial – construída por Streck – com base na hermenêutica como solução do problema.⁹

Isso se dá em razão de que não se trata de escolher uma melhor interpretação/ resposta/ solução entre várias existentes. A hermenêutica possibilita o encontro de uma resposta adequada com a Constituição, ou seja, a “resposta hermeneuticamente correta” para o caso e seus semelhantes. Essa resposta deve estar devidamente justificada.¹⁰ Logo, é imprescindível buscar uma solução, com alicerce na diferenciação entre os princípios em estudo e na importância do cumprimento do dever de fundamentação, para que este seja efetivamente observado e, conseqüentemente, seja alcançada a democracia judicial. O contrário seria sustentar o enfraquecimento do Direito e do Estado.

Dessa forma, o presente trabalho de conclusão de curso foi dividido em três capítulos. Inicialmente, realizou-se uma desconstrução histórica dos distintos contextos em que o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio do Livre Convencimento Motivado foram incluídos no ordenamento jurídico brasileiro. Após, foram conceituados e explanados doutrinariamente os princípios a serem estudados, bem como analisadas as diferenças entre o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais e o Princípio do Livre Convencimento Motivado, ou seja, foi demonstrada a distinção entre a fundamentação e a justificação; entre uma decisão e uma escolha, considerando que esses termos são muitas vezes confundidos pelos juízes, sendo o primeiro princípio mencionado mitigado pelo segundo. Assim, comprovou-se a gestão dos juízes ao “justificar” uma decisão judicial.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e abril/2010. p. 95.

⁸ Ibid., p. 95-96.

⁹ Id. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 106.

¹⁰ Ibid., p.107.

No capítulo seguinte, problematizou-se o livre convencimento dos juízes (discricionariedade judicial), o modo como os juízes “justificam” suas decisões, e suas implicações nas decisões judiciais e no Estado Democrático de Direito.

Além disso, buscaram-se as primeiras soluções à problemática da discricionariedade judicial, através de uma análise de cunho hermenêutico, com o intuito de compreender o surgimento do preceito de que as decisões judiciais são fundamentadas sob o livre convencimento dos juízes, desvendando suas consequências e, como uma delas, discutiu-se a maneira com que a redução do ato de julgar à consciência dos magistrados fragiliza o Poder Judiciário e, portanto, o Estado Democrático de Direito.

No último capítulo, traçaram-se caminhos para solucionar a problemática que envolve o trabalho. Para tanto, primeiro realizou-se um paralelo entre o antigo CPC – que trazia em seu texto o Princípio do Livre Convencimento Motivado – e o novo CPC, que suprimiu o princípio e trouxe a necessidade de coerência e integridade das decisões – ideal de Dworkin – à jurisprudência dos tribunais, além de outros artigos que reafirmam a necessidade de fundamentação das decisões. Após, apresentou-se uma possível Teoria da Decisão Judicial construída por Streck. Por último, fez-se indispensável compreender a necessidade da fundamentação das decisões judiciais e de que forma se dá a efetiva fundamentação. Através dessa compreensão, buscou-se, mediante construção hermenêutica, uma possível solução para combater a discricionariedade e, por consequência, alcançar a democracia judicial.

Dessa forma, a pesquisa se deu através do método fenomenológico-hermenêutico, especialmente a partir das influências de Lenio Streck e a introdução da hermenêutica filosófica no/ do Direito. Como uma crítica à ausência de reflexão acerca de dogmas como o próprio Princípio do Livre Convencimento Motivado.

Por fim, as técnicas de pesquisa constituíram-se da documentação direta e indireta. Na primeira, houve a pesquisa documental, através do estudo de legislações – Constituição Federal, Código de Processo Civil de 1973 e Novo Código de Processo Civil, entre outros. Por sua vez, na documentação indireta, para a realização da crítica, o trabalho foi desenvolvido através de análise bibliográfica em doutrinas, revistas e periódicos científicos.

1 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1 O contexto histórico-político de inserção dos princípios na legislação brasileira

Nas fases iniciais do Brasil Colônia, após o descobrimento em 1500, houve a primeira menção ao Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais no território brasileiro, nas Ordenações Afonsinas – que vigoraram pouco mais de duas décadas. Após, nas Ordenações Manuelitas, em 1521/1603, houve previsão expressa de que os juízes deveriam motivar suas decisões, sob pena de multa.¹¹

Entretanto, o princípio passou a ser destacado através das Ordenações Filipinas, de 1603, que vigoravam no Brasil por um longo período. Inicialmente, devido à metrópole portuguesa e, após a Independência do Brasil, em 1822, as Ordenações foram incorporadas pelo Brasil através do Decreto de 20 de outubro de 1823.¹² Nesse período, a fundamentação foi inserida na legislação como orientação técnica para os magistrados, com intuito exclusivo de possibilitar a recorribilidade pelas partes envolvidas. Não havia qualquer nulidade em caso de não atendimento ao princípio, uma vez que esse consistia apenas uma observação para que os magistrados expusessem suas razões decisórias, para as partes fundamentarem possíveis recursos.¹³

Após, com a edição da Constituição de 1824, no governo de D. Pedro I, houve referência ao princípio¹⁴, com clara intenção de conceder garantias

¹¹ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Altas de Processo Civil/ Coordenação Carlos Alberto Carmona.) p. 92/93.

¹² “E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, **mandamos** que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não sejam, **declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.**” (sic.) Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em 1º de julho de 2015.

¹³ FILARDI, Hugo. **Motivação das Decisões Judiciais e o Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 31.

¹⁴ “Que os juizes mór alçada de qualquer qualidade, natureza e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificamente as razões e fundamento das mesmas.” (sic.)

processuais aos súditos, a fim de acabar com abusos ocorridos no foro naquela época.¹⁵ Posteriormente, em 1850, o Governo Imperial organizou o primeiro Código Processual elaborado no Brasil, denominado Regulamento 737/1850, que também trouxe a fundamentação das decisões judiciais no artigo 232 do seu texto¹⁶. Esse Regulamento, ao mencionar expressões como “clara” e “precisão”, demonstrou a tentativa de colocar obstáculos a decisões arbitrárias.

Monteiro¹⁷, analisando a normatização da motivação das decisões judiciais à época, já buscava legitimá-las a razões de ordem política e de afastamento de uma tutela estatal arbitrária, afirmando que a opinião pública tem o direito de conhecer as razões pelas quais os magistrados alcançam suas decisões no processo de subsunção da norma ao caso concreto.¹⁸

Na nova Constituição, de 1891, foi determinado que cada Estado da Federação deveria editar suas normas específicas de cunho processual. Logo, cada Estado acabou por criar normas voltadas para suas peculiaridades regionais e, em consequência das políticas de oligarquias de proprietários rurais, foram criados códigos com privilégios aos detentores do poder político e com restrição de direitos fundamentais aos demais.¹⁹ Com isso, afastou-se o princípio da fundamentação das decisões judiciais das legislações e fez com que as decisões dependessem do “convencimento” de um sujeito individual, dos magistrados. Em outros termos, com a introdução do livre convencimento dos juízes, a fundamentação das decisões passou a se dar através da convicção pessoal dos julgadores acerca do caso, não mais por meio da lei.

Mais tarde, em 1934, novamente adveio outra Constituição²⁰, que representou uma esperança na volta à democracia no país, uma vez que se

¹⁵ FILARDI, Hugo. **Motivação das Decisões Judiciais e o Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 31.

¹⁶ Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, **motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.** (*sic.*)

¹⁷ MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1956. T.2. p. 592.

¹⁸ FILARDI, op. cit., p. 32.

¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

²⁰ A Constituição de 1934 nasceu dos ideais da Revolução de 30 e 32. A primeira, que possuía ideias liberais em política, rompeu com a República Velha – que vigia desde a Proclamação da República, em 1889 –, com o coronelismo e a política do café com leite entre Minas Gerais e São Paulo, sobrevivendo o propósito de revisão geral das leis do país. Já, a Revolução Paulista de 32 não possuiu uma causa bem identificada, porém, diz-se que seja pela ameaça da nova economia industrial contra os fazendeiros do café – época em que a economia agrário-exportadora estava sendo substituída pelo desenvolvimento industrial – ou por motivos políticos regionais, após a Revolução de 30.

inspirava nos ideais da Revolução de 30: justiça e representação de um lado e, por outro, a constitucionalização do país. Ademais, reinstalou o sistema da unidade processual para todo o Brasil, atribuindo à União a competência para legislar sobre a matéria de processo. Entretanto, mais uma vez ficando de fora o dever de fundamentar as decisões judiciais. Além de não ser mencionado na Constituição, o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais foi, mais uma vez, mitigado pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado, assim como nas legislações Estaduais elaboradas sob a égide da Constituição anterior, mas agora sendo inserido na legislação pátria.

O Brasil começava a caminhar em direção à democracia, falava-se em República Velha e República Nova. Entretanto, em 10 de novembro de 1937, foi outorgada nova Constituição por Getúlio Vargas – chefe do Governo Provisório desde 1930, quando da tentativa frustrada do golpe de estado por Júlio Prestes, presidente eleito. Esta Constituição representou um verdadeiro retrocesso à democracia do país, uma vez que sua principal característica era a concentração de poderes nas mãos do Chefe do Executivo.

Nesse cenário político nasce, então, na legislação brasileira, o Princípio do Livre Convencimento Motivado, através do artigo 118 do Código de Processo Civil de 1939²¹, aprovado pelo Decreto nº 1.608/39, entrando em vigor somente no ano seguinte.

O princípio trata-se de consequência da política autoritária imposta ao país no regime ditatorial. Além disso, adveio num contexto de intensificação do poder regulatório do Estado nas primeiras décadas do século XX – principalmente entre 1930 e 1940 –, com o surgimento do positivismo normativista. O positivismo normativista colocou em primeiro plano o problema da indeterminação do sentido do direito²², uma vez que permitiu a interpretação segundo a convicção pessoal dos magistrados, trazendo a discricionariedade às decisões judiciais – objeto de estudo no capítulo seguinte.

²¹ Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

Conforme afirma De Plácido e Silva, o sistema adotado pelo Código de Processo Civil da época é o da persuasão racional, ou da livre convicção, uma vez que a tendência da época, em todas as legislações, era no sentido da liberdade dada ao juiz para apreciação das provas²³. O Código de Processo baiano – que foi formulado antes da unificação da competência para legislar sobre processo – já havia materializado o princípio.

Entretanto, segundo o mesmo autor, a livre convicção não era absoluta, não sendo permitido que os juízes decidissem arbitrariamente e em oposição à realidade dos fatos. Para impor limites à decisão, havia a necessidade de indicação dos fundamentos das decisões judiciais – que seria a justificação do convencimento dos magistrados –, inserido no parágrafo único do artigo 118 do mesmo diploma legal, bem como no artigo 685 do Código de Processo nacional²⁴, antes registrado no artigo 232 do Regulamento 737/1850, conforme será estudado a seguir.²⁵

Por sua vez, na jurisprudência, acerca do princípio do livre convencimento motivado, os ministros afirmavam que os juízes deveriam justificar seu entendimento ao proferir a decisão final²⁶, bem como relatavam sobre o princípio:

Êste (*sic*) dispositivo estabelece ao juiz uma regra de hermenêutica que é a apreciação da prova, deixando ao seu livre arbítrio o seu convencimento (Ac. Unân. Da 2ª Turma do S.T.F., de 5-I-43, rel. min. JOSÉ LINHARES, *in* ap. do *D.J.* de 13-VII-43, pág. 2.912).²⁷

O livre convencimento do juiz tem como encerramentos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que inalegados, e que não impede, com a mesma demarcação, a aceitação, no juízo *ad quem*, a escolha de critérios diversos na apreciação das mesmas provas. (...) (Ac. Unân. Da Turma julgadora do T. A. do Ceará de 17-IV-44, na apel. Nº 2.962, rel. des. FELICIANO DE ATAÍDE, *in Rev. de Julgs.e Decs.*, vol. 1º, pág. 235).²⁸

Desse modo, verifica-se que a decisão era tratada como uma escolha, que, após, os magistrados justificavam-na, apresentando os motivos de terem escolhido (se convencido) daquela forma. Além disso, embora a “escolha” fosse limitada pela “justificação do convencimento” para evitar arbitrariedades, não havia nenhum

²³ DE PLÁCIDO E SILVA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1º vol. (Arts. 1º a 160). 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 293.

²⁴ Art. 685. A faculdade de livre convencimento não exime o juiz do dever de motivar a decisão, indicando as provas e as razões em que se fundar.

²⁵ DE PLÁCIDO E SILVA, *op. cit.*, p. 294.

²⁶ PAULA, Alexandre de. **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência**. 2ª ed. ampl. e refundida. Vol. II (arts. 68 a 143). Revista Forense, 1958. p. 826.

²⁷ *Ibid.*, p. 819.

²⁸ *Ibid.*, p. 821.

dispositivo legal com a obrigação de fundamentar as decisões com base na lei, isto é, a fundamentação (chamada de motivação) referia-se ao convencimento pessoal (subjetivo) dos magistrados. Conforme demonstram as decisões:

O art. 118 impõe ao juiz a obrigação de indicar na sentença os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. Comentando êsse (*sic*) dispositivo, assera CARVALHO SANTOS: “essa exigência revela bem que o intuito do legislador foi restringir a liberdade do juiz, na formação de sua convicção, à apreciação dos fatos e circunstâncias que constarem nos autos (Código de Processo Interpretado, vol. 2º, 1940). (...). (Ac. do S.T.F., de 8-I-42, rel. min. ANÍBAL FREIRE, *in ap.* do *D.J.*, de 7-VII-42, pág. 1.836).²⁹

Não têm os julgadores poderes absolutos ao decidir por livre convencimento, devendo êste (*sic*) ser haurido nos elementos probatórios constantes nos autos. Daí resulta que, não encontrando provas, que contradigam o laudo pericial, não há por que deixar de aceitar o arbitramento por ele feito (Ac. Unân. Da Câm. Cív. Do T.A. da Bahia de 21-VI-44, na apel. Nº 8.287, rel. des. EUVALDO LUZ, *in Revista Forense*, vol. 102, pág. 109; *Rev. Dir. Adm.*, vol. 1º, pág. 585).³⁰

O princípio estabelecido no art. 118 do Cód. de Processo não apresenta em si mesmo a possibilidade de um julgamento inteiramente livre, baseado tão só nos dados imediatos da convicção, onde agisse o juiz apenas por suas razões pessoais, desprezando o conteúdo das provas, para se cingir a uma apreciação de conjunto, bebida em sua ciência particular ou ainda, na notoriedade do fato. Por isso mesmo exige o parágrafo único do citado art. 118 que o juiz indique na sentença os motivos determinantes do seu convencimento. (...) (Ac. unân. Da 1ª Câm. Cív. do T.J. da Bahia de 8-VI-48, na apel. nº 0.308, rel. des. ADERBAL GONÇALVES, *in Rev. dos Tribs.*, Bahia, vol. 40, pág. 36.).³¹

Assim sendo, superados os comentários acerca da inserção do princípio do Código de Processo Civil de 1939, no mesmo ano da promulgação do Código de Processo Civil, iniciou-se a Segunda Guerra Mundial, a qual perdurou até 1945, período também em que Getúlio Vargas é deposto, e o Brasil entra em um processo de redemocratização, na denominada República Populista. Um ano depois, em 18 de setembro de 1946, é promulgada nova Constituição, que retornou aos princípios liberais-sociais da Constituição de 1934.

Durante a vigência da Constituição de 1946, houve diversos acontecimentos que deixaram o governo democrático em grande turbulência, os quais não perfazem o objetivo da presente pesquisa. Assim, após essa série de ocorrências que enfraqueceram a República Populista, em 1964, com o golpe civil-militar, o governo

²⁹ PAULA, Alexandre de. **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência**. 2ª ed. ampl. e refundida. Vol. II (arts. 68 a 143). *Revista Forense*, 1958. p. 818.

³⁰ *Ibid.*, p. 820.

³¹ *Ibid.*, p. 820.

constitucional foi derrubado. O golpe militar, conforme afirma Streck “(...) representava uma reação das forças conservadoras do País ao sistema democrático vigente.”³².

Dessa forma, embora mantida, a Constituição de 1946 sofreu diversas modificações através de 17 (dezesete) Atos Institucionais, os quais a retiraram o caráter democrático. Entre as medidas repressivas, houve cassação de mandatos parlamentares, retirada dos cidadãos a eleição direta para Presidente da República, assim como suspensão de garantias constitucionais.³³ Além disso, pode-se mencionar que o “AI 2 ampliou os poderes do Governo Militar, limitando ainda mais o controle jurisdicional da legalidade/ constitucionalidade dos atos praticados em nome da Revolução, (...)”³⁴. Ainda, o Ato Institucional de nº 3 garantiu a aprovação e exclusão da apreciação judicial os atos decorrentes dos atos institucionais e complementares, desde 31 de março de 1964:

Essa interferência direta do Poder Executivo, nos temas que, em tese, deveriam estar relacionados à atuação exclusiva do Poder Judiciário, demonstra o nível de instrumentalização que o direito alcançou durante a ditadura militar. Mecanismos constitucionais instituídos no contexto europeu e estadunidense, para exercerem a necessária limitação do poder político, foram completamente distorcidos pelo estamento burocrático-militar. Na verdade, em regimes autoritários, como no Estado burocrático-militar formado em 1964, o direito perde a sua autonomia e passa a ser colonizado por decisões políticas arbitrárias que refletem apenas as vontades ou opções ideológicas de quem detém o poder.³⁵

A situação do Supremo Tribunal Federal demonstra o contexto arrasador em que o constitucionalismo brasileiro se encontrava: os ministros que não seguiam as ideologias do governo foram aposentados compulsoriamente; o controle concentrado e o difuso não operavam como mecanismos de defesa da Constituição; e, as posições políticas dos ministros se modificaram diversas vezes, pois, com frequência, os ministros assumiam posições contrárias em relação às decisões tomadas pelo Poder Executivo.³⁶

Nessas circunstâncias, o Brasil entrou em um regime de obscuridade política, que perduraria até 1985, com a eleição de Tancredo Neves para Presidente

³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 516.

³³ Ibid., p. 518.

³⁴ Ibid., p. 518.

³⁵ Ibid., p. 520.

³⁶ Ibid., p. 520.

da República. Em 1967, porém, foi promulgada a Constituição de 1967, que retirou exclusão da apreciação judicial os atos decorrentes dos atos institucionais e complementares, anteriormente concedida, e restabeleceu o controle difuso de constitucionalidade.³⁷

Em razão do contexto histórico-político – Ditadura Militar – surgiu a necessidade de reforma do Código de Processo Civil de 1939, em virtude dos graves defeitos que apresentava, decorrentes de sua aplicação. Isto porque, nos anos anteriores à elaboração do Código, a doutrina nacional estava passando por uma fase de atualização, desenvolvendo estudos de processo com a Europa e a América.³⁸

Neste momento, necessário atentar-se ao fato de que o direito brasileiro foi formulado sob tradições diferentes:

(...) essa massa informe que compõe os traços máximos do campo jurídico está assentada sobre tradições distintas que, embora remetam a uma série de elementos comuns, tais quais o direito canônico, o direito romano e o direito comum-germânico – estão fundadas em diferentes espaços de experiências, que possuem como agentes centrais ora os *juízes* (como no caso da tradição anglo-saxã), ora os *legisladores* (no caso das experiências francesas, seguidas da Bélgica e da Suíça, que acabaram por adotar o modelo de direito imposto pela codificação), ora os *eruditos/ professores*, que compõem a tradição acadêmica da ciência jurídica (ligada aos movimentos universitários vivenciados a partir de Bolonha e que encontrou seus maiores esforços de continuação no seio do ambiente universitário alemão).³⁹

Logo, no ambiente jurídico brasileiro, essas tradições estão presentes de forma difusa, sendo Códigos elaborados sob o modelo de um direito e o mesmo sendo comentado e doutrinado sob a perspectiva de outros modelos de direito, que nada têm em comum com o anterior, sem ninguém criticar a legitimidade dessa difusão.⁴⁰

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 521.

³⁸ CUNHA CAMPOS, Ronaldo. **O Direito Processual na Atualidade**. Uberaba: Editora Vitória, 1978. p. 60.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 28-29.

Em 1973, com o novo Código de Processo Civil, então, foi aperfeiçoado e mantido o princípio do livre convencimento motivado⁴¹ – bem como omitido o dever de fundamentação das decisões judiciais, mais uma vez –, devido ao regime autoritário da época, em que o direito perdeu sua autonomia e passou a ser colonizado por decisões políticas arbitrárias, refletindo apenas as vontades ou opções ideológicas de quem detinha o poder. Em outros termos, pode-se dizer que os mecanismos constitucionais que foram instituídos no contexto europeu para limitação do poder político, foram totalmente distorcidos pelo regime militar.⁴²

No Código de Processo Civil ora vigente, o princípio do livre convencimento motivado está muito ligado à prova, sendo inserido em um artigo subsequente ao que permite ao juiz determinar provas de ofício ou a requerimento das partes (artigo 130⁴³). Portanto, a doutrina, ao comentar o artigo 131 do diploma legal, discute muito a questão da produção e análise da prova, relatando a possibilidade de o juiz buscá-la se as partes não a produzirem; bem como avaliar as já produzidas de acordo com sua convicção. Ademais, a doutrina interliga o princípio em estudo ao princípio do dispositivo, da imediatidade da atuação do juiz, do ônus da prova, entre outros princípios processuais⁴⁴ – feitos para justificar a atividade parcial dos juízes – criando ao *pampricipiologismo*, conforme denomina Streck. No âmbito da jurisprudência, o princípio aparece da mesma forma que no código anterior.

O sistema da persuasão racional, mais uma vez adotado pelo Código de Processo Civil, se aproxima do sistema utilizado pela ciência da época, nas suas pesquisas e métodos de persuasão.⁴⁵ Entretanto, a doutrina sustentava que o sistema da livre convicção é “mau”, uma vez que corresponde a estruturas políticas⁴⁶. Segundo Miranda:

O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou

⁴¹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 520.

⁴³ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de Processo civil**. Rio de Janeiro, Forense; Brasília, INL, 1973. p. 378 e 384.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 381.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 380.

políticas, às suas tendências de clã ou de clube. Só em ambiente de liberdade de pensamento e de imprensa poderia dar bons resultados tal sistema. Porque então haveria a repercussão na opinião pública e a crítica técnica depuradora.⁴⁷

Todavia, da mesma forma que no código anterior, no novo se falava em limites ao princípio:

Para se obviar aos inconvenientes da livre apreciação pelo juiz (coeficiente pessoal desde o seu quadro psicobiológico até a dosagem da sua mentalidade política; não poderem as partes prever com exatidão o resultado que não de obter as suas provas, e outros mais), a lei exige: a) que o juiz fundamente o despacho, ao ordenar diligências que reputa necessárias à instrução do processo, e aquele em que indefere diligências que tem por inúteis ou manifestamente protelatórias (art. 130); b) que dê razões do seu conhecimento, analisando as provas em que se baseou e porque lhes atribuiu o valor com que foram levadas em conta (arts. 131 e 458, II e III⁴⁸); (...).⁴⁹

De sua parte, Miranda afirma que a necessidade de motivação da decisão é declinável, crescendo na mesma medida em que crescia a tese da livre apreciação. Entretanto, observa-se que a “motivação” era utilizada como norma técnica, para que o Tribunal (ou ocupante posterior do mesmo juízo) tivesse a oportunidade de reexaminar a decisão, tendo por base as premissas do anterior julgador, para que pudesse conferir a decisão e tirar sua conclusão.⁵⁰

Mais uma vez, pode-se dizer que, apesar de a “livre convicção” ser limitada pela “motivação” – para evitar arbitrariedades –, a decisão era tida como produto de uma escolha, em que os juízes optavam pela produção da prova e as analisavam conforme seu entendimento e, posteriormente, justificavam apresentando motivos (porquês) do seu convencimento. Objetivamente, não havia nenhum dispositivo legal com a obrigação de fundamentar as decisões com base na lei.

Dessa forma, averigua-se que o princípio do livre convencimento motivado foi, novamente, consequência do regime autoritário da época e, quando se fala em

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 380.

⁴⁸ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá 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.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de Processo civil**. Rio de Janeiro, Forense; Brasília, INL, 1973. p. 383 e 384.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 388.

“motivação”, trata-se do ato de justificar o convencimento dos magistrados, com intuito meramente de ordem técnica.

Posteriormente, em 1988, foi elaborada a atual Constituição, que é expressão da democracia e dos direitos fundamentais. Acerca da Constituição, comenta Streck:

O texto resultante desse complexo processo sem dúvida representou o mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil. Inspirado nas Constituições do segundo pós-guerra, o texto da Constituição de 1988 filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que tão bons frutos rendeu nos países em que foi implantado. O catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte foi positivado. A Constituição estabelece, já de início, que o Brasil é uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, trazendo explicitamente seus objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, cumprindo com as promessas da modernidade.⁵¹

Com a Constituição de 1988, adveio o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, no inciso IX do artigo 93, interligado à publicidade das mesmas, no Capítulo do Poder Judiciário. O *caput* do artigo menciona o Estatuto da Magistratura, que não possuía previsão nas constituições anteriores, sendo inserido pela Lei Complementar nº 35 de 1979.

Tradicionalmente, a razão para a inserção do dever de fundamentação das decisões judiciais na Constituição seria de ordem técnica, uma vez que se ponderava a apresentação de fundamentação para que pudesse haver precisão e delimitação na decisão, a fim de que as partes pudessem interpor eventual recurso. Embora não fosse suficiente, essa razão implica em diversas outras, uma vez que, através da fundamentação, pode-se constatar a imparcialidade de um juiz; verificar a legitimidade de uma decisão; garantir às partes a possibilidade de constatação de terem sido ouvidas (direito ao contraditório e à ampla defesa)⁵² e, também, através da fundamentação, vê-se cumprida a garantia do devido processo legal.

Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais foi elevada à garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo inserida na Constituição da República, como uma resposta (limitação de poder) frente às arbitrariedades que

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 524.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

o Brasil estava passando nas últimas décadas do regime militar. O Estado Constitucional existente desde o segundo pós-guerra (Estado Democrático de Direito) deve ser entendido no contexto da autonomização do direito, ou seja, a Constituição é a manifestação desse grau de autonomia. Tal autonomia funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que deram origem ao referido Estado, ou seja, a sua autonomia é a sua “condição de possibilidade”.⁵³

Ocorre que, considerando que os textos legislativos estão cada vez mais analíticos e de amplo controle de constitucionalidade, não pode ocorrer que essa diminuição do poder da legislação diminua a democracia, que é a questão central do Estado Democrático de Direito. Assim, “(...) para a preservação da autonomização do direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais.”⁵⁴

Devido a isso, apostando na Constituição como meio de perfectibilização da “autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção⁵⁵”, tem-se a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Isto porque é dever inerente ao Estado Democrático de Direito o cumprimento da lei (constitucional), pois este é uma das regras impostas pelo direito e, também, pela democracia, sendo a fundamentação uma maneira de limitar eventuais arbitrariedades por parte do Estado-Juiz.

Através da análise do contexto de inserção dos princípios estudados no presente trabalho, verifica-se que esses surgiram em épocas históricas totalmente distintas, senão opostas. Embora o Código de Processo Civil seja de data anterior à atual Constituição, foi recepcionado por esta, vigendo até a atualidade. Essa recepção constitui o ponto de tensão entre o livre convencimento motivado e a fundamentação das decisões judiciais, uma vez que aquele (produto do regime militar), depois da promulgação da Constituição de 1988 (marco da democracia e dos direitos fundamentais), continuou a ser tratado/utilizado da mesma forma de antes, conforme poderá ser estudado no item a seguir. Aliás, diga-se mais do que isso, pois muitas vezes são confundidos no âmbito das decisões judiciais, que

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e abril/2010. p. 163.

⁵⁴ Ibid., p. 164.

⁵⁵ Ibid.. p. 165.

constitui um paradigma ultrapassado. Por isso, faz-se necessário o estudo de ambos, conceituando-os, diferenciando-os e verificando se o livre convencimento motivado dá conta do dever de fundamentação das decisões judiciais, sob a ótica da hermenêutica.

1.2 O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais X Princípio do Livre Convencimento Motivado

Conforme já examinado, a Constituição Federal de 1988 inseriu, em seu artigo 93, inciso IX, o dever de fundamentação das decisões judiciais.⁵⁶ Trata-se de uma obrigação e, sendo um requisito essencial à decisão, a ausência de fundamentação acarreta a nulidade do ato.

Batista da Silva alega que, o fato de a exigência de fundamentação das decisões vir assegurada na Constituição Federal, entre outras razões, decorre “da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei.”⁵⁷ A omissão da fundamentação, em uma decisão, demonstra um atentado à Constituição e, por consequência, ao Estado Democrático de Direito.

Em um plano inicial, o princípio da fundamentação das decisões judiciais destinava-se unicamente aos sujeitos do processo, principalmente ao sucumbente, uma vez que, sem a fundamentação, não teria como elaborar as razões do seu recurso para impugnar a sentença. Em um segundo momento, o órgão jurisdicional competente para julgar o recurso precisa analisar os fundamentos legais da decisão recorrida para alicerçar a sua.

Entretanto, a fundamentação das decisões judiciais não possui apenas esses fins, como descreve Greco Filho:

Tem ela por finalidade assegurar precipuamente duas coisas: a coerência lógica da decisão, quer no plano fático, quer no plano jurídico, mas principalmente assegurar que a decisão tenha sido tomada com base em elementos contidos nos autos, os quais passaram pelo crivo do

⁵⁶ “Art. 93. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”;

⁵⁷ BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *apud* SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Altas de Processo Civil/ Coordenação Carlos Alberto Carmona.) p. 96.

contraditório. Se o juiz pudesse decidir por convicção íntima, ficariam aniquilados os princípios do contraditório e da ampla defesa.⁵⁸

A obrigação de fundamentar as decisões judiciais – não somente as decisões finais, mas todas do processo – é baseada “em um novo patamar de participação das partes no processo decisório”⁵⁹. Logo, considerando que a fundamentação está ligada ao controle das decisões, ela depende dessa modificação no papel das partes. Verifica-se, então, a importância da garantia ao contraditório, pois esse “passa a ser a garantia de possibilidade da efetiva participação das partes na formação da resposta judicial, (...), que deve explicitar o *iter* percorrido no processo, tornando a decisão visível e apta ao controle social-jurisdicional.”⁶⁰ Portanto, afastando a convicção íntima dos juízes nas decisões e, por consequência, o protagonismo judicial.

Ademais, complementa Neves:

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.⁶¹

Em outros termos, é a fundamentação das decisões uma garantia constitucional e a garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso, LIV, CF), pois limita o poder do juiz e legitima a atividade jurisdicional do Estado. Sendo assim, deve essa fundamentação estar baseada na legislação, devendo o juiz aplicar a lei ao caso concreto, ou seja, dar fundamentação jurídica ao caso que está analisando.

Dessa forma, constata-se que o dever de fundamentar decisões é essencial à transparência do processo democrático de aplicação das leis. Constitui-se um dever de esclarecimento, pois é a única maneira de controlar as decisões dos juízes. É mais do que uma exigência do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão – conforme o Tribunal Europeu de Direitos Humanos –, que

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. Vol 1. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**, in: Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho... [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 84.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 85.

⁶¹ Cintra-Grinover-Dinamarco, Teoria, n. 27, p. 74. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 71.

é complementado por outro, também fundamental, qual seja: o direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, isto é, uma resposta embasada apenas em pretensões juridicamente tuteladas, conforme Streck.⁶²

Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de *sentire*”, (...).⁶³

Em suma, a fundamentação é condição de possibilidade da legitimidade da decisão, que constitui elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação dos juízes e dos Tribunais, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais constitui-se em um direito fundamental.

Ocorre que, na atualidade, tanto os juízes, desembargadores, ministros dos tribunais superiores, como doutrinadores, estão limitando o dever de fundamentação das decisões judiciais ao livre convencimento motivado dos julgadores que prolatam as decisões. Em outros termos, a garantia constitucional da fundamentação das decisões está sendo mitigada e reduzida pelo princípio processual do livre convencimento dos juízes.

Nesse sentido, enuncia Marinoni:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as razões de seu convencimento.⁶⁴

Com efeito, verifica-se que a fundamentação da decisão demonstra as razões do convencimento do juiz, isto é, consiste no próprio livre convencimento motivado, embora constituam institutos totalmente diferentes, senão opostos. Ademais, fala-se em “justificar a racionalidade da decisão”, o que, em outros termos,

⁶²STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**, in: Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho... [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 86 e 1324.

⁶³ Ibid., p. 1324.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

significa que o juiz está “justificando” seu convencimento/ sua escolha e, portanto, confundindo, o ato de decidir com uma escolha pessoal do julgador, conforme discute Streck. Com isso, ocorre um deslocamento do sujeito (juiz – eu) para o Direito.

No mesmo contexto, acrescenta Theodoro Júnior: “O relatório prepara o processo para o julgamento. Mas, antes de declarar a vontade concreta da lei frente ao caso dos autos, cumpre ao juiz motivar a sua decisão.”⁶⁵ Desde já, o autor revela paradigma ultrapassado, demonstrando que a motivação não é a declaração da “vontade concreta da lei”, uma vez que a motivação vem antes de tal vontade.

Ainda, a fim de complementar sua ideia, o doutrinador continua: “Daí a necessidade de expor os fundamentos de fato e de direito que geraram sua convicção (Código de Processo Civil, art. 131).”⁶⁶ Assim, a ideia de fundamentação novamente aparece ligada à “convicção”, “convencimento”; diferente daquela fundamentação baseada na lei, que é a prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição federal.

Ocorre que, o Princípio do Livre Convencimento Motivado, que está previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, constitui-se em um instituto diverso da fundamentação das decisões judiciais.⁶⁷ Esse princípio, sim, fala em “convencimento”, o que dá margens a convicções pessoais do julgador. É, também, denominado pela doutrina como “princípio da persuasão racional do juiz”, estando situado entre o sistema da prova legal e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*. Assim expressa Araújo [et. al.]:

O primeiro (prova legal) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra prova.

(...)

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado (...), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (...) e as máximas de experiência (...).⁶⁸

⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 528.

⁶⁶ Ibid., p. 528.

⁶⁷ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. ARAÚJO, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 67/68.

De acordo com esse princípio, deve o juiz analisar as provas contidas nos autos; entretanto, cabe a ele a escolha de decidir com base nos elementos do processo ou segundo seus critérios críticos e racionais, devendo “justificar” sua “escolha” ao final. Nesse contexto, verifica-se, novamente, que a fundamentação das decisões judiciais, deixa de ser com base em argumentos legais, e passa a ser a justificação do convencimento pessoal do próprio julgador.

Consiste o princípio do livre convencimento motivado, então:

O princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo a lei e a doutrina, refere-se à possibilidade que o julgador tem de apreciar o conjunto de provas relativas aos fatos que servem como fundamento da pretensão deduzida em juízo, sem que haja valores predeterminados por lei para os meios de prova utilizados. Dito de outra forma, o princípio em questão permite ao julgador apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar diante dele, livre de prévia valoração legal, um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou a resistência dele.⁶⁹

Desse modo, sendo a fundamentação das decisões uma garantia constitucional e do devido processo legal, o limite do poder do juiz e o ato que legitima a atividade jurisdicional do Estado Democrático de Direito, deve esta estar baseada na lei, não podendo ser confundida com a convicção pessoal de julgadores, nem por essa convicção limitada – pois essa prática traz consequências sérias aos litigantes, ao Judiciário e, portanto, ao Estado Democrático de Direito. Até porque, quando da inserção do princípio do livre convencimento motivado no Código Civil, o Estado Democrático de Direito ainda não havia se constituído. Assim, verifica-se que os princípios em estudo constituem institutos diversos.

Embora conceituados e diferenciados, os princípios objetos do presente estudo são muito confundidos na atualidade, ou seja, os magistrados e Tribunais justificam suas decisões de acordo com o seu “livre convencimento”, baseando-se em experiências interiores e pessoais, passando a “justificar” suas decisões – em vez de “fundamentar” – na sua convicção pessoal, em vez da lei, que é onde reside o grande problema.

Em diversas decisões – tanto de juízes de primeiro grau, como nos tribunais dos Estados e tribunais superiores – os julgadores afirmam sua capacidade de julgar “conforme a sua consciência”, com as mais diversas – e absurdas – expressões

⁶⁹ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.22.

utilizadas: “decidem porque pensam assim”; “decido de acordo com a minha consciência de julgador e o meu entendimento pessoal, (...)”; “o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência”; “diante da sua consciência”; “decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz”; “dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, (...), atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação...”; “A decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc.) ou dos jurados (...)”.⁷⁰

Streck, ao exemplificar a questão, cita parte de um voto proferido em julgamento do Superior Tribunal de Justiça: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência.*”.⁷¹

Com o uso de tais expressões, observa-se que o julgamento do processo, em plena vigência da Constituição Federal de 1988, irá depender da consciência de um julgador, uma vez que a decisão não se dá por critérios filtrados pelo devido processo legal, mas pelo “livre convencimento” do magistrado.⁷²

Talvez, por isso se justifiquem as incertezas e a descrença na Justiça brasileira. Esta passa a ser alvo de críticas da população, pois, se cada juiz julgar conforme sua consciência, cada juízo terá seu respectivo “entendimento” acerca do caso, o que leva os litigantes ficarem “na expectativa” para que sua lide seja distribuída para o juiz que mais lhe favoreça de acordo com a situação, que tem por consequência a contribuição para a imprevisibilidade e insegurança jurídica.

Nessa seara, os julgadores parecem estar compromissados apenas com seus elementos de convicção pessoal, surgindo a imagem do juiz solipsista, isto é, aquele egoísta, que se basta em suas decisões, que decide conforme seu entendimento de mundo, o qual é baseado em experiências passadas, frustrações, personalidade. Em síntese, aquele juiz tão criticado aqui e que não (deveria ter) tem espaço no Estado Democrático de Direito.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25-29.

⁷¹ BRASIL. Alagoas. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889. Fazenda Nacional e Pedro Lourenço Wanderley e outros. Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp Nº 279.889/AL, julg. em 03/04/2011, DJ 11/06/2001, STJ.

⁷² STRECK, op. cit., p. 26.

Todavia, não são apenas os juízes solipsistas que julgam “conforme seu entendimento” acerca de cada caso, mas, também, a doutrina concede uma ampla margem de discricionariedade para as decisões judiciais, assim aborda Streck:

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa ‘metodologia’ de vários modos. (...).
(...)
(...) Essa filiação ao paradigma subjetivista já estava presente em processualistas como Moacyr Amaral dos Santos, que dizia que ‘a sentença é ato de vontade’. Já Tourinho Filho vai dizer que o juiz, através da sentença, ‘declara o que sente’, deixando explicitada a sua adesão à tese da *adeaquatio rei et intellectus*⁷³

Na doutrina brasileira, além da mitigação entre os princípios – já apresentada no presente trabalho – coaduna-se com essas dificuldades o modo pelo qual a sentença é definida, entre alguns exemplos: sentença como sentir; subjetividade judicial; fruto da consciência do julgador; ponderação de valores feita pelo juiz; razoabilidade e proporcionalidade como ato voluntário do julgador; sentença como ato de vontade, entre outros. Ocorre que essas expressões utilizadas para definir “sentença” (acima mencionadas), não são usadas pela minoria da doutrina ou autores de pouca relevância, mas pela doutrina majoritária, como: Rui Portanova, Moacyr Amaral dos Santos, Tourinho Filho, Ernane Fidélis dos Santos, Amilton Bueno de Carvalho, Antonio Carlos Wolkmer, entre outros, conforme afirma Streck⁷⁴.

A partir da denúncia desse ultrapassado paradigma histórico contado na subjetividade do sujeito, as práticas judiciais (discricionárias/ arbitrárias) conspiram contra a democraticidade do Direito e da própria prestação jurisdicional. Dessa forma, antes de buscar uma solução para esse paradigma, visa-se compreender as origens do problema e estudá-lo, bem como as suas consequências ao Estado Democrático de Direito.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 34.

⁷⁴ *Ibid.*, p.34, 36-38.

2 O ATO DE “JUSTIFICAR” DECISÕES PELOS JUÍZES – A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

2.1 Uma síntese preliminar

Antes de realizar a abordagem acerca da discricionariedade judicial – propiciada pelo fato de os juízes decidirem conforme seu “livre convencimento” – faz-se importante realizar uma breve síntese das origens dessa prática, que está interligada com a questão da linguagem no/do Direito.

Streck utiliza a obra “Crátilo”, de Platão, do ano 388 a.C. – considerada a primeira obra de filosofia da linguagem da história da humanidade –, para demonstrar a busca pelo conhecimento e pela verdade, assim como para instigar questões acerca da relação do sujeito com objeto e o papel da linguagem (verdade ou método).⁷⁵

Nele, além de Sócrates, há mais dois personagens: Hermógenes, que representa os sofistas, e Crátilo, que representa Heráclito (pré-socrático que, juntamente com Parmênides, inaugura a discussão acerca do "ser" e do "pensar", e do *logos* superando o *mythos*). Crátilo é um tratado acerca da linguagem é, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem. São contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.⁷⁶

Verifica-se que Crátilo representa o enfrentamento de Platão com a sofística, que, de acordo com as suas características discriminadas na citação acima, a verdade deixava de ser prioritária, fazendo com que o discurso passasse a depender de argumentos persuasivos. Nesse sentido, a obra de Platão demonstra que desde quatro séculos antes da Era Cristã já se discutia a “justeza dos nomes”, ou seja, as condições de possibilidade para que os objetos tenham um nome e não outro, a relação do sujeito e objeto e o papel da linguagem, conforme já mencionado.⁷⁷

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.11.

⁷⁶ Id. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 97.

⁷⁷ STRECK, op. cit., p.12.

Essas questões foram discutidas durante muitos séculos, passando por duas metafísicas e hoje chegando a teorias filosóficas denominadas de pós-metafísicas, cada uma formando seus fundamentos. No direito, essas questões estão difusas, num misto de objetivismo e subjetivismo. No primeiro, para a metafísica clássica, projetada por Aristóteles, as coisas têm sentido porque possuem uma essência; a metafísica era uma ciência que servia de fundamento para todas as outras, que dali derivavam. Em outras palavras, a metafísica era entendida como ontologia – doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser e, assim, era um saber que precedia todos os outros. Mais tarde, em Guilherme de Ockham, surge o nominalismo, em que não existem essências, ou seja, ao trabalhar com nomes e palavras, faz com que elas se relacionem com objetos.⁷⁸

Entretanto, na modernidade, com o advento do Iluminismo, há a superação do objetivismo e, por consequência, o aparecimento do subjetivismo, no qual se afirma que o homem não está mais sujeito às estruturas (essencialismo). O sujeito passa a se assujeitar às coisas, num esquema sujeito-objeto e, assim, o mundo passa a ser fundamentado pela razão.⁷⁹

Logo, no século XX, há a ruptura com a filosofia da consciência (paradigma da subjetividade), o que se denominou de giro linguístico. Este liberta a filosofia do fundamento explicado no parágrafo anterior, ou seja, aquele que, da essência, passou à consciência. Houve a invasão da linguagem na filosofia e, por consequência, o ingresso da filosofia no mundo prático. Com essa invasão, há a transferência do conhecimento para o âmbito da linguagem – sujeito se dá “na” e “pela” linguagem; a linguagem que dá o sentido (e não na consciência de si), considerando que o sujeito não se relaciona mais com objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade dessa relação.⁸⁰

É impossível separar a linguagem do pensamento. O pensar já traz em si o acesso à linguagem, “é a linguagem que nos traz a verdade do ser, ou seja, o desenvolvimento das possibilidades em nós previamente instauradas (a interpretação)”.⁸¹ É justamente com a linguagem que há a possibilidade de interpretar o compreendido. Ela não constitui um mero instrumento de comunicação,

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13.

⁷⁹ Ibid., p.13.

⁸⁰ Ibid., p. 14.

⁸¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 67.

mas pertence ao modo de ser do homem, que transcende o pensamento. Não há mundo sem linguagem, é esta que concede a possibilidade de ser-no-mundo.⁸²

Importante analisar, então, “giro” e “ontologia”, a fim de entender a circularidade da compreensão. No primeiro, afirma-se que o sujeito não é o fundamento do conhecimento e que o ato de “compreender” é algo existencial da própria condição humana. A ontologia, por sua vez, é a fenomenologia da compreensão da questão do ser; é antecipadora, uma vez que a compreensão do ser é algo que já sabemos e operamos quando conhecemos os entes. A partir de então é que a fenomenologia (hermenêutica) faz distinção entre ser e ente. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente – ser enquanto compreensão do ser e ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Já, a ontologia – ora estudada – trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí, que é o compreender do ser. A ontologia – advinda da tradição hermenêutica – está ligada ao modo de ser e modo de operar do ser humano.⁸³

Com o giro-ontológico operado por Heidegger, se dá – de forma inédita em toda a tradição filosófica – uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: *o círculo hermenêutico (hermeneutische Zirkel)*. Há uma espécie de “privilégio” do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico*.⁸⁴

Então, esse novo conceito de ontologia pode ser ligado ao problema da linguagem do ponto de vista hermenêutico, isto é, na dimensão ontológico-linguística, a linguagem passa a ser tratada como um modo de explicitação que é sempre anterior aos enunciados lógicos; a linguagem também passa a ser compreensiva daquilo que antecede ou sustenta os enunciados lógicos. O elemento lógico-explicativo sempre está atuando com uma estrutura de sentido que se precipita ao discurso e importa a sua própria condição de possibilidade. Por isso, o

⁸² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 37.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 15/16.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 63.

elemento lógico-analítico sempre pressupõe o elemento ontológico linguístico. É isso que ocorre no giro ontológico-linguístico⁸⁵

Pontuado o giro ontológico-linguístico, pode-se dizer que, através dele, surge uma nova possibilidade de constituição de sentido, com a já citada invasão da linguagem e do mundo prático na filosofia: a linguagem passa a ser entendida como condição de possibilidade, não mais como terceira coisa colocada entre um sujeito e um objeto. Desse modo, a viragem ontológico-linguística precede qualquer relação positiva, isto é, há uma comunidade que antecipa a constituição de sentido.⁸⁶

Daí surge o alicerce da hermenêutica. Conforme Gadamer, “a hermenêutica toma por fundamentado o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala”⁸⁷. Isso quer dizer que está em jogo tanto seu objeto teórico, como seu objeto prático: “o que é significado pela linguagem aparece a partir dos contextos histórico-concretos a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido.”⁸⁸.

Daí que, com Ernildo Stein, podemos afirmar que, superando-se os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, *o acesso a algo não será mais de forma direta e objetivante; o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado*. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente este “*como*” que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico *algo enquanto algo (etwas als etwas)*. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore*. Isto é mediação de significado.⁸⁹

Diante da viragem ontológico-linguística, não poderia passar despercebida a sua incidência no direito, considerando que, conforme enuncia Castanheira Neves, “o direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 16.

⁸⁶ Ibid., p. 17.

⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 209.

⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2013. P. 81.

⁸⁹ STRECK, op. cit., p. 17.

linguagem.”.⁹⁰ Essa incidência pode ser exteriorizada através das diversas decisões e teorizações que reduzem o “ato de julgar” à consciência dos intérpretes, como se o juiz estivesse explicando-se a algum “tribunal da razão” ou se a decisão fosse resultado de um “ato de vontade” do julgador.⁹¹ Essa prática traz à tona a problemática da discricionariedade judicial.

2.2 A problemática da discricionariedade judicial – favorecida pelo modo de decidir “justificando”: uma crítica hermenêutica a partir da Constituição de 1988

Embora se viva na era da linguagem, a atribuição de sentido para a consciência tornou-se uma prática comum no imaginário dos juristas brasileiros. Essa problemática aparece em diversas situações, como em decisões judiciais – de 1º grau ou instância superior –, livros, artigos, entrevistas, quando os juízes/desembargadores/ ministros afirmam estar julgando “conforme a sua consciência” ou “de acordo com seu entendimento”, ou outras diversas expressões que os juízes utilizam para “justificar” suas decisões proferidas através da sua consciência, bem como quando a doutrina define “sentença como sentir”, conforme estudado no primeiro capítulo.

Nessas circunstâncias, podem ser observadas duas formas de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolvem a discricionariedade judicial:

O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (...); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos.

No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana. Também

⁹⁰ NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 90.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 18.

nestas está presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade.⁹²

O paradigma da filosofia da consciência é o elemento que sustenta o imaginário de diversos juízes brasileiros, uma vez que, contraditoriamente, em plena vigência da Constituição Federal de 1988, o resultado do processo depende da consciência do julgador, através da aplicação do Princípio do Livre Convencimento dos magistrados.

A fim de exemplificar a questão, pode-se citar Marinoni, ao definir o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que aduz “(...) o juiz, como agente do poder não legitimado pelo voto, não pode deixar de justificar as decisões que emite.”⁹³ e complementa afirmando que o juiz deve evidenciar as razões de seu convencimento, não bastando estar convencido a respeito da decisão.⁹⁴

Fica nítida a confusão entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o livre convencimento motivado dos juízes. Ademais, Marinoni reduz a fundamentação ao ato de “justificar” sua “escolha”/ convencimento, que caracteriza a discricionariedade judicial, em que o intérprete dispõe dos sentidos do direito, como se fosse “proprietário dos sentidos” e dos “meios-de-produção-dos-sentidos”.⁹⁵

Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”.⁹⁶

A “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Entretanto, as práticas visualizadas atualmente no plano das decisões judiciais nem de longe podem ser caracterizadas como “filosofia da

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. rev. e atual. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

⁹⁴ Ibid. p. 109.,

⁹⁵ STRECK, op. cit. p. 69.

⁹⁶ Ibid., p. 20.

consciência”, pois se trata de uma vulgata desse último. Além disso, a filosofia da consciência já foi superada há anos no plano da filosofia.⁹⁷

Esses juízes que pensam/ decidem conforme acima mencionado, denominados de “solipsistas”, são aqueles que se bastam, “encapsulados”, cuja verdade é aquela que eles estabelecerem a partir de sua consciência, de sua compreensão de mundo, sem suspender seus pré-juízos em benefício da autonomia do Direito.

Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo “é consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles.” Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é.*⁹⁸

É exatamente esse tipo de pensamento que se combate, sendo necessária a desconstrução de uma ideia que se parece sedimentada no imaginário dos juízes que ligam o ato de julgar às “sensações”. Isso porque, após a ocorrência do giro ontológico-linguístico, não é mais possível que se sustente que a realidade seja construída através de um sujeito isolado. Em outros termos, os juízes, como “seres-no-mundo”, estão fora deles mesmos, estando em um “mundo” (ambiente) de significância e, por consequência, a linguagem é a forma de acessar o mundo.⁹⁹ Por isso, não há espaço para o sujeito solipsista na atualidade.

Ademais, na doutrina e nas práticas dos tribunais, confunde-se o paradigma metafísico-clássico (juízes que acreditam na possibilidade da busca pela verdade real) e a filosofia da consciência (os mesmos juízes tomam para si a condução da prova no processo, como se a prova pudesse ser gerida através de sua consciência) – que são paradigmas inconciliáveis – resultando em conceitos contraditórios. Logo, por trás desse “vício de origem” da “metodologia do direito” está situada a

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 33/34.

⁹⁸ CF. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 367 *apud* STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 61.

⁹⁹ STRECK, *op. cit.*, p. 62.

discricionariedade, que sustenta o pior inimigo do Estado Democrático de Direito: o positivismo jurídico.¹⁰⁰

O positivismo jurídico é uma postura científica que se manifestou no século XIX. O termo “positivo” refere-se aos fatos, que “correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar, ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento”.¹⁰¹ Importante destacar que o positivismo jurídico passou por algumas modificações ao longo do tempo, manifestando-se de diversas formas, sendo as três principais: o positivismo exegético, positivismo normativista e o neopositivismo lógico.

O primeiro, também denominado positivismo legalista, era principalmente caracterizado pela equiparação do direito à lei, proibindo-se a interpretação dos códigos.¹⁰² Separava direito e moral, bem como confundia texto e norma, o que pode ser considerada uma consequência política do período pós-revolução francesa. Considerando que a determinação rigorosa dos Códigos era suficiente para realizar a interpretação do direito, conceitos como analogia e princípios gerais do direito também faziam parte desse modelo de conceitos rígidos, pois representariam as hipóteses excepcionais de inadequação dos casos às proposições legislativas.

No positivismo normativista, por sua vez, há uma modificação com relação ao modo de trabalhar os pontos de partida do “positivo” e do “fato”. Isto porque, nas primeiras décadas do século XX – como já mencionado – o poder regulatório do Estado cresceu muito, tornando os modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação completamente frouxos e desgastados. Logo, o problema da indeterminação do sentido do Direito aparece, então, em primeiro plano.¹⁰³

Por último, o neopositivismo lógico, sustentava-se a ideia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 59/60.

¹⁰¹ Id. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e abril/2010. (P. 158/173). p.160.

¹⁰² OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial.** Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2013. p. 134.

¹⁰³ STRECK, op. cit. 101, p. 161.

estritamente linguística. No campo do Direito, “a análise semântica encontra-se enraizada tanto no normativismo kelseniano como no realismo de Alf Ross.”¹⁰⁴

Kelsen considera a possibilidade de efetuar um processo de verificação quando o conteúdo de uma proposição jurídica corresponder ao conteúdo da norma. Para ele, os enunciados da ciência jurídica teriam um sentido semântico – sujeitos às condições de verdade – na medida em que afirmam a validade de uma norma. Os âmbitos de validade das normas seriam os referentes das proposições jurídicas. Tal processo de verificação proposto por Kelsen implica um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo, na verdade, mais que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas.¹⁰⁵

Verifica-se que as diversas facetas do positivismo jurídico possuem como principal característica a discricionariedade, que está estritamente ligada ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto). Nos positivismos, existem problemas que dizem respeito à legitimidade e à validade do direito. O problema central está localizado na discussão entre direito e moral e, por consequência, no papel desempenhado pela razão prática no contexto da teoria do direito, “que já não pode conviver com as divisões/ cisões entre faticidade-validade, moral-direito, teoria e prática, para ficar apenas nestas.”¹⁰⁶

Em tempos de giro ontológico-linguístico e Estado Democrático de direito, não há mais espaço para essa forma de pensamento. Assim, para eliminar tais cisões, foi criado o círculo hermenêutico. Essa nova forma de tratar a relação entre teoria e prática passa a priorizar as vivências fáticas. É assim que “a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação – a noção de pré-compreensão –, em que o conhecimento teórico e o prático se dão na abertura da pré-compreensão estruturante.”¹⁰⁷ A partir do comportamento que se tem na pré-compreensão, no momento da aplicação do direito, é que surge a resposta adequada à Constituição.¹⁰⁸

Nesse cenário, não há mais lugar para a interpretação em etapas, ou seja, “interpretar para depois aplicar”, sob o risco da manipulação.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 141.

¹⁰⁵ Ibid., p. 142.

¹⁰⁶ Id. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 63.

¹⁰⁷ Ibid., p. 64.

¹⁰⁸ Ibid., p. 64-65.

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. Com efeito, as críticas – e tenho insistido nisso – de que não se interpreta por fases ou etapas dão-se em face do rompimento com o esquema sujeito-objeto; enfim, é a superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica (...).¹⁰⁹

O juiz e demais intérpretes do direito estão “necessariamente vinculados e sustentados por um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado no direito”,¹¹⁰ que é a circularidade hermenêutica. Em outros termos, “(...) a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão.”¹¹¹

Entretanto, verifica-se que existem aqueles juízes que pensam que podem ficar fora desse círculo, decidindo conforme sua consciência. Então, o grande problema de resolver “como se interpreta/ aplica”, está justamente no sujeito da modernidade (sujeito da subjetividade assujeitadora) que, no campo da filosofia foi rompido pelo giro ontológico-linguístico e que não foi recepcionado pelo direito.¹¹²

Necessário ressaltar que há uma grande diferença entre essa circularidade entre uma situação prática e a prática simplesmente instrumental de interpretação/aplicação de normas. A primeira foi acima explicada, em que as pessoas fazem parte de um todo compartilhado, possuindo uma pré-compreensão dos fatos:

Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão; isto significa que, por um lado, o intérprete já orienta o texto por alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta; ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, é dizer, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade.¹¹³

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 77.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 118.

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 72.

¹¹² STRECK, op. cit., p. 99.

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. *apud* MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 79.

A segunda, por sua vez, é resultado da operação instrumental dos “operadores” do direito. Neste ponto reside o grande equívoco da teoria do direito atualmente: pensar que a segunda prática pode substituir a primeira. Havendo essa substituição, o direito perde seu grau de autonomia, tornando-se produto de discursos instrumentalistas. Havendo, desse modo, a fragilização do direito.¹¹⁴

Diante disso, debater as condições de possibilidade das decisões judiciais é uma questão de democracia. Entretanto, não é novidade que o ordenamento jurídico possui ambiguidades e textos vagos, por isso, devem ser interpretados. Não é isso que se critica, mas, todavia, critica-se a discricionariedade judicial, ou seja, o fato de que a concretização desses textos não pode depender da “subjetividade assujeitadora”, da vontade do julgador. Os juízes não podem ser transformados em legisladores, pois exatamente nessa “transformação” que mora o poder discricionário, que constitui o elemento central do positivismo.¹¹⁵

Entretanto, o positivismo é um paradigma ultrapassado. Nesse paradigma, que está tendo reflexos até os dias atuais – o que se exterioriza através da discricionariedade judicial –, as coisas são reduzidas às noções de mundo e convicções pessoais dos juízes e intérpretes do direito,¹¹⁶ ficando à disposição de um protagonista, o Estado-Juiz, o que traz inúmeras consequências ao direito e à democracia.

2.3 O caráter democrático do Direito e a autonomia da Constituição para a solução da discricionariedade judicial

Atualmente, o Estado Democrático de Direito deve ser entendido no contexto da autonomização do direito, sendo a Constituição a manifestação desse grau de autonomia. Tal autonomia é a sua “condição de possibilidade”. Ocorre que – conforme já estudado –, tendo em vista que os textos legislativos estão cada vez mais analíticos e de amplo controle de constitucionalidade, não pode ocorrer que

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013p. 118/-19.

¹¹⁵ Ibid., p. 95.

¹¹⁶ Ibid., p. 96.

essa diminuição do poder da legislação diminua a democracia, que é a questão central do Estado Democrático de Direito.¹¹⁷

A Constituição (dirigente e compromissória) é o topo normativo e interpretativo da produção judiciária. Esta é uma afirmação que deve ser compreendida, seguindo a recomendação de Dworkin, com base numa interpretação da prática jurídica em geral, não da Constituição de alguma maneira isolada da prática geral (...). Isto é, a Constituição não deve ser lida como se fosse uma *Grundnorm*, uma “meta-norma”, ou algo do gênero. A Constituição integra o Direito, e a sua “pretensão de eficácia” somente será atendida à medida em que ela for aplicada (somente assim ela “constituirá-ação”). Se quisermos honrar e integrar uma tradição “autêntica” de neoconstitucionalismo, a prática jurídica como um todo deve refletir esta compreensão.¹¹⁸

O Direito, compreendido exogenamente, serve para satisfazer as necessidades sociais e, portanto, é visto essencialmente indeterminado, aproximando-se, assim – de maneira perigosa –, dos ideais positivistas estudados, que aludem à discricionariedade na interpretação do direito. Entretanto, as diversas posturas que apostam nos subjetivismos e na discricionariedade judicial “redunda inexoravelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito: a autonomia do direito.”¹¹⁹ Desse modo, resta evidente a incompatibilidade das diversas faces do positivismo com o constitucionalismo.

Se, externamente, o Estado Democrático de Direito está ameaçado de perder a autonomia em virtude da política, do discurso corretivo da moral e da análise econômica do direito; internamente, torna-se cada vez mais frágil devido a diversos fatores, tais como a discricionariedade no âmbito das decisões judiciais e a prevalência do esquema sujeito-objeto.¹²⁰

Devido a isso, apostando na Constituição como meio de perfectibilização da “autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção”,¹²¹ propõe-se a resistência através da hermenêutica. A hermenêutica de cunho fenomenológico busca superar a

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e abril/2010. p. 163.

¹¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 84.

¹¹⁹ STRECK. op. cit. p.164.

¹²⁰ Ibid. p. 164.

¹²¹ Ibid., p.165.

discricionariedade judicial e suas consequências atacando o que a originou, que é o positivismo jurídico.

Observa-se que a superação do positivismo acarreta a incompatibilidade da hermenêutica com as teses das múltiplas respostas, isto é, é possível uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico. Isso porque, através do círculo hermenêutico – em que os intérpretes são parte de um todo compartilhado, possuindo uma pré-compreensão – não há possibilidade de haver mais de uma resposta para uma só questão, conforme já estudado.

Todavia, para a superação do positivismo, é preciso combater o que o alicerça: a subjetividade assujeitadora e a filosofia da consciência.¹²² Nesse contexto, a hermenêutica ensina a pensar adequadamente em uma resposta adequada com a Constituição, que não pode depender do livre convencimento do juiz, da sua consciência. Faz-se necessária a diferenciação entre “decidir” e “escolher”:

Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. (...)* A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.

(...)

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão de sentido que a comunidade política constrói como direito* (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).¹²³

Verifica-se que escolher é um ato parcial e pode ser exteriorizado através da discricionariedade judicial. Resta claro que a decisão judicial não é um processo de escolha diante das diversas possibilidades de solução. Por isso se dá a importância da hermenêutica. Anteriormente à compreensão e à decisão, há a pré-compreensão, ou seja, o intérprete já possui alguma pretensão, guia o texto por alguma coisa, pelo

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 105.

¹²³ *Ibid.*, p. 107-108.

mundo em que vive,¹²⁴ o que também se pode denominar de comunidade política. Essa pré-compreensão irá condicionar a decisão à resposta adequada à Constituição.

Além disso, essa resposta adequada à Constituição deve ser compreendida no contexto da fundamentação das decisões judiciais. Isso porque, sendo a fundamentação das decisões judiciais um direito fundamental, não é possível que se decida com base na livre convicção dos magistrados. Ademais, vivendo-se sob o regime de uma Constituição Federal democrática e sustentando que toda a atividade judicial é ato de jurisdição constitucional, não se pode mais conviver com um processo judicial discricionário que dependa da conformação pessoal de um sujeito¹²⁵.

Para superar isso, faz-se imprescindível a realização de uma filtragem constitucional das disposições e instituições que envolvem processos judiciais, permitindo que o processo atinja seu fim, alcançando direitos e garantias fundamentais, o que constitui condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa. Mediante o processo, o cidadão deve participar da jurisdição – não só “provocá-la” através do Judiciário, conforme afirma a maioria da doutrina –, concorrendo para a efetivação de seus direitos. Esse diálogo deverá ser estimulado pelo Judiciário, que deve deixar-se influenciar por aqueles argumentos das partes relacionados com o caso concreto (observação ao contraditório). Essa prática judiciária democratizante não pode ficar dependente da subjetividade assujeitadora de um juiz protagonista.¹²⁶

Por fim, compreende-se que o caminho em busca das soluções à problemática da discricionariedade judicial alicerça-se no efetivo cumprimento do inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal, devendo o texto dessa ser levado a sério, a fim de que, além de se obter uma resposta correta, que essa seja devidamente fundamentada. Através da concretização do dever de fundamentação das decisões judiciais, não há o que se falar em livre convencimento dos juízes (discricionariedade judicial), uma vez que a decisão não é produto de um “ato de

¹²⁴ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. P. 383.

¹²⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 43.

¹²⁶ Ibid., p. 43.

vontade” do juiz – em que esse se convence a partir das suas convicções – mas resultado da aplicação da lei ao caso concreto, residindo aí a necessidade da fundamentação da decisão.

3 SOLUÇÕES À PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DA HERMENÊUTICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

3.1 O novo Código de Processo Civil e a consagração do dever de fundamentação das decisões judiciais

Neste ano (2015), foi sancionado pela Presidenta o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entra em vigor em janeiro/2016. Trata-se da primeira legislação sobre processo civil elaborada durante o regime democrático, uma vez que as demais foram preparadas em regimes autoritários.

No novo diploma legal, foi suprimido o artigo que sustentava o princípio do livre convencimento motivado, sendo fechada toda e qualquer porta aos julgamentos “conforme a consciência dos juízes” (discricionariedade judicial). Além disso, foram acrescentados quatro artigos que fazem referência ao dever de fundamentar as decisões judiciais. Assim, faz-se necessário realizar o estudo desses novos dispositivos legais.¹²⁷

Primeiramente, o artigo 10 do novo Código de Processo Civil¹²⁸ deixa expressamente proibido que os juízes fundamentem suas decisões com base em argumentos que não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo se tratando de matéria que se tenha o dever de decidir de ofício. Diante disso, verifica-se que o dispositivo faz alusão ao princípio da ampla defesa e do contraditório, que é assegurado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV.¹²⁹

Em poucas linhas¹³⁰, o contraditório “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.”¹³¹. Não só as partes

¹²⁷ Importa salientar que essas modificações procedidas no novo Código de Processo Civil geraram críticas de parte dos magistrados (o que era esperado), entretanto, tais críticas não perfazem o objeto de estudo do presente trabalho, sendo essencial a análise dos novos dispositivos para ressaltar as mudanças ocorridas e a importância que isso representa para o Direito e o Estado Democrático de Direito.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹³⁰ Não faz parte do objeto do presente trabalho, o estudo detalhado do princípio do contraditório. Vale apenas ressaltá-lo, já que mencionado no artigo 10 do novo CPC.

¹³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 36.

devem respeitar o princípio, como, também, os juízes, que deverão observá-lo, mesmo quando a matéria pode ser decidida de ofício. Conforme ensina Theodoro Junior:

Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional. Daí que o juiz não pode deixar de ouvi-las, não pode deixar de levar em conta questões que suscitem nem pode decidir sem responder, na obrigatória fundamentação do julgado, às alegações adequadamente arguidas (CF, art. 93, IX).¹³²

O princípio do contraditório deve ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo, considerando que ele assegura a igualdade de tratamento entre as partes, bem como o respeito ao devido processo legal. Através de tal princípio, as partes têm certificado o direito de informação, manifestação e de ver seus argumentos considerados¹³³. Desse modo, no novo Código de Processo Civil, os juízes apenas podem fundamentar suas decisões com base em argumentos que tenham passado pelo crivo do contraditório – mesmo que a matéria deva ser decidida de ofício –, constituindo-se uma norma fundamental do processo civil.¹³⁴

Por conseguinte, o artigo 489¹³⁵ trata dos elementos da sentença: relatório, fundamentos e dispositivo. No parágrafo primeiro do artigo, são elencadas seis hipóteses (incisos) que, em caso de ocorrências dessas, não se considera fundamentada a decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão.

¹³² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 36.

¹³³ *Ibid.*, p. 36.

¹³⁴ O artigo 10 do novo CPC está inserido na Parte Geral, Livro I (Das normas processuais Cíveis), Título Único (Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais), Capítulo I (Das normas fundamentais do processo civil).

¹³⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

§ 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.

No inciso I, a fim de evitar que o julgador apenas afirme “conforme artigo tal, decido assim”, foi determinado que o juiz deve explicar a relação de causa e efeito entre um argumento que estiver mencionando e a causa em análise, não podendo reduzir o ato de fundamentar à reprodução ou paráfrase de ato normativo, conforme dispõe expressamente o dispositivo legal. O inciso II, por sua vez, aduz que a sentença não será considerada se o juiz utilizar expressões/ palavras que possuam diversos sentidos, sendo ele obrigado a explicar em que sentido utilizou-as.¹³⁶

Seguindo, o inciso III prevê que não será considerada fundamentada a sentença se utilizados argumentos que são válidos e suficientes para um processo, mas não o são para outro. Já, o inciso IV se presta a eliminar a “convicção pessoal”/ livre convencimento dos juízes nas decisões¹³⁷, uma vez que, a partir dele, o juiz deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo para formular sua conclusão, sob pena de não ser considerada fundamentada a decisão – conforme dispõe o dispositivo legal. Não pode o juiz criar argumentos não alegados, baseados no seu “entendimento” sobre o caso.

O penúltimo inciso, V, não considera fundamentação se o julgador apenas afirmar “julgo conforme súmula tal”, devendo identificar os fundamentos e demonstrar que o caso sob julgamento se encaixa ao dispositivo mencionado. Por último, o inciso VI, garante que “o precedente que uma parte está usando, seja utilizado pelo Juiz; e se ele não serve para decidir aquela causa, *o juiz terá que dizer porquê.*”¹³⁸ Através desse dispositivo, esmera-se reduzir o número dos tão criticados embargos de declaração, pois os juízes estarão obrigados a dizer na decisão o que as partes necessitam saber.¹³⁹

Acerca do dispositivo em geral, analisa Oliveira:

O barulho que se ouve aqui diz respeito à quantidade de argumentos impertinentes ou inoportunos que são reproduzidos em escala industrial nas petições por meio da simples prática do Ctrl+C/Ctrl+V.

É preciso destacar, contudo, que a exigência do Código não diz respeito a todos os argumentos de forma absoluta. O que está posto no referido dispositivo é que não será considerada fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos *capazes de, em tese, infirmarem a*

¹³⁶ NUNES, Dierle. Streck, Lenio Luiz. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! Coluna Ganhos para o Brasil. **Consultor jurídico**, 25 de fevereiro de 2015, 8h52min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>. Acesso em 27 de julho de 2015.

¹³⁷ NUNES, loc. cit.

¹³⁸ NUNES, loc. cit.

¹³⁹ NUNES, loc. cit.

conclusão adotada pelo julgador.” Parece-me evidente que o enfrentamento ou não dos argumentos situados nesse dispositivo demanda uma análise para saber se a decisão reconstruiu adequadamente toda a cadeia argumentativa necessária para o enfrentamento do caso, ajustando-a aos critérios formais e substanciais que se apliquem à questão.¹⁴⁰

Com o intuito de reafirmar a importância da fundamentação das decisões judiciais, o artigo 927 do novo Código de Processo Civil¹⁴¹ traz, dentro de cinco incisos, que os juízes e tribunais devem observar decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, orientação jurisprudencial, entre outros, com a ressalva – no parágrafo primeiro – de que devem sempre fundamentar essas decisões tomadas a partir de tais incisos, com base no art. 10 e 489, § 1º do novo CPC.

Superada a singela análise do parágrafo primeiro do artigo 489 do novo Código, passa-se a estudar o último dispositivo legal mencionado que combate a discricionariedade judicial e, por consequência, a tese das múltiplas respostas. Trata-se do artigo 926¹⁴², que prevê a uniformização da jurisprudência nos tribunais, a fim de mantê-la íntegra e coerente.

Acerca da integridade e coerência, Streck afirma:

Assim, haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Debate sobre a fundamentação do novo CPC deve ser menos corporativo. Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, em 30 de maio de 2015, 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo>>. Acesso em 06 de setembro de 2015.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade.¹⁴³

A ideia de coerência e igualdade é a *concretização da igualdade*¹⁴⁴, ou, conforme assinala Dworkin: “A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de como a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.”¹⁴⁵

Dworkin exemplifica a coerência e a integridade através da suposição de que durante algum tempo, um tribunal vinha declarando a responsabilidade de alguns profissionais (médicos, engenheiros, dentistas) por danos causados por negligência, deixando imunes de responsabilidade os advogados. O dever de coerência teria exigido a continuidade dessa decisão; entretanto, a integridade desaprova o tratamento distinto aos advogados, exceto se for justificado em princípio¹⁴⁶, uma vez que a integridade exige igualdade.

Para uma maior compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou um acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o “caso concreto”. É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores analisados em sua individualidade.¹⁴⁷

Nesse sentido, a escolha de um grau adequado de generalização não pode ser arbitrária. Aliás, a busca da resposta hermeneuticamente adequada à Constituição – referida no capítulo anterior e que será estudada na sequência deste capítulo – implica indagar os limites desse grau de generalização, (...)”¹⁴⁸

A ideia de coerência e a integridade do Direito, na teoria jurídica de Dworkin, visam consolidar a igualdade e, conseqüentemente, amparar a força normativa da

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismo para combater decisionismos e arbitrariedades? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 18 de dezembro de 2014, às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

¹⁴⁴ STRECK, loc. cit.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 264.

¹⁴⁶ Ibid., p. 264.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 376-377.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377.

Constituição. “Tais exigências aumentam a responsabilidade política dos juízes, na medida em que representam a antítese do voluntarismo.”¹⁴⁹

Outrossim, o artigo em análise deve ser lido em conjunto com o parágrafo quarto do artigo 489¹⁵⁰ do mesmo diploma legal, uma vez que esse exige que os juízes e tribunais têm o dever de observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, em caso de mudança de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos.

Streck estabelece que a coerência e a integridade são “os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido”¹⁵¹, ou seja, na fundamentação de todas as decisões judiciais “deve ser respeitada a coerência e a integridade do direito (*sic*) produzido democraticamente sob a égide da Constituição.”¹⁵² O cidadão não será surpreendido pelo entendimento pessoal (livre convencimento) do julgador, possuindo o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que sustenta a integralidade.¹⁵³

Concluindo, então, verifica-se que, diferente do antigo Código de Processo Civil, o novo extinguiu a possibilidade do livre convencimento motivado e, portanto, da discricionariedade judicial, assim como reafirmou o dever essencial de fundamentação das decisões judiciais – já assegurado constitucionalmente –, que no código anterior não havia previsão. Embora existam muitas críticas por parte de juízes que julgam “conforme sua consciência”, a lei deve ser respeitada e cumprida. Ao contrário do que alguns juízes afirmam, com o novo CPC deve se importar com a

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a hermenêutica jurídica? Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, 29 de agosto de 2015, 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

¹⁵⁰ § 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.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismo para combater decisionismos e arbitrariedades? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 18 de dezembro de 2014, às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

¹⁵² STRECK, loc. cit.

¹⁵³ STRECK, loc. cit.

lei e não com a relação juiz-partes, isto é, deve-se depender do direito e não do posicionamento pessoal do juiz.¹⁵⁴

O novo CPC abre caminho para que se adote uma teoria da decisão judicial democrática. Logo, Streck afirma que no processo, o problema da democracia deve ser solucionado de duas formas: por um lado, por meio do cumprimento do contraditório, possuindo uma decisão participada; por outro, através dos fundamentos que compõem a decisão.¹⁵⁵ Através do novo CPC, que entra em vigor no próximo ano (2016), estima-se que o direito seja levado a sério, ou seja, que realmente haja o fim do “livre convencimento motivado” e que a fundamentação das decisões judiciais seja cumprida conforme demanda a lei, a fim de preservar o direito e o Estado Democrático de Direito.

3.2 A proposta de Lenio Streck de uma Teoria da Decisão como combate à discricionariedade judicial

Considerando o que já foi estudado até aqui – o fato de os juízes decidirem conforme seu livre convencimento, que é um dos fatores que gera a discricionariedade judicial –, verifica-se que não há uma teoria do direito que se preocupe com o modo de decidir dos juízes e tribunais. Por isso, Streck propõe a construção de uma Teoria da Decisão Judicial, que sugere um forte controle das decisões judiciais, uma vez que atinge a democracia.

Para realizar a construção de uma Teoria da Decisão Judicial que concretize a Constituição Federal, Streck recomenda um conjunto de cinco princípios, que “só podem se manifestar quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta, pois representam um contexto de significações histórico-compartilhadas por uma determinada comunidade política, (...)”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 2 de julho de 2015, Às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>> Acesso em 27 de julho de 2015.

¹⁵⁵ Id. Novo CPC terá mecanismo para combater decisionismos e arbitrariedades? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 18 de dezembro de 2014, às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 330.

O primeiro princípio trata-se de preservar a autonomia do direito. Conforme já analisado no presente trabalho, o direito, a partir do advento do Estado Democrático de Direito, deve ser entendido no contexto de crescente autonomização. A Constituição, por sua vez, é a manifestação desse grau de autonomia do direito. O princípio, portanto, funciona como uma blindagem contra predadores que podem tirar o grau de autonomia do direito. Esses predadores podem ser endógenos ou exógenos. Os primeiros funcionam no plano da dogmática jurídica – também denominada de senso comum teórico –, que pode ser exemplificada com o pampricipiologismo, os embargos declaratórios, a discricionariedade judicial, o ativismo judicial e todas as formas que concedem a interpretação do direito em favor de um sujeito solipsista (juízes e tribunais). Os fatores exógenos, por sua vez, estão no plano da teoria do direito, podendo ser exemplificados pelo uso da moral como correção do direito, a política, as formas que pretendem fragilizar os direitos fundamentais, entre outros.¹⁵⁷

Conforme estudado no capítulo anterior, a conservação do grau de autonomia do direito é a sua condição de possibilidade. A autonomia é garantida pela história institucional da comunidade política¹⁵⁸, isto é, os princípios forçam a determinação de direitos e deveres jurídicos e, por isso, “são *padrões* de moralidade institucionalizada *no* Direito, e cuja aplicação, (...), somente reforça a sua *autonomia* (e legitimidade, já que se pretende democraticamente produzido).”¹⁵⁹ Logo, somente a reconstrução – legislativa e judiciária – dos princípios definidores da moralidade uma comunidade política é que podem definir a autonomia.¹⁶⁰

As decisões judiciais devem ser compatíveis com os compromissos fundamentais que formam a política da comunidade. Tais compromissos são históricos – não circunstanciais, não é a jurisprudência que assegura a autonomia do direito –, vinculando as decisões futuras a serem prolatadas.¹⁶¹

¹⁵⁷ Ibid. p. 330-331.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 123.

¹⁵⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 140.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 333.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 333.

Por conseguinte, o segundo princípio diz respeito ao controle hermenêutico da interpretação constitucional. Corolário ao primeiro princípio, que aponta a discricionariedade judicial como um fator que enfraquece a autonomia do direito, este busca impor limites às decisões judiciais, através do controle hermenêutico, assegurando-se a preservação da força normativa da Constituição ¹⁶² A Teoria da Decisão deve assumir o compromisso de impedir que o intérprete atribua sentido ao texto de forma arbitrária, que a interpretação seja fruto de um sujeito solipsista, em que o intérprete escolhe sentidos, uma vez que a democracia não pode depender de um julgador/intérprete.¹⁶³

Trata-se de um enfrentamento contra as teses que defendem a subjetividade dos julgadores nas decisões judiciais. Isto não significa que, em algumas hipóteses, o Poder Judiciário não possa atuar de forma propositiva, porém, para que essa atuação seja legítima, deve acontecer nos marcos da Constituição, não podendo ser confundida com decisionismos e hipóteses em que o Judiciário substitui o legislador.¹⁶⁴

O terceiro princípio, por sua vez, enuncia o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito. A integridade e a coerência do direito já foram analisadas no início deste capítulo (item 3.1.), entretanto, vale, aqui, complementar o estudo, conforme analisa Motta:

(...) o Direito como “integridade” (...) supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o Direito como “totalidade” – ou como “completeza” –, sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.¹⁶⁵

A decisão constitucionalmente adequada surge da reconstrução do direito, com respeito à integridade e à coerência, não sendo produto de valoração e discricionariedade; e, enfim, a decisão é como um romance, ou seja, possui

¹⁶² Ibid. p. 333/335.

¹⁶³ Ibid., p. 332.

¹⁶⁴ Ibid., p. 335.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. *apud* MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 89.

personagens, enredo, início, meio e fim, devendo haver coerência nesse “romance” (decisão).¹⁶⁶

Prosseguindo, o quarto princípio abrange o dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual a justificação. Este princípio será, ao final trabalhado mais detalhadamente.

Para finalizar a cadeira principiológica, o quinto princípio refere-se ao direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Este princípio e o anterior caminham juntos, completando-se um ao outro. A resposta que aqui se busca não é a melhor e nem a única, mas aquela que deve ser confirmada na própria Constituição. Trata-se da garantia de que o cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição.¹⁶⁷

Em síntese, poderia se dizer que o princípio se desdobra na junção de tudo que foi estudado ao longo do trabalho. Trata-se de um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida. Para buscar a resposta adequada à Constituição, deve-se questionar se a norma é aplicável ao caso, à luz dos princípios e preceitos constitucionais e, ainda, antes disso, deve-se perguntar se o sentido aponta a pré-compreensão estudada – pois é preciso compreender para interpretar. Além disso, considerando que a decisão constitucionalmente adequada está no âmbito da aplicação, deve-se verificar a compatibilidade da norma jurídica a ser aplicada com a Constituição.¹⁶⁸

Entretanto, não se trata de uma resposta definitiva, uma vez que não há possibilidade de congelamento de sentidos. Há a chance de se chegar em uma resposta incorreta, inclusive.¹⁶⁹ Porém, a obediência à coerência e à integridade do direito e aos fenômenos sociais “já representa (*sic*) o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental de que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.”¹⁷⁰

Para superar o protagonismo judicial, é necessário aliar o modelo de Direito da Constituição de 1988, os ideais de “coerência e integridade” do direito de Dworkin e o dever fundamental de que a jurisdição forneça boas respostas. É preciso conciliar a hermenêutica com a exigência democrática de que o tribunal decida com

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 338-339 e 345.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 345.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 343.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 344.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 344.

a participação das partes, para que resulte em um provimento que honre a materialidade da Constituição. A partir disso, a decisão judicial será a resposta do Direito, hermeneuticamente compreendido e não a resposta do Estado-Juiz.¹⁷¹

Por fim, na construção de Lenio Streck, averigua-se que uma resposta constitucionalmente adequada será consequência da observação de todos os outros princípios. Assim, mais do que uma atitude compatível com a democracia, a resposta constitucionalmente adequada é um “produto” filosófico, considerando que supera o esquema sujeito-objeto presente das duas metafísicas.¹⁷² Por fim, cabe salientar que a resposta adequada é a realização de um direito fundamental a uma decisão fundamentada.

3.3 A efetiva realização da “fundamentação” das decisões judiciais e a concretização da democracia judicial como solução – à luz da hermenêutica – à problemática da discricionariedade judicial

Através da hermenêutica é possível encontrar sempre uma resposta correta de acordo com a Constituição, que surge da aplicação. Essa resposta deverá estar devidamente fundamentada. Para se obter uma decisão adequada com a Constituição, deve-se obedecer a isonomia – lembrando-se que o juiz não é o protagonista do processo – , o contraditório – influência dos argumentos trazidos aos autos pelas partes – e outras cláusulas constitucionais importantes, que perfectibilizem o devido processo legal, compreendido como aquele que assegura uma ordem jurídica coerente.¹⁷³

O controle dessa prática será propiciado pelo cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais e, então, poderá se obter respostas adequadas à Constituição (hermeneuticamente corretas).¹⁷⁴ Necessário, portanto,

¹⁷¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 84.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 345.

¹⁷³ MOTTA, op. cit., p. 53.

¹⁷⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. p. 54.

ressaltar a importância da fundamentação das decisões judiciais, bem como frisar a distinção dessa com o livre convencimento dos juízes.

O convencimento do magistrado — que deverá sempre explicitar o compreendido — não deve ser oposto à garantia do cidadão de ver suas teses defensivas apreciadas pelo Estado-Juiz. É, precisamente, a deliberação sobre a totalidade das teses defensivas que confere às decisões judiciais a devida segurança e transparência, evitando, assim, as arbitrariedades de tempos nem tão remotos.¹⁷⁵

A fundamentação das decisões não consiste na tarefa de os julgadores justificarem os motivos que os levaram a “escolher” aquela solução ao caso. Como já mencionado, “decisão” é diferente de “escolha”, ou seja, o juiz não decide para depois “fundamentar” sua decisão já tomada, baseada no seu livre convencimento. Isso porque, embora o Código de Processo Civil de 1973 e, portanto, o Princípio do Livre Convencimento Motivado – elaborado sob um forte regime autoritário – tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 – que pode ser entendida como manifestação do regime democrático –, não pode mais ser compreendido e utilizado da mesma forma que o era nas Constituições anteriores.

Através da inserção da garantia/dever de fundamentação das decisões judiciais na Constituição Federal de 1988, não é da consciência dos juízes que deve advir o sentido atribuído à lei, essa questão já foi superada no paradigma da filosofia da consciência. Ademais, não se pode mais afirmar que o juiz julga conforme seu “entendimento”, “livre convicção” ou diversas expressões utilizadas pela doutrina e intérpretes do direito para justificar o seu convencimento, que revelam a aplicação do Princípio do Livre Convencimento Motivado e, por consequência, a discricionariedade judicial.

Verifica-se que “livre convencimento” não é o mesmo que “fundamentação das decisões judiciais” e aquele não dá conta deste importante dever constitucional:

Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, explicar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num

¹⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. O porquê não ao “princípio” do porque sim! No Direito. Coluna Diário de classe. **Consultor Jurídico**, em 8 de fevereiro de 2014, 8h02min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política.¹⁷⁶

O livre convencimento parte de uma ideia equivocada, retornando-se para o assujeitamento do sujeito às coisas. Entretanto, a lei não está à disposição do julgador, uma vez que ela não é mais produto de uma relação sujeito-objeto, mas, resultado do círculo hermenêutico.

Além disso, falar em livre convencimento, sobretudo quando sabemos que nenhum sentido se constrói fora de “tradições autointerpretativas, paradigmas e pré-compreensões; permanentemente em disputa e em conflito”, é correr o risco de se adotar uma atitude performativa irreflexiva em relação a essas tradições, paradigmas e pré-compreensões; é correr o risco de perpetuar, portanto, preconceitos e práticas institucionais com as quais se pretendia romper exatamente por meio de uma reforma legislativa. É assim que, sob o manto do “livre convencimento”, podem exatamente *falar* as nossas piores tradições e preconceitos, justamente em razão da não adoção da exigência normativa de uma atitude reflexiva em face dessas tradições (auto)interpretativas que constituem internamente a tal “realidade”. É pela porta do livre convencimento que “começa a entrar água ou areia” na reforma legislativa, pois paradoxalmente se atribui a própria operacionalidade da reforma legislativa à *disposição irrefletiva* – o livre convencimento – dos juízes. Ou se subverte a (onto)lógica do livre convencimento ou se perpetuam preconceitos e práticas institucionais contrárias a toda exigência normativa de fundamentação das decisões.¹⁷⁷

A fundamentação reside na questão moral, considerando que a Constituição engloba princípios dessa seara. “Assim, ao fundamentar, o julgador não pode determinar um conteúdo atemporal ou a-histórico, pois cada caso importa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.”¹⁷⁸ Isso porque a fundamentação das decisões é uma blindagem contra historicismos e a-historicidades, ou seja, a historicidade é um item imprescindível daquele dever, bem como é requisito ao princípio do direito fundamental de se obter uma resposta constitucionalmente adequada.¹⁷⁹

Ao “fundamentar” uma decisão com base no “livre convencimento”, faz-se uma leitura superficial do artigo 93, IX, da Constituição Federal, considerando que uma decisão não pode ser produto de uma vontade individual de um sujeito que

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.

¹⁷⁷ Ibid. p. 319-320.

¹⁷⁸ Ibid., p. 341.

¹⁷⁹ Ibid., p. 341.

“assujeita” um objeto.¹⁸⁰ O dispositivo, ao assegurar que “todas as decisões devem ser fundamentadas”, quer dizer que o juiz ou Tribunal deve explicitar as razões pelas quais decidiu,¹⁸¹ com base na lei, não na convicção pessoal de um ou alguns julgadores.

Com efeito, o dever de fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do artigo 93 da CF) não permite que os julgadores fundamentem de qualquer modo, aleatoriamente, de forma desconectada da discussão engendrada pelas partes. Não basta que haja uma coerência abstratamente considerada entre a decisão e o fundamento produzido, como se a sentença fosse um texto independente. A fundamentação de que trata o comando do artigo 93, IX, da CF, é uma coerência entre o que se decide e todo o processo, com todas as suas vicissitudes, o que repugna a prática tão difundida de decisões estandardizadas, que pouco se referem à concretude da discussão travada nos autos.¹⁸²

Ademais, “não se pode conviver com falsas fundamentações (do tipo “ausentes os requisitos, indefiro”) que nada dizem e são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito”, conforme Alexandre Freitas Câmara¹⁸³. O dever de fundamentação das decisões jurídicas deve ser compreendido no contexto do Estado Democrático de Direito, em que os juízes possuem uma responsabilidade política nas decisões, pois afetam os direitos fundamentais e sociais e, ainda mais, essa determinação constitucional constitui-se em um direito fundamental do cidadão como parte do processo e da sociedade como um todo. Por isso, é preciso fundamentar detalhadamente o que está sendo decidido¹⁸⁴, devendo ser superado o “livre convencimento” e as decisões “genéricas”, como a mencionada por Câmara.

Entretanto, a simples fundamentação não resolve o problema decorrente da aplicação do princípio do livre convencimento motivado e da consequente discricionariedade judicial. É necessário que seja realizada uma “fundamentação da fundamentação”, que é o maior limite contra a discricionariedade judicial, blindando

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.

¹⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. STRECK, Lenio Luiz... [et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324.

¹⁸² LUCIANO, Pablo Bezerra. Dever constitucional obriga juiz a fundamentar decisões. Coluna Autoritarismo Judicial. **Consultor Jurídico**, 11 de junho de 2013, 7h44min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

¹⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas *apud* ROVER, Tadeu. Vasconcellos, Marcos de. Juízes pedem veto a artigos que traz regras para a fundamentação das decisões. Novo CPC. **Consultor Jurídico**, 4 de março de 2015, 11h 10min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 318-320.

julgamentos arbitrários. Por isso, a fundamentação deve ser realizada a partir de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico.¹⁸⁵ Além disso, por meio da fundamentação:

(...) se torna possível o controle da justiça das decisões judiciais, (...), controle exercido não só pelas partes e por órgãos do Poder Judiciário, mas pela própria sociedade na fiscalização da atividade desenvolvida pelos magistrados (...) e da sua adequação e consonância com os valores sociais vigentes, legitimando, dessa forma, o exercício do poder jurisdicional.¹⁸⁶

Outrossim, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais surge diante da impossibilidade de a lei dispor de todas as hipóteses de aplicação do direito. Logo, de uma lei geral, é preciso prolatar uma decisão particular e, exatamente esse procedimento deve ser controlado para preservar a democracia, evitando-se que os juízes e tribunais de todo o país decidam de forma distinta.¹⁸⁷

A importância da fundamentação das decisões judiciais reside, ainda, no fato de que é na fundamentação que se constrói a integridade e coerência do direito, através da cadeia de decisões já prolatadas anteriormente. Ademais, as decisões constituem um processo de reconstrução do direito, o que pode ser visualizado através das súmulas vinculantes. Há sempre uma pré-compreensão para o julgador. Por isso, deve-se compreender a maneira como um caso semelhante vinha sendo julgado até o momento, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, com o decorrer dos anos, modificam-se e estabelecem novo sentido às coisas, provocando choque de paradigmas e, por consequência, valorizando o papel da doutrina.¹⁸⁸

Para o exercício da democracia, são necessários recursos que possibilitem a participação dos cidadãos na atuação do Poder Judiciário. Além do contraditório, que possibilita a participação das partes, e a publicidade, que possibilita o conhecimento dos atos judiciais e fiscalização desses pela sociedade, o dever de

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 318.

¹⁸⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Altas de Processo Civil/ Coordenação Carlos Alberto Carmona.) p. 105.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. STRECK, Lenio Luiz... [et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1325.

¹⁸⁸ Ibid. p. 1325.

fundamentação representa a “condição *sine qua non* para a própria validade das decisões judiciais”.¹⁸⁹

Além disso, pelo fato de a fundamentação das decisões ter caráter público – exceto nos casos de segredo judicial – faz com que o julgador possibilite o controle de constitucionalidade da função jurisdicional. Assim, é o dever de fundamentar que o dá legitimidade ao Poder Judiciário¹⁹⁰, sendo esse dever uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais constitui o limite mais importante dessas. Assim, através da realização da adequada fundamentação, eliminar-se-ia o grande número de embargos de declaração feitos para pedir a correção da omissão, contradição ou obscuridade das decisões, uma vez que – além de o fato de que esse recurso deveria estar em desuso na atualidade – antes de ser atacada por embargos declaratórios, uma decisão sem fundamentação é nula por violação à Constituição Federal.

A partir da proposta do modelo constitucional de processo, (...), conclui-se que a decisão não pode ser fruto da onipotência solipsista do juiz, ou seja, o dizer o Direito não é um ato exclusivo do magistrado, como se ele fosse o único interprete autorizado da constituição. Ao contrário, a sentença representa a reconstrução dos fatos, permeada pela argumentação das partes, em contraditório garantido pelo juiz. Assim, os limites da fundamentação da decisão seriam estabelecidos pela própria argumentação travada em contraditório, e deveriam, obrigatoriamente, decidir com base nos argumentos apresentados, em contraditório, pelas partes.¹⁹¹

Diante da importância da questão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – desde 1994, no caso *Hiro Balani v. Espanha* – reconhece que a motivação das decisões judiciais está ligada ao direito fundamental a um processo equitativo.¹⁹² Portanto, os motivos que alicerçam as decisões judiciais devem ser indicados de modo suficiente e com base na lei, uma vez que aplicar a letra da lei não se constitui

¹⁸⁹ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Altas de Processo Civil/ Coordenação Carlos Alberto Carmona.) p. 99-101.

¹⁹⁰ Ibid. p. 101.

¹⁹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo da mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 2(2) da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS: 72-85 julho-dezembro 2010. p. 84.

¹⁹² ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. O porquê não ao “princípio” do porque sim! No Direito. Coluna Diário de classe. **Consultor Jurídico**, em 8 de fevereiro de 2014, 8h02min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

uma atitude típica do positivismo exegético, mas, sim, um dos passos essenciais para se cumprir o dever de fundamentação das decisões.

A resposta hermenêuticamente correta – construída para combater a discricionariedade judicial – obtém-se no âmbito da aplicação, isto é, através da fundamentação das decisões judiciais. Por isso, o papel da hermenêutica passa a ser o de preservar a força normativa da Constituição e a autonomia do direito¹⁹³, diante de fatores que enfraquecem esses elementos, como o fato de o direito estar, muitas vezes, à disposição do intérprete, conforme analisado no decorrer do presente trabalho. A partir da fundamentação, portanto, impede-se que o intérprete atribua sentido ao texto de forma arbitrária, que a interpretação seja fruto de um sujeito solipsista, que escolhe sentidos, uma vez que a democracia judicial não pode depender de um sujeito.

Não se exigem decisões judiciais fundamentadas para assim conquistarmos uma “melhora” no funcionamento da democracia. A fundamentação das decisões é, em si mesma, um valor democrático, compondo o núcleo daquilo que pode ser nomeado como *democracia normativa*. Independentemente de fazê-la funcionar de forma mais eficiente (do ponto de vista econômico, da produção) ou não, a exigência de fundamentação representa uma exigência insuperável, sob pena de darmos à democracia uma conformação meramente nominal.¹⁹⁴

Através de todo o estudo hermenêutico realizado acerca da fundamentação das decisões judiciais, verifica-se o quão importante é o cumprimento desse dever, tanto para a sociedade – que busca o Poder Judiciário para solucionar seus conflitos e, muitas vezes, acaba frustrando-se diante da discricionariedade, causando o descrédito no Judiciário –, para a preservação do Direito e do Estado Democrático de Direito. Isso se dá em virtude de que a fundamentação das decisões constitui-se, por um lado, um dever fundamental a quem emite a decisão; por outro, uma garantia fundamental, a quem obtém uma decisão. Então, o ato de fundamentar assume extrema relevância para a transparência do processo democrático de aplicação das leis. Trata-se de uma das formas de controlar as decisões judiciais – para que não fujam do plano democrático –, afastando a discricionariedade judicial.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 329.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Debate sobre a fundamentação do novo CPC deve ser menos corporativo. Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, em 30 de maio de 2015, 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo>>. Acesso em 06 de setembro de 2015.

Com o combate à discricionariedade judicial (livre convencimento), mediante a fundamentação das decisões judiciais, não há a possibilidade de enfraquecimento da autonomia do Direito e da democracia. Isso porque a Constituição é a manifestação dessa autonomia e, sendo respeitada através da efetiva fundamentação ora estudada, não há consequências negativas ao Direito e ao Poder Judiciário nesse aspecto, há apenas ganhos, atingindo-se à democracia judicial.

No Estado Democrático de Direito, “democracia” e “constitucionalismo” devem caminhar juntos. Caso isso não ocorra, há o risco de se voltar à ditadura. A democracia relaciona-se com maiorias. Já, a Constituição traz os direitos fundamentais, que minorias podem (e devem) utilizar para se defender contra pretensões da maioria.¹⁹⁵

O constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo.¹⁹⁶

Em uma última palavra, em tempos de Estado Democrático de Direito e de giro-ontológico linguístico, não há mais sentido falar-se em livre convencimento, pois decidir dessa forma fragiliza o Direito. É necessário que os juízes respeitem a integridade do direito e que o apliquem de forma coerente. É necessário que a fundamentação das decisões judiciais seja levada a sério – devendo a sentença responder os argumentos formulados pelas partes¹⁹⁷ e isso com base na lei –, a fim de que se reafirme a autonomia do Direito. Só assim irá se obter a democracia judicial como mais do que uma resposta adequada à Constituição ao caso concreto, mas uma resposta à preservação de todo o Direito e ao Estado Democrático de Direito, alicerçada na Constituição Federal.

¹⁹⁵ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo jurisdicional democrático na América Latina: alguns apontamentos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./ dez. 2010. p. 63.

¹⁹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. **A constituição da Europa**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 282-283.

¹⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. O porquê não ao “princípio” do porque sim! No Direito. Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, em 8 de fevereiro de 2014, 8h02min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da realização do presente trabalho de conclusão de curso, verificou-se, primeiramente, que o contexto histórico-político de inserção dos princípios objeto de estudo na legislação brasileira é totalmente oposto. O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais foi mencionado pela primeira vez nas primeiras fases do Brasil Colônia, nas Ordenações Afonsinas, passando a se destacar somente durante as Ordenações Filipinas. No início, o princípio era de cunho processual, para as partes tomarem conhecimento da decisão e poderem elaborar seu recurso. Entretanto, com o passar dos anos, o princípio foi desmoronado pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado, inserido na legislação por meio do artigo 118 do Código de Processo Civil de 1939 – produto do regime autoritário da época e dos ideais do positivismo normativista espalhados por todo o mundo – mantido no Código de 1973, até hoje vigente.

O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, por sua vez, voltou à legislação brasileira com a queda do regime autoritário e a ascensão do regime democrático, através da Constituição Federal de 1988 (art. 93, inciso IX). Desta vez, o princípio foi elevado à garantia constitucional, constituindo a condição de possibilidade de uma decisão, uma vez que a limita. Todavia, o Princípio do Livre Convencimento também foi recepcionado pela Constituição, deixando rastros do regime autoritário até a atualidade.

Por conseguinte, através do estudo dos conceitos dos princípios, observou-se que se trata de institutos completamente distintos e até opostos, porém muito confundidos tanto na doutrina, como na aplicação do direito (decisões judiciais). Para esses doutrinadores e intérpretes, a fundamentação das decisões judiciais é produto do livre convencimento, da consciência dos julgadores, abrindo um leque muito grande para a interpretação do direito, em que cada juiz interpreta conforme a sua compreensão do mundo a sua volta, como se fosse o Estado-Juiz.

Entretanto, mediante a realização de uma síntese preliminar das origens dessas práticas, averiguou-se que isso se traduz em um paradigma ultrapassado, da era da filosofia da consciência. Com a ocorrência do giro ontológico-linguístico no século XX, surgiu uma nova possibilidade de constituição de sentido, ou seja, mediante invasão da linguagem e do mundo prático na filosofia, a linguagem

precede qualquer relação, há uma pré-compreensão dada por uma comunidade política anterior à constituição do sentido.

No direito, alguns doutrinadores e a maioria dos intérpretes da lei não levaram em consideração essa viragem ontológico-linguística, ocorrendo a redução do “ato de julgar” e da fundamentação à consciência dos juízes (livre convencimento), como se os julgadores fizessem uma “escolha” entre outras possibilidades e, após, a “justificassem”. Essa prática caracteriza a discricionariedade judicial, grande problemática enfrentada na atualidade no Poder Judiciário brasileiro.

A discricionariedade é consequência dos positivismos jurídicos – manifestados no século XIX –, estando ligada ao paradigma da subjetividade, isto é, ao esquema sujeito-objeto (sujeito se sujeita ao objeto) da era da filosofia da linguagem. Época em que se cindia faticidade e validade, moral e direito, teoria e prática.¹⁹⁸ Entretanto, analisou-se que, em tempos de viragem ontológico-linguística, não há mais como se pensar dessa forma e talvez essa seja a grande contribuição da noção que o círculo hermenêutico trouxe ao Direito.

Isso porque não há como cindir fato e direito, uma vez que, ao fundamentar as decisões judiciais, existe a noção da pré-compreensão estruturante dada pela comunidade política, em que se insere o conhecimento teórico e prático. Além disso, não há mais o que se falar em interpretação em etapas, “interpretar para depois aplicar”, em virtude da superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica.¹⁹⁹

Todavia, estudou-se que existem juízes que pensam que podem estar fora deste círculo, apostando na discricionariedade (livre convencimento motivado) nas suas decisões. Portanto, o grande problema reside no sujeito da modernidade (sujeito da subjetividade assujeitadora), que foi rompido pelo giro ontológico-linguístico na filosofia, mas não parece ter sido recepcionado pelo direito²⁰⁰, o que acarreta em inúmeras consequências ao direito e à democracia, sendo necessário solucioná-las.

Além do descrédito no Poder Judiciário brasileiro, em que os cidadãos deixam de acreditar no significado da palavra “justiça”, diante dos diversos casos semelhantes julgados de formas distintas por magistrados diferentes, viram-se

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 63.

¹⁹⁹ Ibid., p. 63-64.

²⁰⁰ Ibid., p. 99.

outras sérias consequências da discricionariedade. Isso porque, o atual Estado democrático deve ser compreendido num contexto de autonomização do direito, sendo a Constituição a manifestação da autonomia. Porém, ao diminuir o poder da legislação, ao não cumpri-la – como, por exemplo, deixando de cumprir o dever de fundamentar as decisões judiciais –, diminui-se a democracia – elemento central do Estado Democrático de Direito – e, por consequência, há o enfraquecimento do direito e do Estado.

Diante disso, caminhando para a solução do problema, através da hermenêutica, buscou-se atacar os rastros deixados por quem sustenta esse paradigma ultrapassado: o positivismo jurídico²⁰¹, pois, com a morte desse, há o fim do esquema sujeito-objeto e do juiz solipsista da filosofia da consciência. Para a superação, é necessário obter uma resposta hermeneuticamente correta (adequada à Constituição), que deve estar devidamente fundamentada – com a aplicação da lei ao caso concreto, com a efetiva justificação – e, portanto, não pode depender do livre convencimento do juiz, considerando que “decidir” é diferente de “escolher”. Não existem diversas possibilidades de decisão, em que o intérprete irá escolher a melhor, mas, sim, existe uma pré-compreensão anterior (forma com que o direito é projetado pela comunidade política), que irá condicionar a decisão à resposta correta.²⁰²

Com o intuito de estudar as soluções – à luz da hermenêutica jurídica – ao fim da problemática da discricionariedade judicial, examinou-se o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), em que foi suprimido o artigo do Código anterior que sustentava o Princípio do Livre Convencimento Motivado. Ademais, no novo Código, foram inseridos quatro artigos que reafirmam a necessidade de fundamentação das decisões.

Primeiro, o artigo 10, que proíbe os magistrados de fundamentar com base em argumentos que não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação. Por conseguinte, o artigo 489, que, ao tratar dos elementos da sentença, no § 1º, menciona hipóteses em que as decisões (interlocutória, sentença e acórdão) não serão consideradas fundamentadas. Ainda, o artigo 927 traz três incisos, que os juízes e tribunais deverão observar ao fundamentar uma decisão, em complemento

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 108.

²⁰² Ibid., p. 102.

aos artigos anteriormente citados. Por último, o artigo 926 traz os ideais de coerência e integridade da jurisprudência, já estudados por Dworkin, que remetem a um sistema de igualdade das decisões.

Dando continuidade à caminhada para se chegar ao fim da discricionariedade judicial, foi comentada, de forma sintética, uma Teoria da Decisão Judicial, construída por Sretck, alicerçada no conjunto de cinco princípios: preservar a autonomia do direito; estabelecer condições para a realização de um controle da interpretação constitucional, com base na hermenêutica; garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; atender o dever de fundamentação das decisões judiciais e; ter direito a uma resposta constitucionalmente adequada.²⁰³

Através da análise hermenêutica realizada, estudou-se, como solução ao problema da discricionariedade judicial, o efetivo cumprimento do dever de “fundamentação” das decisões judiciais para a concretização da democracia judicial. Através desse estudo, a problemática do presente trabalho de conclusão de curso foi respondida, sendo hipótese alcançada, uma vez que se concluiu que o “livre convencimento” dos juízes não dá conta do dever de fundamentação das decisões judiciais.

O Princípio do Livre Convencimento Motivado refere-se à livre convicção de um sujeito individual, solipsista, retornando-se para o assujeitamento do sujeito às coisas. Porém, a lei não está à disposição de um intérprete, de um Estado-Juiz, pois não é mais produto de uma relação sujeito-objeto, como ocorreu no paradigma da filosofia da consciência – hoje já superado – mas, é resultado do círculo hermenêutico – estudado ao longo do trabalho – e isso se dá no âmbito da aplicação.

Por isso, a solução para erradicar com a problemática da discricionariedade judicial é buscada através do cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Mais do que isso, mediante o respeito à Constituição Federal, pois, levando-se ao direito a sério, obtém-se como resultado a consolidação da democracia judicial. Nesse sentido, averigua-se que a hipótese inicial do trabalho foi confirmada.

Outrossim, verificou-se que todos os objetivos traçados para a realização do trabalho foram alcançados, mediante a pesquisa feita ao longo dos capítulos. Dessa

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 106-107.

forma, observa-se que toda a pesquisa realizada para sua construção contribuiu de maneira significativa para compreender um problema tão recorrente na atualidade, que leva ao descrédito do Poder Judiciário e ao enfraquecimento da autonomia do Direito e da democracia, pois implica no descumprimento da Constituição Federal.

Além disso, entendeu-se que se trata de uma problemática bem mais complexa do que se pensou e quando se visualizou na prática, pois, através do estudo hermenêutico do tema, concebeu-se que a discricionariedade judicial possui suas origens no século XIX, com os positivismos jurídicos e o paradigma da filosofia da consciência.

Diante da complexidade e seriedade do problema debatido, estudaram-se caminhos em busca de soluções, até se chegar à efetiva solução, o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Parece uma solução simples, mas, por uma questão de paradigma jurídico-filosófico, vê-se que a devida observância ao Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais não é o mesmo que a singela aplicação do Princípio do Livre Convencimento Motivado, e é justamente isso que irá ser superado, se cumprida a solução proposta no presente trabalho, bem como alcançada a democracia judicial, com o cumprimento da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo da mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 2(2) da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS: 72-85 julho-dezembro 2010.

BRASIL. Alagoas. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889. Fazenda Nacional e Pedro Lourenço Wanderley e outros. Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp Nº 279.889/AL, julg. em 03/04/2011, DJ 11/06/2001, STJ.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 26 de maio de 2015.

_____. Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850. Determina a Ordem do Juízo do Processo Comercial. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 1º de julho de 2015.

_____. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm >. Acesso em: 26 de maio de 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 27 de julho de 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A constituição da Europa**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. STRECK, Lenio Luiz... [et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. **O Direito Processual na Atualidade**. Uberaba: Editora Vitória, 1978.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1º vol. (Arts. 1º a 160). 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

DINAMARCO, Cândido Rangel. ARAÚJO, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILARDI, Hugo. **Motivação das Decisões Judiciais e o Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. Vol 1. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: uma introdução**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUCIANO, Pablo Bezerra. Dever constitucional obriga juiz a fundamentar decisões. Coluna Autoritarismo Judicial. **Consultor Jurídico**, 11 de junho de 2013, 7h44min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. rev. e atual. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de Processo civil**. Rio de Janeiro, Forense; Brasília, INL, 1973.

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

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo jurisdicional democrático na América Latina: alguns apontamentos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./ dez. 2010.

“Ordenações Filipinas”. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em 1º de julho de 2015.

PAULA, Alexandre de. **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência**. 2ª ed. ampl. e refundida. Vol. II (arts. 68 a 143). Revista Forense, 1958.

NUNES, Dierle. Streck, Lenio Luiz. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! Coluna Ganhos para o Brasil. **Consultor jurídico**, 25 de fevereiro de 2015, 8h52min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>. Acesso em 27 de julho de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Debate sobre a fundamentação do novo CPC deve ser menos corporativo. Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, em 30 de maio de 2015, 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo>>. Acesso em 06 de setembro de 2015.

_____. Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2013.

_____. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a hermenêutica jurídica? Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, 29 de agosto de 2015, 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. O porquê não ao “princípio” do porque sim! No Direito. Coluna Diário de Classe. **Consultor Jurídico**, em 8 de fevereiro de 2014, 8h02min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

ROVER, Tadeu. Vasconcellos, Marcos de. Juízes pedem veto a artigos que traz regras para a fundamentação das decisões. Novo CPC. **Consultor Jurídico**, 4 de março de 2015, 11h 10min. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Altas de Processo Civil/ Coordenação Carlos Alberto Carmona.)

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e abril/2010. (P. 158/173).

_____. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**, in: Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho... [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Novo CPC terá mecanismo para combater decisionismos e arbitrariedades? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 18 de dezembro de 2014, às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

_____. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, em 2 de julho de 2015, Às 8h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>> Acesso em 27 de julho de 2015.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5^a ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras:** 200 anos de Luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.