

Isabella Bastos Emmerick

# TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O presente trabalho visa analisar a dinâmica de formação da fundamentação das decisões judiciais em face das influências perpetradas pelo sistema moral na construção dogmática-teleológica e aplicabilidade operacional do sistema jurídico. Para tanto, apoia-se numa metodologia dedutiva e analítica, relacionando compreensões filosóficas, ideológicas e práticas à legislação que regulamenta o caminho percorrido até o convencimento do magistrado no bojo de um processo judicial. Toma, como ponto de partida, a análise do Direito como sistema aberto e intercomunicável, dentro de dada sociedade, com seus demais sistemas de conformação para, a partir daí, abordar os aspectos de legalidade da dinâmica de fundamentação decisional, elucidando a possibilidade de referida ingerência externa aos provimentos jurídicos, dando enfoque, finalmente, ao sistema moral e seus preceitos como influenciadores da convicção dos magistrados, numa visão Dworkiniana de Direito como integridade, evidenciando o contraponto evidente entre as noções de busca pela justiça e a possibilidade solipsista às quais dá aso. Conclui, por fim, pela necessidade premente de criação de mecanismos objetivos de motivação das decisões com vistas ao afastamento da discricionariedade ampla, bem como do mínimo regulamentar da orientação da eficácia principiológica que confere representatividade, mas, igualmente, legitimação aos sistemas democráticos de Direito.

ISBN 978-65-6006-044-9



9 786560 060449 >

# **TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**



**Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre**  
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

**Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira**  
Universidade de Brasília - UnB

**Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. César Mauricio Giraldo**  
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

**Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

**Prof. Dr. Francisco Satiro**  
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

**Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza**  
Universidad de Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. Henrique Viana Pereira**  
PUC - Minas

**Prof. Dr. Javier Avilez Martínez**  
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

**Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha**  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

**Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino**  
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

**Prof. Dr. Luciano Timm**  
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

**Prof. Dr. Mário Freud**  
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

**Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra**  
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

**Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues**  
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior**  
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

**Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

**Prof. Dr. Thiago Penido Martins**  
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

**Direção editorial:** Luciana de Castro Bastos

**Diagramação e Capa:** Editora Expert

**Revisão:** Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>  
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

EMMERICK, Isabella Bastos

Título: Temas de Direito Processual Civil - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Isabella Bastos Emmerick

ISBN: 978-65-6006-044-9

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Processual Civil 2.Decisões Judiciais 3.Sistemas Jurídicos

4.Processo Judicial

I. I. Título.

CDD: 341.46

**Pedidos dessa obra:**

**[experteditora.com.br](https://experteditora.com.br)**

**[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)**



**EXPERT**  
EDITORA DIGITAL



## SUMÁRIO

A exigência processual de motivação das decisões: o tênue limite entre legalidade, moralidade e solipsismo judicial.....	9
Linguagem, discurso e motivação das decisões no novo CPC: uma abordagem neopragmatista.....	37
Paradigmas de conhecimento sentenças judiciais.....	53
Mandado de segurança como sucedâneo recursal a âmbito dos juizados especiais cíveis .....	75



## **A EXIGÊNCIA PROCESSUAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: O TÊNUE LIMITE ENTRE LEGALIDADE, MORALIDADE E SOLIPSISMO JUDICIAL.**

*Isabella Bastos da Silva Oliveira<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho visa analisar a dinâmica de formação da fundamentação das decisões judiciais em face das influências perpetradas pelo sistema moral na construção dogmática-teleológica e aplicabilidade operacional do sistema jurídico. Para tanto, apoia-se numa metodologia dedutiva e analítica, relacionando compreensões filosóficas, ideológicas e práticas à legislação que regulamenta o caminho percorrido até o convencimento do magistrado no bojo de um processo judicial. Toma, como ponto de partida, a análise do Direito como sistema aberto e intercomunicável, dentro de dada sociedade, com seus demais sistemas de conformação para, a partir daí, abordar os aspectos de legalidade da dinâmica de fundamentação decisional, elucidando a possibilidade de referida ingerência externa aos provimentos jurídicos, dando enfoque, finalmente, ao sistema moral e seus preceitos como influenciadores da convicção dos magistrados, numa visão Dworkiniana de Direito como integridade, evidenciando o contraponto evidente entre as noções de busca pela justiça e a possibilidade solipsista às quais dá aso. Conclui, por fim, pela necessidade premente de criação de mecanismos objetivos de motivação das decisões com vistas ao afastamento da discricionariedade ampla, bem como do mínimo regulamentar da orientação da eficácia principiológica que confere representatividade, mas, igualmente, legitimação aos sistemas democráticos de Direito.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, vinculada à linha de pesquisa “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

**Palavras-chave:** Motivação das decisões judiciais; Sistemas; Legalidade; Moral; Solipsismo.

### **RESUMÉE**

Cette étude a pour but d'analyser la dynamique de formation de la fondation des décisions judiciaires face à les influences perpétrées par le système moral dans la construction dogmatique-téléologique et l'applicabilité opérationnelle du système juridique. Em ce sens, est basé sur une méthodologie déductive et analytique, concernant à la compréhension philosophique, la législation et à l'idéologie et pratique qui régissent le chemin parcouris par le magistrat au cours d'un procès judiciaire. Prend, comme point de départ, l'analyse de la loi en tant que système ouvert et intercomunié au sein d'une société donnée, avec ses autres systèmes de conformation, pour aborder les aspects positivisée de dynamique décisionnelle, élucidant la possibilité d'une telle interférence de dehors à les provisions juridiques, en se concentrant, enfin, au système moral et ses préceptes comme influenciateur de la conviction des juges, dans une vision Dworkiniane du Droit comme intégrité, en démontrant le contrasens évident entre la recherche de la justice et les notions de possibilité solipsiste à laquelle ce la donné base. Conclut, enfin, par la nécessité impérieuse de mettre en place des mécanismes objectifs des motivation des décisions, en vue de la suppression de la grande discrétion, ainsi que des directives réglementaires minimales d'efficacité des principes qui confèrent représentation, mais aussi, légitimation au Droit au coeur des systèmes démocratiques.

**Mots-clés:** Motivation des jugements; Systèmes; Légalité; Morale; Solipsisme.

## 1. INTRODUÇÃO

Não se concebe hoje, em tempos de sociedades modernas globalizadas, a organização de Estados avessos às dinâmicas do Direito. Ainda que estas variem conforme as sociedades em que se inserem e que às quais regulamentam, apresentam sempre pontos em comum em suas essências norteadoras. Nesse sentido, com ampla aceitação, compreende-se que deve o Direito exercer, em seu próprio bojo, o papel de buscar respostas às questões que o definem e conformam, desde sua origem ideológica e dogmática até sua prática efetiva como mecanismo de controle social através do poder jurisdicional exercido pelo Estado.

Aparentemente, há uma meta traçada com certo grau de objetividade. Contudo, se compreendido o Direito como sistema social e, portanto, variável em atenção às mudanças no pensar coletivo em determinada época, conjuntura, ou experiência, percebe-se que tal é senão a tarefa mais árdua do ramo: a de auto justificar-se. Diante da ingerência de demais sistemas alheios às suas noções puramente positivistas e, por vezes, contraditórios em relação a estas ou inadequados às suas finalidades precípuas, tem-se que o Direito procura receber de forma controlada seu influxo, em busca de estabilizar-se e legitimar-se, mas que, durante este processo, não é capaz de definir requisitos formais fortes o suficiente a afastar certos graus de discricionariedade externas em seus postulados e disposições diante situações concretas.

Questiona-se, assim, como se formam de fato os provimentos jurisdicionais, haja vista a possibilidade de interferência que não somente jurídica em suas construções durante o caminho de formação do convencimento do juiz como sujeito cognoscente e, portanto, limitado e influenciável. Nesta senda, especial atenção se dirige à influência do sistema moral na convicção dos magistrados e sua visão como busca pela justiça que pode vir a ensejar, em contrapartida, pareceres solipsistas nas fundamentações decisórias, influenciados por noções individuais e subjetivas do julgador.

Nesse sentido, estuda-se como o sistema jurídico se organiza, numa sociedade autopoietica, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, e como se dá sua comunicação interssistêmica com as demais áreas de saber. Na esteira, passa-se a analisar a questão da motivação das decisões judiciais e quais os elementos internos e externos que podem atuar em sua conformação em relação a seus mecanismos de efetivação e controle previstos em lei. Por fim, elucidase relação entre o Direito e a moral, demonstrando-se que apesar de não completamente dissociáveis, tampouco podem ser tomados na compreensão de integridade Dworkiniana e, portanto, de subjugação deste para com aquela, ainda que se defenda neste sentido uma posição de busca pela justiça.

Conclui-se, ao final, pelo esclarecimento da referida postura em face dos riscos solipsistas a que conduz, por meio da criação de mecanismos objetivos de tomada de decisão e de regulamentação da discricionariedade ampla oriunda das noções pós-positivistas, evitando-se, assim, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito por paulatina incapacidade de suprimento de posturas sociais radicais e, conseqüentemente, a involução deste a seus vieses liberais e individualistas, afastados das aspirações de solidariedade e fraternidade aspiradas pelo constitucionalismo moderno e esperançosas de um novo patamar do Direito como efetivamente equânime.

## **2. O DIREITO COM MICROSSISTEMA AUTOPOIÉTICO DO MACROSSISTEMA SOCIAL**

O Direito, tal qual o concebemos hoje, constitui um sistema normativo. Em verdade, um subsistema integrante de um regramento sistemático maior: a sociedade. Esta representa a lógica complexa informadora de todas as dinâmicas sociais que, por sua vez, se configuram em lógicas secundárias auto organizadas com condições e características específicas, geradas para conferir-lhes estruturação e autonomia própria, bem como eivadas de elementos externos,

interconexos e comunicáveis de umas para com as outras. (BAETA NEVES, 1997; BERTALANFFY, 2008; CAMPILONGO, 2011; LUHMANN, 1981, 1990)

Destarte, defende-se a teoria de que há uma mútua relação conceitual e prática entre esses microssistemas “capaz de fornecer ao Direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autônomo ou um sistema decisional socialmente condicionado” (TEUBNER, 1993, p. 20), de sorte que se poderia definir suas relações como autopoiéticas, reciprocamente influenciáveis.

Nesse sentido, no interior do sistema macro que constitui o corpo social, encontram-se diversos sistemas menores que o compõem, tais como a moral, a política, a religião, a ciência, a economia, a cultura, a arte, a escolaridade, dentre outros, estando estes numa situação de interconexão, ao passo que, apesar de fundados em estruturas próprias, ao se reproduzir e se desenvolver não possuem capacidade de suficiência plena apta a solucionar suas problemáticas internas e suas complexidades, de forma que não conseguem supri-se conceitualmente para evitar a ingerência de fatores externos oriundos dos demais, uns sobre ou outros, configurando-se assim como sistemas relativamente abertos e seletivos de elementos de interesse, terceirizados entre si, com vistas à auto conferência de seus mais altos graus de completude lógica (BERTALANFFY, 2008; MELLO, 2006; LUHMANN, 1990, 1997):

O sistema é aberto cognitivamente para ser estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para alimentar suas operações internas. Não é aberto no sentido da teoria tradicional, já que a relação entre as provocações do entorno e as respostas do sistema não é causal e linear (a cada perturbação uma resposta do sistema); também não é aberto nos termos do modelo cibernético de input/output (a cada perturbação registrada na memória do sistema uma resposta). Mais bem, trata-se de uma abertura seletiva,

enquanto relação de imputação derivada da auto-referencialidade: depois de observar o entorno e suas demandas, bem como a si mesmo e sua capacidade estrutural para redução da complexidade, o sistema seleciona aqueles ruídos (perturbações ou irritações) que serão recebidos e considerados como informação (aqueles dados que são reconhecidos pelo sistema como distinções segundo o código de programação binário) apta a gerar novas estruturas capazes de reduzir a complexidade externa. (LUHMANN, 1990, p. 57).

Com efeito, o Direito não passa ao largo desta constatação, superada sua simplificação positivista pura, mas bebe das mais variadas fontes na formação de seu código seletivo responsável pela eleição daquilo que se caracteriza como dentro e fora de seus regramentos (BERTALANFFY, 2008; VILLAS BÔAS FILHO, 2009):

[...] a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma ‘para-realidade’, codificada a partir do esquematismo binário ‘Direito/não-Direito’ (ou ‘lícito/ilícito’), onde se prevê os conflitos que são conflitos para o Direito e se oferece as soluções que são conformes ao Direito. (LUHMANN, 1990, p. 64).

Desde sua origem, o sistema jurídico influencia e é influenciado pela realidade social e pelas relações nesta desenvolvidas, sendo compreendido, pois, apesar de normativamente e operativamente fechado, remetido em sua atuação à rede de suas próprias lógicas internas, reprodutor de si mesmo e relativamente autônomo em sua elaboração, como cognitivamente aberto e receptivo às variações sensíveis de natureza não estritamente legal em sua evolução, filtrando e acoplando estruturalmente a si os elementos necessários à

sua adaptação social, estabilidade e continuidade temporal (CANARIS, 2012; DE GEORGI, LUHMANN, 1993; GUERRA FILHO, 1997):

O sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, e seguindo os ditames dessa, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto – referencialidade. Fechado no sentido de auto – referencialidade operativa, isso é, o direito se auto – regula através da sua identidade (código binário). (TRINDADE, 2008, p. 124).

Em face disto, surge a concepção sociológica do Direito, como o complexo sistemático definidor de comportamentos sociais normativamente direcionados e direcionáveis à partir da definição da moldura ditada pela racionalidade jurídica (LUHMANN, 1981, 1990; QUEIROZ, 2003; TRINDADE, 2008). Desse modo, o ordenamento jurídico se apresenta em sociedade como subsistema retroalimentado por suas premissas, mas comunicável, por seleção necessária à sua sobrevivência, com os postulados de outros sistemas sociais que lhes forem úteis e lhes garantam o funcionamento como mecanismo forte de contingenciamento dos demais sistemas, apesar de sua própria contingência por estes, dependente pois, além de uma coerência estrutural, de uma interpenetração externa de acordo com aquilo que se é razoavelmente aceito em cada seara em que atuar (BERTALANFFY, 2008; GUERRA FILHO, 1997; LUHMANN, 1990):

Direito e sociedade estão em relação de interdependência (acoplamento estrutural) recíproca: o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade e, ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais alta e estruturada. Em suma: o Direito é “uma construção de alta complexidade estruturada”, satisfazendo a

necessidade de ordenamento na sociedade. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social. (LUHMANN, 1990, p. 47).

Portanto, o Direito se configura como “o mediador entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência” (BAETA NEVES, 1997, p.11), um microssistema social que dialoga necessariamente com todos os demais através de uma rede recursiva de comunicações, responsável por sua atualização e estabilização constantes como mecanismo de coerção e direcionamento social (LUHMANN, 1981, 1990; NEVES, 2005).

### **3 A PROBLEMÁTICA ENTRE A EXIGÊNCIA PROCESSUAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES E A INFLUÊNCIA DE ELEMENTOS DE SISTEMAS NÃO JURÍDICOS NA PERCEPÇÃO DO JULGADOR.**

A partir da relativização da concepção puramente dogmática do Direito permitida pela abordagem social de sua sistemática, adentram em sua dinâmica, paulatinamente, por noções voltadas à satisfação de direitos humanos e fundamentais oriundas de compreensões ideológicas humanitárias e igualitárias fundadas, sobretudo, nas noções de justiça e equidade, e representadas, principalmente, pelos princípios envolvidos no processo de constitucionalização dos ordenamentos normativos, responsáveis pela conferência às cartas jurídicas superiores dos Estados, antes tão somente políticas, de força cogente em face do restante do ordenamento jurídico, mormente no que tange a seus dispositivos referentes às garantias individuais e sociais (BOBBIO, 1994, 1995).

Destarte, o Direito, como sistema aberto, recebeu ao longo do tempo um influxo de ideias de outros sistemas sociais transformador de suas concepções liberais e individuais puras, resultando em tais aspirações democráticas e pós positivistas insculpidas nas Constituições como valores fundamentais ((BOBBIO, 1994; LUHMANN, 1981, 1990;

TRINDADE, 2008). Ao mesmo tempo, como sistema operacionalmente fechado, agiu de forma autocontrolada, transferindo os preceitos axiológicos inseridos nos textos constitucionais às regras materiais infraconstitucionais, mas também às suas normas de efetivação, o processo, como forma de garantir sua coerência real e sua legitimação interna, acompanhando as transformações e necessidades dos demais sistemas sociais (BOBBIO, 1994, 1995).

Nesse contexto, as Constituições ao adquirirem capacidade de ingerência ampla no complexo conjunto de normas de um Estado, ensejaram, aos poucos, a sujeição das leis e regramentos infraconstitucionais a seus ditames, inclusive aqueles historicamente regidos pela autonomia privada (BOBBIO, 1994, 1995; ZAVASCKI, 2005). Tal processo foi permitido tanto pela inclusão formal de dispositivos axiológicos cogentes nos textos das referidas normas, quanto, e sobretudo, pela ressignificação hermenêutica dos conceitos e efeitos oriundos de suas regras de aplicabilidades práticas, isto é de seu processamento jurisdicional concretista (STRECK, 2011a, 2011b; BOBBIO, 1995).

Neste diapasão, em especial atenção ao Processo Civil, formador e regulamentador de grande parte das decisões jurisdicionais, tais influências podem ser facilmente percebidas e se manifestam de maneira forte, tanto nas exigências estritamente práticas que garantem o devido processo legal formal e a ampla defesa através de regras gerais, neutras e abstratas, logicamente verificáveis, quanto no que toca à dinâmica da motivação decisional, relacionada aos aspectos de justiça, isonomia e equanimidade, que envolve, por sua vez, para além de uma análise de subsunção e obediência prática de preceitos, um estudo mais aprofundado das questões sistemáticas e subjetivas que influenciam o julgador no momento da formação de seu convencimento, posto que abrangem aspectos além à dogmática jurídica, de ordem individual, a serem controlados pelo regramento positivo afim de afastar-se da parcialidade e a sujeição ao pensamento individual, elementos estes tidos como viciados e completamente

estranhos à dinâmica proposta pelo Direito num estado democrático (NOJIRI, 2000; STRECK, 2011a, SLAIB, 2013; ZAVASCKI, 2005).

Fato é que em relação ao ditames normativos que garantem a formalidade processual impõem-se regras de observação racional lógica, as quais deixam pouco ou nenhum espaço de discricionariedade ao julgador, o que de forma alguma ocorre de forma amplamente controlada com a dinâmica da fundamentação das decisões processuais em seu caminho de demonstração do resultado obtido como conclusão necessária de um caso concreto em análise (NERY JÚNIOR, 2009; TARUFFO, 1975).

Nesse contexto, pode-se compreender o ato de fundamentar do magistrado à sentença como a atividade de atribuição de razões, de fato e de direito, substanciais e formais, pois, às decisões judiciais que representem além do exercício da lógica intelectual do juiz, sua imparcialidade do juiz e sua submissão às regras positivadas e aos propósitos do Estado de Direito e aos princípios constitucionais (NERY JÚNIOR, 2009; NOJIRI, 2000). Nesse toar, torna-se imprescindível em tal exercício que a postura do julgador seja determinada pelo Direito e não determinista ou ideológica, mas ao mesmo tempo complexa e holística, axiológica, de forma que o juiz promova uma abordagem “justa” da situação concreta (WATANABE, 2012; ZAVASCKI, 2005).

Com efeito, a partir da definição proposta, de fácil percepção que tem-se na etapa motivacional do processo a possibilidade nítida de influência de aspectos subjetivos do julgador, inclusive daqueles relacionados não apenas ao caráter legal do feito, mas oriundos dos demais subsistemas sociais o que, apesar de em certa medida necessário à alimentação do sistema como um todo na busca de sua estabilização, pode representar a si graves riscos se desvirtuados os objetivos jurídicos desta abertura e privilegiado seu caráter puramente ideológico, muitas das vezes completamente afastado das finalidades do complexo normativo e afeito apenas a seu próprio sistema (NEVES, 2005; STRECK, 2011a, 2011b; SLAIB, 2013).

Com vistas a evitar tal desiderato, tanto quanto na medida do possível, ou ao menos simbolicamente propor sua proibição através

da transparência e da publicidade de motivos de formação do convencimento, no sentido de permitir sua confrontação com as regras do devido processo legal, ampla defesa e teleologia constitucional, no contexto brasileiro atual, prevê o texto constitucional (WATANABE, 2012):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, s.p.)

Em consonância, já que derivação lógica da norma superior e de seus mandamentos, repete o Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015, s.p.) e, na esteira, determina o mesmo ainda em inúmeras passagens, específicas e gerais, das quais se faz exemplo:

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz **motivará seu convencimento de modo claro e preciso**.

[...]

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e **indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento**. (BRASIL, 2015, s.p.)

De forma mais minuciosa aduz ainda que:

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;

[...]

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

§ 3o A decisão judicial deve ser **interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos** e em **conformidade com o princípio da boa-fé**. (BRASIL, 2015, s.p.)

Ante a leitura dos textos normativos nítidos restam dois requisitos, a saber: motivação/fundamentação das decisões e de demonstração clara e precisa do convencimento do julgador; e ausência de argumentos e indicações restritivas de motivos (STRECK, 2011a, 2011b). Entende-se, pois, o objetivo dos dispositivos, a partir do primeiro requisito, e suas limitações a partir do segundo.

Imperioso questionar-se, finalmente sobre, paralelamente a este e perpendicularmente àquele, o “como?” (NERY JÚNIOR, 2009).

Ora, deve o Poder Judiciário atender às exigências da motivação e fundamentação das decisões, distanciando-se de práticas meramente repetitivas, indeterminadas, ou incompletas, mas quais os passos a serem observados para tanto e como deve ser a caminhada em busca de uma decisão ideal, adequada e legalmente motivada? Essa é a incógnita que orbita toda a esfera do poder jurisdicional e, talvez, uma das maiores responsáveis pela desestabilização legitimatória do Direito (WATANABE, 2012).

É certo que uma decisão deve se fundamentar nas referências legais postas e, em casos mais simples, estas resolvem bem a questão na forma de subsunção lógica positivista. Contudo, ao se deparar com os denominados casos difíceis ou *hard cases*, o simples texto normativo quando contraposto às noções de justiça, equidade e o rol de princípios e garantias que originam, se torna precário e insuficiente para dirimir matematicamente a situação, de sorte que passa a atuar o juiz em sua esfera de discricionariedade. E é justamente nesse momento em que se revela a dificuldade da exigência motivacional de sentenças, haja vista a inexistência de requisitos claros e vinculativos para tanto (STRECK, 2011a, 2011b; WATANABE, 2012).

Destarte, a lei utiliza como parâmetro para tanto os conceitos de “ponderação” e “boa-fé”, mas tem-se que mesmo estes são demasiado abertos e subjetivos, retornando o julgador à estaca zero: algo o vincula em sua decisão quando a lei é silente, inadequada e insuficiente? Se sim, o quê, como e em que medida? Esta é uma questão que diz respeito não apenas a como são formadas as decisões judiciais, mas à própria operacionalização do Direito como sistema, no que tange tanto à sua lógica interna quanto à legitimação de seu exercício de poder, e também à sua relação com os demais sistemas, na medida em que estes podem influenciar o julgador diante de uma ausência de parâmetros jurídicos. (SLAIB, 2013; ZAVASCKI, 2005)

Desse modo, a par das formalidades processuais, entende-se que a dinâmica motivacional das decisões envolve fatores paralelos

à pureza jurídica, adstrito a compreensões sociais, filosóficas, ideológicas, políticas, religiosas, artísticas, dentre outras que, apesar de comporem o macrossistema da sociedade, não podem adentrar ao Direito de forma frouxa como parece ser permitido ocorrer nas situações acima elucidadas, pela precariedade de controle que revelam os direcionamentos legais, sob pena do comprometimento da lógica do sistema por vício de legitimação e finalidade (STRECK, 2011a, 2011b; ZAVASCKI, 2005).

Com efeito, deve-se analisar de que modo atua cada sistema ao irradiar-se por sobre o Direito e em que parcela pode contribuir satisfatoriamente para a formação de decisões adequadas à finalidade jurídica, sem desvirtuá-la de seu papel legal e, concomitantemente, aproximando-a da situação que mais próxima chegue da noção de justiça em determinado momento na história de uma comunidade: tal busca se traduz como pedra de toque do sistema jurídico, ponto que alimenta seu teor filosófico e prático desde os primórdios e ainda deveras longe de encontrar solução satisfatória.

### **3. A CONCEPÇÃO PRÁTICA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ: SOLIPSISMO OU JUSTIÇA?**

Em linhas gerais, a moral de uma sociedade diz respeito à dinâmica dos conceitos, tradições e símbolos daquilo que se processa internamente ao indivíduo, no plano de sua consciência. Com efeito, apesar de se referir a questões de foro íntimo, seus valores são historicamente alicerçados como universais em dada comunidade através de padrões de conduta socialmente aceitos como de um homem médio em dado contexto e, assim, passam a representar fundamentos de determinadas práticas e também requisitos de ratificação de outras, ao passo em que impõem a subsunção a moldes axiológicos de comportamento reconhecidos como virtudes políticas e sociais gerais de uma coletividade (DWORKIN, 2007).

Nesse sentido, entende-se que a moral, como portadora de uma dinâmica singular de retroalimentação operacional e condicionamento humano, constitui, ao lado do Direito, mais um dentre os microssistemas sociais, responsáveis por conferir uma forma de funcionamento específica a certa sociedade, condicionando-a e informando-a, bem como interferindo, considerando a comunicação e abertura própria do mecanismo de sistemas, em outros ramos de atuação humana, influenciando-os e destes recebendo igualmente doses controladas de ingerência (CALAMANDREI, 2015; DWORKIN, 2005, 2007).

Destarte, em se considerando o Direito também como sistema em parte aberto, forçoso reconhecer o caráter axiológico moralista presente em muitos de seus postulados, direta ou indiretamente. Fato é que as posturas assumidas pelo poder normativo do Estado não podem ser compreendidas em subsunção aos regramentos moralistas e tradicionais de uma sociedade, mas, tampouco, de forma completamente dissociada de seus efeitos irradiadores, já que compõe componente de enorme relevância à conformação e aceitação pelo pensamento coletivo das ordens emanadas do sistema jurídico e, de certa forma, requisitos de sua ratificação e perpetuação (CALAMANDREI, 2015; STRECK, 2011a, 2011b).

Com efeito, negar que o sistema jurisdicional receba influência dos contextos morais que determinam a vida em sociedade seria rejeitar o próprio caráter aberto do Direito, compreendendo-o como estrutura autossuficiente em si. Tal constatação falha ao afastar a própria origem deste sistema, já que oriundo do pensamento humano e, portanto, amplamente susceptível a ajustamentos de ordens diversas de seus objetivos estritamente estruturais, assim, inconcebivelmente livre ao ponto de se desvincular completamente dos demais aspectos da realidade coletiva e individual que não os necessários ao controle político ou utilitário do comportamento social (MAXIMILIANO, 2009; STRECK, 2011a, 2011b).

Por outro lado, a aceitação plena da subsunção de um sistema ao outro, inclusive com a hierarquização do Direito à moral, demonstra

outro lado da moeda igualmente perigoso ao sistema de regras legais. Tal compreensão se baseia na ideia de Direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, renomado filósofo norte-americano, comprometida com noções ético valorativas na elaboração e, sobretudo, na aplicação das normas, vinculando-se fielmente à busca por uma noção idealizada de justiça social na prática jurídica. Para o autor, há uma relação de simbiose do Direito para com a moral:

Até o momento, minha argumentação não contestou a idéia tradicional de que ‘moral’ e ‘direito’ designam domínios de pensamento em princípio diferenciados, mesmo que talvez sejam interdependentes em diferentes sentidos. [...] poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Compreendemos a teoria política dessa maneira: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais diferenciadas. (DWORKIN, 2010a, p.56)

Nesse toar, inserem-se no âmbito do Direito, sobretudo de sua aplicação, os conceitos de justiça, liberdade, igualdade e equidade e as acepções principiológicas que atualmente embasam as tendências democráticas, pós-positivistas e constitucionalizantes dos ordenamentos jurídicos. Assim, a concepção de integridade refere-se a uma virtude política, no sentido de compromisso axiológico do legislador e do governo para com seus cidadãos, afim de satisfazer os padrões exigidos por uma perspectiva de equidade nas relações sociais, bem como, e especialmente, aos magistrados, em seus papéis de concretizadores diretos e imediatos dos efeitos das normas, de sorte impor-lhes a necessidade de interpretação construtiva do Direito, sobretudo ao depararem-se com o problema de encontrar a melhor resposta a uma complexa situação jurídica, em relação à qual restam

dúvidas quanto à solução que melhor perfaria uma solução justa e equânime (DWORKIN, 2005, 2007).

Com efeito, tal visão pressupõe a existência de princípios, extrajurídicos, portanto, superiores ao caráter meramente legal, de ordem valorativa, vinculadores de todo o ordenamento jurisdicional, fundamento de uma regra de reconhecimento do próprio regramento jurídico, que representam uma mitigação prévia à discricionariedade quando de sua aplicação e são responsáveis por limitar as ingerências estatais naquelas que se entendem como garantias fundamentais dos seres humanos em determinado corpo coletivo, de acordo com suas tradições amplamente enraizadas, e em relação às compreensões universalmente aceitas de dignidade humana (DWORKIN, 2005, 2007).

Neste diapasão, há um enfoque ao papel desempenhado pelos juristas na satisfação do modelo de integridade ao Direito, haja vista a função de freio e contrapeso que podem efetivamente representar face aos atores dos demais poderes estatais. Assume, desse modo, o juiz, em seu âmbito de poder decisional, a figura central na busca da pretensão de Direito como elemento da moral, ao passo que responsável imediato dos provimentos judiciais e da interpretação e conformação da norma ao caso concreto, com a possibilidade real de aprazimento das necessidades axiológicas que devem nortear o sistema jurídico com vistas ao respeito daqueles que deveriam ser os próprios fundamentos do contrato social que o embasa (DWORKIN, 2005, 2007).

Neste viés, defende-se que o magistrado, ao elaborar uma sentença, mormente em casos de aparente colisão de princípios, de conflito entre princípios e regras ou de aparente ausência de regramento efetivo da situação concreta, deve observar certos passos com vistas à preservação dos preceitos morais valorativos de justiça e equidade insculpidos numa sociedade, primeiramente selecionando as teorias coerentes sobre os direitos envolvidos em conflito a partir dos preceitos elencados, expressa ou implicitamente, nas posturas do legislativo ou do executivo, em seguida elaborando as hipóteses de solução que se mostrassem adequadas à interpretação construtiva

da regra e do histórico dos casos semelhantes para, a partir de então, encontrar a hipótese mais acertada principiologicamente ao caso, vinculando-se à concepção de Direito como sistema coerente de princípios embebidos de justiça e equidade, afastando as acepções puramente utilitaristas, dogmáticas ou pragmáticas, satisfazendo assim a busca o equilíbrio entre o poder jurisdicional e o sociológico moral de uma coletividade (DWORKIN, 2005, 2007).

Ora, a falha de tal compreensão, apesar de diametralmente oposta, não se mostra em conflito estrutural com a que se indica para uma noção estritamente positivista do Direito. O afastamento de qualquer influência moral na lógica jurídica não é menos grave que a pretensão de subsunção total desta àquela, já que retira do Direito suas características fundamentais que o permitem atuar como conformador do comportamento social na busca de finalidades gerais, políticas, econômicas, administrativas, todas aquelas que não meramente relativas a noções culturais ou tradicionalistas, essenciais ao funcionamento de um corpo coletivo em perene harmonia (CALAMANDREI, 2015; PORTANOVA, 2003; WATANABE, 2012; WITTGENSTEIN, 2017).

Se, por um lado, é um erro desconsiderar a irradiação dos fatores morais por sobre o campo de decisões judiciais, por outro, não se pode olvidar de que os ditames moralizadores de uma sociedade constituem paradigmas de conhecimento que, em diversas circunstâncias, sofrem variações, podendo inclusive estas coexistirem em determinado momento numa mesma sociedade o que, de fato, num país formado por inúmeras identidades culturais como o Brasil, é uma realidade notória (CALAMANDREI, 2015; MOREIRA, 2004).

Nesse contexto, tem-se que os dogmas sacralizados como majoritários e gerais da moral não atendem senão aos interesses daqueles que se inserem em suas bases formadoras, restando excluídos desta análise que contraditoriamente pressupõe os valores de justiça e equidade os ideais minoritários de certos grupos com posturas ou identidades dissociadas das compreensões universalizantes (PORTANOVA, 2003; PRADO NETO, 2003; STRECK, 2011a, 2011b). Com

efeito, a própria regra de reconhecimento do modelo de Direito como integridade torna-se insuficiente para explicá-lo e atender a seus próprios valores da mesma forma como ocorre com o positivismo normativo que combate.

Ademais, ponto nevrálgico de tal teoria se situa na possibilidade de o resultado interpretativo construtivista do Direito ser influenciado pelas convicções morais, ideológicas e filosóficas de cada juiz, como sujeito pensante. Numa tentativa de minimizar tal ingerência, dispõe-se há uma mitigação da liberdade subjetivista do magistrado ao passo em que, ao tomar suas decisões, deve estar adstrito aos princípios superiores e aos valores da moral pública, bem como ao histórico político da comunidade a que serve (GOMES, 1993; MAXIMILIANO, 2009; WATANABE, 2012).

Em contrapartida, reconhece que a tarefa decisória proposta pelo Direito como integridade pressupõe, em sua forma ideal, características sobre-humanas de capacidade e paciência do juiz para analisar todos os desdobramentos de uma situação de fato, bem como sua adequação aos ideais sociais axiológicos de forma imparcial, sendo mesmo definida como muito provavelmente inalcançável e incapaz de ser executada por um magistrado em sua rotina exaustiva do cotidiano judiciário, sobretudo o brasileiro, sobrecarregado de processos e carente de servidores:

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. (DWORKIN, 2010b, p. 287)

Nesse sentido, não há por este caminho quaisquer garantias de existência de apenas uma solução correta e ideal para um caso

concreto, tampouco uma formulação viável de método para o alcance ainda que existisse uma.

Imperioso cogitar, portanto, a existência de certos graus de solipsismo moral legitimado no bojo das decisões judiciais quando se parte de uma visão de integridade do sistema. Ora, ao passo em que se reconhece como inafastável a possibilidade de elementos de percepção do julgador que, ao final, percebe-se que nada mais são que análises subjetivas influenciadores dos pronunciamentos jurídico finais num processo, abrem-se as portas para o desenvolvimento deste mecanismo de pensamento (MORENO, 2000, 2001; WATANABE, 2012).

Com efeito, a prática do solipsismo jurídico decisional constitui-se numa ideologia, muitas vezes inconsciente, baseada em percepções e sensações próprias e superiores, por uma falsa sensação de poderes e capacidades elevadas por ilusões meritocráticas, que terminam por relegar os fatos e elementos variações da realidade a papéis de meros partícipes sem existências próprias na formação das compreensões de seus responsáveis cognoscentes que findam, por sua vez, enxergando-se como centros autossuficientes de decisão no processo. Tal conjectura se dá em virtude de toda a lógica decisional permissiva e que busca como ponto de apoio estas figuras, atribuindo-lhes funções de verdadeiros cavaleiros da justiça, desatenta às suas indissociáveis naturezas humanas e, portanto, às influências inevitáveis que recebem de outros sistemas sociais que não o meramente jurídico (MORENO, 2000, 2001; HABERMAS, 2012, 2014; WITTGENSTEIN, 2017).

Destarte, em sendo o juiz o principal ator dos provimentos jurisdicionais e considerando que este possui caráter subjetivo e individual, tal qual todo ser cognoscente, e, portanto, sensível, analítico, dotado de cargas experimentais acumuladas por seus históricos e percepções pessoais, nada mais natural que reconhecer sua influência nas posturas concretistas que assume na lógica processual (MORENO, 2000, WITTGENSTEIN, 2017). A problemática da questão não está, pois, em aceitar ou não a existência deste fato, já que inevitável, assim como a ingerência da moral no Direito, mas em suas limitações, se é que estas existem, e como se impõem na sistemática procedimental

Percebe-se, pois, que a busca pela satisfação da justiça pregada por uma concepção moralizante do Direito, isto é, de submissão do sistema jurídico ao sistema moral, não é suficiente, como quer, para revelar metas e requisitos suficientemente fortes para as decisões jurisdicionais, ao passo que se baseia, tal qual os dispositivos normativos, justamente por ser destes inspirador, em conceitos demasiado abertos que deixam a cargo do magistrado elevado grau de discricionariedade em sua atuação em busca daquilo que considera como justo . (CALAMANDREI, 2015; PRADO NETO, 2003; STRECK, 2011a).

Outrossim, considerando-se os limites determinados pela experiência e pela linguagem obtidas e associadas por cada indivíduo, percebe-se que igualmente limitada é sua compreensão de justiça e equidade em dadas situações concretas, ao passo em que parte de suas próprias percepções subjetivas sobre o tema (HABERMAS, 2012, WITTGENSTEIN, 2017).

Nesse sentido, não é razoável, tampouco aceitável admitir que apenas as compreensões de princípios superiores, razão prática e valores políticos norteiem a formação das decisões judiciais, mormente em casos de difícil subsunção lógica à lei, sob pena de abrir-se um leque de opções ao magistrado fora do controle operacional do sistema jurídico, que pode se revelar em fundamentações de interesses ou compreensões individuais longe das aspirações de bem comum ou de melhor adequação ao caso concreto, convertendo--se, assim, os provimento dados pelo Direito, como instrumento da sociedade, as conflitos que possui, em verdadeiros instrumentos de poder, totalmente dissociados das noções de justiça, democracia e equidade.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A dinâmica do Direito como sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, autopoietico para com os demais sistemas sociais, não permite sua apartação completa dos ditames da moral, um dos mais importantes microssistemas conformadores do pensamento

social (LUHMANN, 1981, 1990), Em contrapartida, o controle de inspeção positiva e finalística próprio do sistema jurídico tampouco comporta a identificação total dos dois sistemas ou a subsunção completa do Direito à moralidade, ainda que nesta se aleguem facilmente a busca pelos ideais de justiça e equidade.

Fato é que, apesar de ideologicamente sentidos pela compreensão social tais valores não se coadunam num encaixe perfeito com o sistema jurídico. Dentre seus preceitos finalísticos se encontra, em verdade, a noção de bem comum que não necessariamente se confunde com aquilo que se entende como justo numa acepção moral ou cultural do termo. Ao Direito não é dado definir axiomas de condutas, mas sim estabelecer molduras práticas com vistas à organização estatal e à criação de condições de desenvolvimento e progresso, além de vida pacífica e harmônica, na maior medida isonômica possível com os instrumentos que dispuser, sem se questionar tão somente os aspectos valorativos que levam os indivíduos a colaborar entre si, mas analisando as possibilidades coercitivas ou não, mais ou menos socialmente admissíveis que melhor atendam os interesses do corpo social em dada situação (BOBBIO, 1994, 1995).

Para tanto, deve estabelecer, internamente, com vistas a seu funcionamento, mecanismos objetivos, sobretudo no que toca à motivação das decisões direcionando-se, assim, ao afastamento da discricionariedade ampla, bem como definir seus próprios limites, através de um mínimo regulamentar da orientação da eficácia principiológica que confere representatividade, mas, igualmente, legitimação aos sistemas democráticos de Direito. Evita, desse modo, o apego puro e simples às noções de boa-fé, ponderação de princípios e justiça que deixam muito fluidas as compreensões das reais convicções jurídicas dos provimentos jurisdicionais.

Portanto, entende-se que deve ser desmistificada a postura de integridade do Direito em face dos riscos solipsistas a que conduz, por meio da criação de orientações mínimas de ordem formal de tomada de decisão, inclusive em seus aspectos valorativos, regulamentando-se assim o amplo grau de liberdade conferido aos magistrados na

motivação de seus provimentos, oriunda das noções pós-positivistas no cenário jurídico atual, evitando-se, assim, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito que, de outro modo, adviria devido à paulatina incapacidade de suprimento de posturas sociais ou antissociais radicais possibilitadas por visões subjetivas e, conseqüentemente, a involução deste a seus vieses liberais e individualistas ou marxistas arraigados, afastados das aspirações de solidariedade e fraternidade, aspiradas pelo constitucionalismo moderno, ou da reserva do possível, ambos necessárias e esperançosos de um novo patamar do Direito como efetivamente equânime.

## REFERÊNCIAS

BAETA NEVES, Clarissa Eckert. Niklas Luhmann e sua obra. In: BAETA NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Universitária, 1997.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

----- . **A Teoria das formas de governo**. 7. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: **Palácio do Planalto**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 12 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: **Palácio do Planalto**. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 jul. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os Juízes, vistos por nós os advogados**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Max Linonad, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

DE GEORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiése do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como ideologia**. São Paulo: Unesp, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Por que uma “teoria dos sistemas”?**. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

----- . **Remarques préliminaires en vue d'une théorie des systèmes sociaux.** Critique, n<sup>o</sup> 413: Paris, 1981.

----- . **Sociedad y sistema:** la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito:** Luhmann e Teubner. Tempo Social: Revista de Sociologia. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, junho.2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Prueba y motivación de la sentencia”. In **Temas de Direito Processual.** 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORENO, Arley R. **Wittgenstein e os valores: do solipsismo à intersubjetividade.** Natureza Humana. v. 5, n. 2, 2001.

----- . **Wittgenstein:** os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Moderna, Editora da Universidade de Campinas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 9. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.** 2005. 149f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2005.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRADO NETO, Bento. **Fenomenologia em Wittgenstein**: Tempo, Cor e Figuração. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2003.

QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica. **Revista Sequência**, n. 46, p. 77-91, jul. 2003.

SLAIB, Nagib Filho; NAVARRO DE SÁ, Romar. **Sentença Cível**. 8. ed. Forense, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica**: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”. In **Leituras complementares de processo civil**. 3ª ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JUSPodivm, 2005

# **LINGUAGEM, DISCURSO E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CPC: UMA ABORDAGEM NEOPRAGMATISTA**

*Isabella Bastos da Silva Oliveira*

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo estuda como se comporta a fundamentação motivada dos provimentos jurisdicionais a partir da inovação legal do instituto, promovida pelo Novo Código de Processo Civil, que instituiu mudanças de cunho formalista e restritivo em sua dinâmica.

Para tanto, analisam-se, inicialmente, as relações humanas como expressões da linguagem e de seus jogos característicos, evidenciando-se como se forma o discurso e o papel de cada um de seus agentes em seus resultados. A partir disto, define a relação processual como dialógica, observando que nesta se situam, além de polos distintos, partes, a respeito de uma mesma demanda, objeto, um julgador afastado logicamente dos atos e fatos, juiz, e desconhecedor das internas e efetivas compreensões e repercussões destes para os sujeitos envolvidos, haja vista seu acesso restrito à própria linguagem que transmite os acontecimentos aos autos, de acordo com os instrumentos formais processuais, adstritos às limitações próprias destas inserções, que podem não se coadunar de pleno com a realidade individual dos mesmos, além de portador de convicções pessoais inseparáveis de suas compreensões jurídicas da demanda. Nesse contexto, partindo-se de uma retomada dos paradigmas de Direito, analisa-se a inovação legal em apreço, evidenciando-se os aspectos formais de mudança da legislação processual civil e seu caráter meramente dogmático, demonstrando-se a precariedade dos mesmos. Nesta senda, questiona-se como o magistrado deve participar, efetivamente, na construção discursiva dos resultados de uma sentença devidamente motivada de forma a evitar o retorno às

posições extremistas da jurisprudência de valores e do positivismo clássico.

Por fim, defende-se a postura neopragmatista como alternativa de abordagem política, contextualista e sensível para a tomada de decisões satisfatórias ao bem estar da coletividade e alcance dos fundamentos democráticos básicos, com o abandono das questões filosóficas e teóricas infundáveis na seara processualista e a relativização das noções legalistas e decisionistas, por meio de uma visão prática e realista das necessidades individuais e comuns de uma dada sociedade.

## **2. LINGUAGEM, DISCURSO E COMPREENSÃO**

De que modo se estabelecem as relações humanas é a questão que permeia, desde os primórdios e embriões de civilizações, a formação dos inúmeros processos cognoscentes e inter-relacionais entre ser humano-ser humano e ser humano-objeto. Como se desenvolvem mecanismos capazes de possibilitar a comunicação humana e a apreensão intelectual do mundo exterior e quais os elementos micro e macrossociais que nesta influem contextual e simbolicamente, conformando-a? De certo que não há respostas simples para tais questionamentos. Por óbvio, uma de suas explicações recairá no surgimento e evolução da linguagem como meio viabilizador de interação interpessoal por compreensão mútua de esquemas logicamente difundidos e aceitos, dentro de determinado grupo, como representativos de atos e fatos, bem como de atribuição significativa padronizada aos objetos, que permite a relação cognitiva entre o interlocutor e o destinatário das mensagens que produz, dando origem, assim, à produção e evolução do conhecimento social e científico (WITTGENSTEIN, 2017).

Nesse sentido, a linguagem atua como o meio padrão de cognoscência. Mas, em verdade, a forma como se reproduz não se revela igualmente padronizada, haja vista a existência de fatores exógenos a suas estruturas racionais relacionados aos contextos sociais,

econômicos, políticos, educacionais e culturais de seus interlocutores e momentos de produção. Implica dizer que a linguagem tem em seus signos uma neutralidade *a priori*, mas que assume novos contornos ao inserir-se em dada situação fática ou hipotética a depender do sujeito que os absorve e que tais percepções se demonstram, se conectam ou se imbricam, sobretudo nas hipóteses do discurso, este compreendido como a interlocução entre sujeitos e relacionado às práticas argumentativas persuasivas entre estes, que visa estabelecer, de cada lado, um parâmetro de verdade acerca de suas percepções próprias, sem tencionar, necessariamente, à busca de um consenso ou de uma construção dialógica progressiva (HABERMAS, 2012; WITTGENSTEIN, 2017).

Destarte, o discurso, como forma de relação humana, se apresenta como nevrálgicamente atento às posições sociais e ideológicas dos sujeitos que o compõem. Isto leva, inevitavelmente, a outro questionamento que diz respeito à existência ou não das verdades absolutas e das razões epistemológicas, ainda que setORIZADAS, que dirá universais, haja vista a constatação da possibilidade de compreensões diferentes de cada sujeito sobre os mesmo e determinados objeto, de sorte que um acordo de verdade seria possível apenas em situações de percepção e concordância plenas ou do abandono de posturas (HABERMAS, 2012; WITTGENSTEIN, 2017). Fato é que a linguagem como capacidade que gera condições para a cooperação e o entendimento social, encontra barreiras em seus próprios jogos de linguagem que reproduzem tantos significados quanto as situações experimentadas por seus sujeitos, conformando estes usos pragmáticos individuais de seus símbolos em face de suas próprias convicções, tornando as noções destinadas ao alcance de verdades largamente abrangentes demasiado utópicas. Tal constatação repercute em todas as searas de formação do conhecimento, e, por conseguinte, então objeto de estudo, no Direito, importante sistema de conformação da realidade, imposição e controle do poder, responsável, pois, por conteúdo próprio que atinge, direta ou indiretamente, todas as áreas de convivência e produção humanas (HABERMAS, 2012).

Trata-se, pois, não de quais os limites do Direito ou seus fundamentos e o que significam exatamente, haja vista ser esta persecução nada mais que a busca por uma razão superior, aqui refutada de pronto pela imperiosidade social do Direito como organização humana de sobrevivência e constante desenvolvimento. Mas da forma como se permitem ser lidados, dadas as inúmeras possibilidades de apreensão de seus signos, como estes estão postos e são impostos e como são influenciados por outros sistemas e contextos e pelos sujeitos que os manipulem. Destarte, por meio de seus mecanismos legais de organização social, não necessariamente corretos ou justos, mas imprescindíveis e auto justificáveis socialmente, o Direito influi e altera a realidade através de seu discurso, permeado de dinâmica própria, veiculado por suas normas e por seus atores ao exercerem as prerrogativas e exigências de seu conjunto simbólico. Isto resta ainda mais nítido em seu espectro processual, onde ocorre a promoção da comunicação do Poder Judiciário do Estado com seus cidadãos por meio dos provimentos jurisdicionais.

### **3. DISCIPLINA LEGAL DA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

O Direito, como se compreende hoje, compõe um sistema de linguagem aberto. Esta afirmativa implica dizer que, ao largo do que se propunha com a ideologia ou método positivista clássico, recebe influência de elementos estranhos à sua própria estrutura (LUHMANN, 2011). Tal constatação não se deu da noite para o dia, mas fruto do rompimento paradigmático evolutivo resultante de um contexto de transformações sociais que culminou na relativização da concepção puramente dogmática do Direito através de uma abordagem social de sua sistemática, adentrando em sua dinâmica, paulatinamente, as noções voltadas à satisfação de direitos humanos e fundamentais oriundas de compreensões ideológicas humanitárias e igualitárias fundadas, sobretudo, nas acepções de justiça e equidade. Destarte, desenvolvem-se mecanismos legais possibilitadores da

intervenção dos princípios e conceitos representativos dos novos valores, convertidos em direitos garantidos pelos ordenamentos jurídicos, sobretudo no seio das Constituições, fortalecendo-se estas como instrumentos dotados de força normativa, voltados à satisfação plena da Democracia e da Justiça Social (BOBBIO, 1994; BRASIL, 1988; HABERMAS, 2012).

O processo, como principal veículo de efetivação das normas jurídicas, não restou alheio a tais ingerências, revestindo-se de novos elementos e exigências com vistas à busca de provimentos justos e equânimes, compatíveis com os valores sistêmicos do Direito Moderno. Nesse sentido, podem-se citar as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, da prévia cominação de atos ilícitos em lei e da motivação das decisões judiciais. Em especial atenção a esta última, o ordenamento jurídico brasileiro experimentou recentemente aquilo que foi visto pela doutrina pátria como um reforço, na onda teleológica garantística do Direito, amplamente festejado, a âmbito do Processo Civil, cuja legislação codificada sofreu reforma, vindo a entrar em vigor com a Lei 13.105, no ano de 2015, responsável por “nova” disciplina à sistemática processual das decisões compreendidas como devidamente motivadas (NOJIRI, 2000; PORTANOVA, 2003; WATANABE, 2012).

Dispunha o então revogado diploma, Lei 5.869 de 1973, ao tratar das exigências relativas às sentenças, tão somente, que as decisões fossem fundamentadas, em atenção aos fatos e em subsunção ao direito posto aplicável ao caso concreto. Percebe-se que, contextualmente, tal disposição se coadunava com o pensamento ainda eivado de alta influência do positivismo arraigado e das concepções tipicamente liberais, compreendendo a figura do magistrado como mera boca da lei, desconsiderando a possível influência de suas convicções pessoais, ideológicas, sociais, econômicas, políticas, culturais, desde seu posicionamento estivesse em consonância com a legalidade estrita (BRASIL, 1973, PORTANOVA, 2003).

Ora, com o influxo de ideias humanistas e valorativas para o Direito, não mais se fazia suficiente a crença da legalidade

como único sustentáculo da razão jurídica, sendo necessário o reconhecimento da sensibilidade do sistema por meio de seus atores, sobretudo dos magistrados, principais agentes jurisdicionais das garantias insculpidas na busca da nova roupagem democrática aos ordenamentos normativos (BRASIL, 1988; DWORKIN, 2007). Assim, imperiosa se fazia uma regulamentação que acompanhasse a nova tendência protetiva ao instituto das sentenças, de sorte possibilitar, ou sugerir a existência, de mecanismos de controle do convencimento do magistrado naquele espaço a ser preenchido pela internamente à moldura legal. Passou a dispor, então, o novel diploma processual cível, em acréscimo:

Art. 489. [...]

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

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

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

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

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

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

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

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação

efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 1015, s.p.)

Nota-se facilmente que a tentativa elaborada pela nova legislação em adequar-se ao enfoque principiológico conferido por ingerência às normas jurídicas pelas doutrinas neoconstitucionalista e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, reformou-se o dispositivo, inserindo-lhe uma série de critérios teoricamente aptos a controlar a formação de uma decisão devidamente motivada. A questão que se põe aqui é a de se, efetivamente, atuam tais limites na conformação do discurso jurídico produzido no seio do processo e até que ponto realmente conduzem e conformam o provimento jurisdicional dado pelo magistrado responsável pelo caso na busca pelo valor da justiça e em atenção à legalidade.

#### **4. A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ E A ABORDAGEM NEOPRAGMATISTA**

O novo Código de Processo Civil, em seu festejado diploma acima transcrito, determina os fatores que, se presentes, constroem uma decisão não fundamentada. Mas, como deveria ser, afinal, uma decisão fundamentada? De que se origina? Quais os elementos seriam necessários para compô-la? Em suma, o que pode ser alegado pelo magistrado como fundamento de um provimento jurisdicional?

Ora, por inferência dedutiva lógica, sabe-se que uma decisão fundamentada deve explicar, especificadamente, sua relação com o caso concreto, enfrentando todos os argumentos contrários à conclusão do julgador, sem se limitar à mera invocação legal ou jurisprudencial ou sem justificar sua não aplicação, observando ainda, em casos de colisão de princípios, a ponderação. Nesse sentido, entende-se que o magistrado não possui a liberdade de convencimento sobre sua apreciação judicial, devendo atuar de forma justificada em face do um novo modelo processual cooperativo que retira as decisões do domínio

do juiz para o domínio da justiça, englobando as partes na formação dos provimentos jurisdicionais, de sorte que passam todos a atuar em conjunto, participativamente, através do sistema de provas e do contraditório, no resultado do processo. Com efeito, as provas trazidas para o bojo do processo, bem como as partes e o magistrado constituem elementos formadores de uma dinâmica procedimental discursiva, onde dialogam entre si. Destarte, atua o juiz tanto como um mediador, quando dialoga precipuamente com as partes, quanto como intérprete, ao dialogar essencialmente com as provas por estas produzidas no processo, para a formação de uma decisão (WATANABE, 2012).

Assim, o provimento jurisdicional nada mais é do que um tipo específico de discurso e, como tal, portanto, se encontra sujeito a regras argumentativas, a jogos de linguagem próprios e aos substratos de formação de seus sujeitos, dentre estes seus interessados diretos e, abstratamente, o Estado, mediante o juiz. Neste ponto, fato é que o magistrado atua no Poder Judiciário como um representante legítimo do poder estatal a ele conferido pelo povo mediante a doutrina legal que orienta a composição do sistema de julgamento, contudo, forçoso reconhecer que a parte isto, possui uma identidade determinante que deste não se pode apartar nos momentos de exercício profissional (STRECK, 2011a, 2011b).

O que se quer demonstrar é que todos, as partes com suas visões polarizadas sobre os fatos e o juiz com sua interpretação sobre estes, interferem no discurso de forma diversa e trazem para o interior deste, inevitavelmente, suas convicções. Durante muito tempo, quis-se refutar tal assertiva aos juízes, utopicamente alegando-se que estes seriam dotados de imparcialidade e funcionariam como meros bocas da lei. Hoje, entretanto, devido à evolução pragmática experimentada pela ciência jurídica, de Estado Liberal para Estado Democrático, reconhece-se estes como sujeitos sensíveis e cognoscentes e não meros expectadores do discurso jurisdicional, no sentido de que possam dirigir o Direito à satisfação da justiça e dos valores neste insculpido (PORTANOVA, 2003; STRECK, 2011a).

Abandona-se, assim, a ideia de um juiz compromissado tão somente com a lei, para apegar-se à noção de um julgador ideal comprometido, por sua vez, com os valores jurídicos e sociais de uma coletividade, bem como para com aqueles tidos como universais. Tem-se, assim uma virada ideológica no campo processual que confere maior autonomia aos julgadores para a persecução destes, o que, num primeiro momento, revela-se necessário e adequado a coibir os abusos fundados no legalismo estrito (STRECK, 2011a, 2011b; WATANABE, 2012). Contudo, ao vincular-se os responsáveis pelos provimentos jurisdicionais à lei, mas permitindo uma ampla interpretação desta baseada em juízos de valor, aos poucos as agravantes do discurso começam a se tornar evidentes: os diversos fundamentos de argumentação, as diferenças econômicas, educacionais, sociais, culturais, ideológicas, dentre outras, dos interlocutores e os inúmeros jogos de linguagem existentes, de forma que, ao largo de cumprir um papel de uniformização axiológica de uma sociedade, revela discrepâncias, vícios e desvios nesta irracional busca por uma só verdade. (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2005; STRECK, 2011b)

Com efeito, num extremo oposto, na busca de uma concepção de justiça moral e não social e política, passa-se a ter decisões com forte cunho ideológico ou pessoal, pautadas em noções de justiça subjetivas e variáveis, baseadas em princípios amplos e maleáveis que vem a gerar inúmeros sentidos para uma mesma regra, causando insegurança jurídica ou escapando totalmente àquilo que seria a solução mais sensata, estável e restaurativa da contenda para os envolvidos por ausência de aderência ou sensibilidade ao caso concreto devido a pré compreensões distantes do que este apresenta, num caminho extremamente oposto aquilo pregado pelas doutrinas de responsáveis por tal conjectura (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2007; UNGER, 1999).

É nesse contexto que se modifica o referido dispositivo do Código de Processo Civil, numa tentativa de regulação e retomada de certos parâmetros limitativos da subjetividade nas decisões judiciais. Contudo, ao buscar este controle, percebe-se que o faz de modo estritamente formal, atento a vinculações legais e institucionais

sem, entretanto, estabelecer preceitos realmente importantes de adstrição e atenção caso concreto e transformação do conflito com o maior alcance possível de bem estar para as partes envolvidas. Se é certo que o juiz é sujeito ativo do discurso jurídico, assim como as partes, isso significa a existência de um diálogo efetivo no bojo de um processo e não simplesmente de uma observação distanciada e neutra que resulte num provimento legalmente adequado, mas alhures às reais necessidades dos jurisdicionados, pautada em juízos de valor abrangentes e eivados de compreensões próprias. Isso quer dizer que, os princípios e valores insculpidos no ordenamento jurídico com a tendência neoconstitucionalizadora e da teoria dos direitos humanos, não se apresentam de maneira uniforme numa dada sociedade, mormente numa coletividade plural como é o caso do Brasil, revelando diversas acepções de satisfação da justiça a depender de seus destinatários e intérpretes. Desse modo, não há como se estabelecer, numa abordagem meramente formal, o que representa uma decisão realmente fundamentada, posto que esta depende não apenas da obediência à norma, mas de elementos de efetivo alcance da melhor resolução da demanda com vistas a pacificação eficaz da contenda bem como de estabilização social (NOJIRI, 2000; STRECK, 2011a, 2011b).

Nessa perspectiva, superando o paradigma de justiça axiológica ensejador de uma situação de decisionismo judicial fomentadora não da efetivação do Direito, mas de sua apropriação, na direção de uma noção de justiça, política e social, mais flexível e compromissada com a realidade, surge a abordagem neopragmatista que, ao invés de confiar à compreensão do magistrado à satisfação dos valores jurídicos, reconhece que este é um ser humano, passível de transplantar suas percepções para o processo, sobretudo quando se alicerça em conceitos abertos e teleológicos, e propõe uma nova forma de se perceber a relação jurídica, antes voltada para aspectos transcendentais, agora, então, atenta a questões práticas e históricas com vistas a encontrar a melhor solução da demanda que garanta sua satisfação, não reincidência e fortalecimento das instituições democráticas através da

harmonização social (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2002, 2005, UNGER, 1999, 2001).

Destarte, refuta-se a ideia do mero argumento de autoridade para resgatar a legitimação do próprio poder oriundo do povo, sem anular as vozes minoritárias por perspectivas morais universalizantes, mas analisando aquilo que melhor responde social e contextualmente ao caso concreto. Em outras palavras, desconsidera os questionamentos sobre a possibilidade de afirmar que certas proposições ligadas à moral são verdadeiras ou falsas, de definir o certo e o errado, atendo-se, finalmente, às necessidades reais das partes numa demanda e às soluções que representem uma melhor resposta à coletividade, observadas suas trajetórias histórica e contextual, no sentido de resolver problemas e equilibrar forças, “em outras palavras, conceitos como o de “verdade” ou de “justiça” passam a ser prospectivos e práticos e apenas fazem sentido aliados à noção de utilidade e eficiência.” (KAUFMANN, 2010, p. 71)

O que defende esta abordagem é a análise sensível das normas e princípios e não a meramente retórica em que o juiz assume um papel de filósofo e não de jurista, mais preocupado em teorizar ideias com vistas a definir verdades do que em resolver os conflitos que, de fato, lhe são postos por meio de um consenso político e social mediano e prático que satisfaça os anseios das partes, bem como do nós, da sociedade, respondendo a suas carências reais e não se atrelando a expressões e teorizações importadas de outras realidades, tão somente divagando sobre estas, mantendo-se alheio ao contexto efetivo sob sua responsabilidade. Nesse contexto, reconhece-se que os indivíduos são resultado de processos complexos que envolvem inúmeros fatores e, portanto, não podem ser englobados em sequências uniformes e racionais, antes devendo ser analisadas suas interações por meio de uma abordagem histórica e prática e inter-relacionadas com seus espaços e ambientes próprios, assim construída suas apreensões hermenêuticas (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2007, UNGER, 2001).

Assim, fuge a postura neopragmatista dos conceitos legais processuais rígidos, o que inclui uma estruturação meramente formal

de fundamentação de provimentos jurisdicionais, voltando-as para uma noção contextual e consequencialista, com vistas à estabilização progressiva do sistema jurídico e ao bem estar coletivo, ao mesmo tempo atenta à historicidade das instituições e normas, mas apenas na medida em que estas permitam o efetivo progresso social, e não como mecanismos vinculantes de atrelamento às ferramentas de manutenção de poder. Igualmente, não se entrelaça a ideias rígidas de princípios e direitos humanos, mas as constrói e reconstrói em relação às necessidades das partes no processo que determinem decisões que guiem a sociedade no sentido da maior satisfação coletiva possível e do fortalecimento dos fundamentos democráticos de participação e representatividade (KAUFMANN, 2010; RORTY, 2005, UNGER, 2001).

Dessa forma, compreende-se o juiz como sujeito sensível do discurso jurídico a âmbito do processo e determina que sua atuação deve ser antes intuitiva, prática, realista, política e sensível que formal, filosófica e legalista, guiando suas decisões pelas carências e exigências sociais, naquilo em que se represente o bem comum, deixando de lado uma postura que retroalmente um falso sistema garantístico e valorativo, ou pior, permita o retorno a acepções puramente positivistas, para ingressar num paradigma, de fato, democrático.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo se apresenta como a forma mais próxima de discurso direto, entre o Poder Judiciário e seus jurisdicionados, a âmbito do Direito, efetivado por meio de seus agentes, magistrados, e as partes de uma demanda. Neste sentido, não está livre, sendo atingido diretamente pelos desafios e limites da linguagem que se revelam de forma nítida nos desníveis dialógicos contextuais dos sujeitos envolvidos numa relação processual ao comporem uma relação jurídica comunicativa. Tais obstáculos são ainda mais difíceis de transpor ao se desejar compreender em tais dinâmicas a figura do juiz como ser pretensamente imparcial com o condão (e obrigação) a dar

uma solução a um caso concreto oriundo de uma situação de realidade da qual não fez parte e por meio de uma leitura pretensamente jurídica pura. A questão se agrava se a este forem permitidas convicções pautadas em valores axiológicos supremos. Isto porque nem a lei, tampouco a moral carregam em si acepções de justiça e verdade tão abrangentes que representem um consenso absoluto.

Destarte, a inovação legal imposta pelo Novo Código de Processo Civil buscou coibir a subjetividade da atuação do julgador em seus provimentos, afastando o decisionismo judicial originado do movimento dos direitos humanos, contracorrente do dogmatismo radical próprio das posturas liberalismo antecessoras. Contudo, o que se verifica é que sua atuação se manifesta de forma absolutamente formal, levando ao risco de cair o ordenamento jurídico num ciclo histórico em vista da busca de soluções por meio de exageros teóricos distantes da realidade prática.

É nesse sentido que se defende a tomada de posição crítica do neopragmatismo como caminho viável para contornar tal perspectiva assustadora. Não há que se fazer do Judiciário uma extensão da academia, discutindo-se questões relativas à filosofia do Direito, numa inesgotável procura por uma verdade universal inexistente, mas que se buscar sua harmonização com os demais poderes estatais no sentido de equilibrar os fundamentos democráticos e garantir uma atuação mais próxima dos cidadãos, mais comprometida e efetiva, em busca de medidas que, de fato, promovam o progresso, a harmonização e a estabilização de uma sociedade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. *A Teoria das formas de governo*. 7. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 nov. 2017.

----- *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 13 nov 2017.

----- *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 13 nov 2017.

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

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

KAUFMANN, R. de O. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB*, 2010.

NOJIRI, S. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RORTY, R. *Contingência Ironia e solidariedade*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

\_\_\_\_\_. *Objetivismo, relativismo e verdade: Escritos filosóficos 1*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

\_\_\_\_\_. *Pragmatismo e Política*. Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, L. L. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

UNGER, R. M. *A constituição do experimentalismo democrático*. Revista de Direito Administrativo, vol. 257, p. 57-72, maio-ago. 2001.

\_\_\_\_\_. *Democracia Realizada: a alternativa progressista*. Trad. Graieb, Grandchamp e Castanheira. Rio de Janeiro: Ed. Boitempo, 1999.

WATANABE, K. *Da Cognição no processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. 3. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2017.



## PARADIGMAS DE CONHECIMENTO SENTENÇAS JUDICIAIS

*Isabella Bastos da Silva Oliveira<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a alteração sofrida pelo instituto da motivação judicial entre os Códigos de Processo Civil brasileiros de 1973 e 2015. O texto legal recebeu um largo acréscimo de requisitos formais para a construção de uma sentença devidamente motivada amplamente festejado pelos juristas e pela sociedade como forma de controle da discricionariedade nos provimentos judiciais. Contudo, questiona se a inovadora regulação do instituto foi por si só capaz de uniformizar a compreensão de justiça dos magistrados diante de tempos de conceitos abertos e principiologia. Parte desta dúvida, percorrendo um caminho hipotético-dedutivo com base na pesquisa filosófica, doutrinária e legal, analisando as normas supra referidas em face da teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn para estabelecer um viés de análise. Para tanto, inicia pela abordagem do conhecimento dentro de uma comunidade científica, criando o substrato do que forma os posicionamentos largamente e temporariamente aceitáveis. Na esteira, parte para a discussão da norma suprimida, evidenciando suas peculiaridades face ao pensamento da comunidade e dos interesses da época, em seguida trazendo à tona a mudança legislativa e sua (in)efetividade. Por fim, como tentativa de possível solução indica-se a compreensão neopragmatista do Direito e seus aspectos como uma alternativa mais histórica, social, realista e concreta de leitura dos casos concretos e consequentes decisões.

Palavras-chave: Paradigmas; Motivação; Neopragmatismo.

### RÉSUMÉ

Cette étude a pour but d'analyser la modification de l'institutut de la motivation judiciaire entre les codes de procédure civile de

---

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Bolsista CAPES. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais.

1973 et 2015. Le texte juridique a été soumis à une multiplication des exigences formelles pour la construction d'une sentence motivée, largement célébrée par les juristes et la société comme une forme de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans les procédures judiciaires. Cependant, il se demande si la réglementation innovante de l'institut était en elle-même capable d'unifier la compréhension de la justice par les magistrats à l'époque des concepts ouverts et de principologie. En partant de cette doute, parcourant un chemin hypothétique-déductif basé sur des recherches philosophiques, doctrinales et juridiques, analysant les normes mentionnées ci-dessus à la lumière de la théorie des paradigmes de Thomas Kuhn pour établir un biais d'analyse. Pour ce faire, il commence par aborder le savoir au sein d'une communauté scientifique, en créant le substrat de ce qui forme des positions largement et temporairement acceptables. Depuis, il commence par examiner la norme supprimée, en mettant en évidence ses particularités face à la pensée de la communauté et les intérêts du moment, puis en évoquant le changement législatif et son efficacité. Enfin, comme tentative de solution, la compréhension néopragmatiste du droit et de ses aspects est indiquée comme une alternative plus historique, sociale, réaliste et concrète à la lecture d'affaires concrètes et de décisions qui en découlent.

Mots-clés: Paradigmes; La motivation; Néopragmatisme.

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico se apresenta em sociedade como um sistema retroalimentado por suas premissas, mas comunicável, por seleção necessária à sua sobrevivência, com os postulados de outros sistemas sociais que lhes forem úteis e lhes garantam o funcionamento como mecanismo forte de contingenciamento dos demais sistemas, apesar de sua própria contingência por estes.

Nesse sentido, experimenta, ao longo de seu desenvolvimento, momentos de adaptação dos elementos de sua estrutura científica, bem como de revolução geral desta. Isto se deve ao fato de suas

posturas serem determinadas por certos acordos de conhecimento de uma dada comunidade científica em determinado momento histórico.

Ao longo da evolução adaptativa, pois, certas ideias sofrem um enfraquecimento de seus paradigmas teóricos face as necessidades sociais de épocas que exigem a substituição destes por novas formas de se conceber e aplicar o poder normativo e coercitivo do Estado e as relações de seu interesse entre particulares com vistas a acompanhar a lógica dos demais sistemas e conseguir manter-se legitimado como instrumento de efetivo controle social.

Isto posto, em vários momentos sofreu alterações visando sua adequação. Uma destas se refere à mudança sofrida pelo instituto da motivação judicial entre os Códigos de Processo Civil brasileiros de 1973 e 2015 com o acréscimo de requisitos formais de uma sentença fundamentada.

Para analisar se esta constitui uma verdadeira virada no saber jurídico, parte-se de uma metodologia hipotético-dedutiva com o estudo de doutrina e legislação. Inicia, então, da releitura da teoria de Thomas Kuhn sobre os paradigmas, verdades em uma comunidade de cientistas. Em seguida estuda-se como estes agiram no Direito. Na esteira, analisa-se a norma e seu texto comparando-o com o novo para entender os aspectos da mudança.

Conclui, por fim, por sua inefetividade e, como forma de alteração real de paradigma de acordo com a nova forma democrática de se pensar, propõe a abordagem neopragmatista das decisões que não está presa a ideias rígidas de princípios e direitos humanos, mas as constrói e em atenção às necessidades das partes processo a processo de forma mais sensível e realista, defendendo que deve o julgador guiar-se pelas carências e exigências sociais deixando de lado o senso comum informador de posturas alimentam um falso sistema garantístico e valorativo, ou puramente positivista.

## **2. OS PARADIGMAS COMO BASE DO CONHECIMENTO E AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS**

O conceito de ciência representa, de maneira simples, um conjunto de conhecimentos sistemáticos sobre determinado objeto, produzidos a partir de metodologia própria. É, assim como os demais tipos de conhecimento, produto das compreensões e relações humanas, determinado por suas dinâmicas próprias, não sendo, portanto, puramente formal ou livre de elementos alheios a seus instrumentos de pretensa conformação, mas influenciados por aspectos externos a estes, relativos a contextos históricos, culturais, econômicos, políticos, entre outros (KUHN, 2018).

Desse modo, o conhecimento científico se origina dentro de determinados limites teóricos e práticos a serem definidos tanto pelos métodos de pesquisa quanto pelos pesquisadores que os determinam e os põem em prática, além das estruturas exógenas às suas pretensões iniciais que se inserem em sua construção a partir das compreensões de seus sujeitos ativos e da comunidade da qual fazem parte.

Com efeito, esta comunidade da qual se fala não se trata apenas da coletividade em que se inserem os pesquisadores como cidadãos, mas como profissionais da área da ciência, ou seja, a comunidade científica, formada pelo conjunto de atuadores que compartilham das mesmas teorias, hipóteses e métodos e trabalham em sintonia para o fomento de suas ideias, isto é fundamentam-se num mesmo paradigma.

A noção de paradigma remete à ideia de ciência normal, ou em fase normal, que ocorre quando a pesquisa se encontra firmemente fundamentada em realizações científicas passadas, dos mesmos ou de outros pesquisadores, e aceitas como ponto de partida para o desenvolvimento do conhecimento que representa um aprimoramento, complemento ou aprofundamento das noções e fatos já desenvolvidos nestas: “essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior”(KUHN, 2018, p. 36).

Os paradigmas funcionam como eixos de fundamentação e direcionamento da ciência, como sua “matriz disciplinar”, compondo-se de elementos com funções de modelos, exemplares, generalizações simbólicas, e valores, que juntos constituem uma teoria satisfatoriamente explicativa, resistente a testes e críticas e, portanto, amplamente aceita de determinado fenômeno.

Contudo, apesar de contarem de força um determinado nível de estabilização, os paradigmas não tem caráter perene, mas sim poderes de embasamento e sobrevivência provisórios. O que ocorre nas ciência é que há uma fase pré-paradigmática caracterizada pela inexistência de um consenso amplo entre os pesquisadores sobre dados fenômenos ou objetos, seus métodos de estudo, seus princípios teóricos, suas dinâmicas relacionais, sua descrição e classificação. É, portanto, um momento anterior à própria ciência, para sua preparação (KUHN, 2018).

Na esteira, com o desenvolvimento da pesquisa, formam-se pontos de consenso que promovem a transição do senso comum para a fase científica, a partir de uma realização exemplar, que redefina e equilibre de modo mais ou menos satisfatório os pontos de divergência da fase pré-paradigmática. Esta conjectura constitui um “mapa” paradigmático que estabiliza provisoriamente a ciência, isto porque enquanto não se produzirem contra este críticas capazes de comprometer o a estrutura lógica e de retestes de sua teoria, persistirá e será tido como guia do conhecimento a si referente. Tal situação é absolutamente necessária para garantir o mínimo grau de confiança científica e permitir que o conhecimento avance numa perspectiva específica que proporcione uma limitação de fenômenos e objetos que, caso contrário, na ausência de uma moldura de direcionamento, cairiam numa busca infinita por sua razão.

Entretanto, ao passo em que o conhecimento se desenvolve, pode ocorrer o surgimento de questões e fatos para os quais o paradigma não consegue respostas satisfatórias. Estes são denominados de “anomalias” numa teoria científica e, ao passo em que se multiplicam, fazem incidir sobre si as críticas científicas. Se estas atingirem os

preceitos principiológicos, pontos vitais de uma teoria, esta deixa de atender às necessidades científicas de uma comunidade devido à instabilidade que ocasionam em seu raciocínio lógico, passando-se a considerar a substituição do paradigma que a fundamenta (KUHN, 2018)..

Tal conjectura é vista como a crise que impulsiona uma revolução científica. É nesse momento em que os membros de uma comunidade de cientistas, partindo de suas compreensões, promovem a busca por paradigmas alternativos de resposta a dada situação. Instaure-se, desse modo uma fase de transição com o intenso debate sobre novos fundamentos para a ciência, tencionando-se atingir um nível que afaste o máximo de divergências e promova um novo acordo teórico base para o conhecimento científico que possa vir a finalmente permitir o abandono do paradigma vigente por um de valor superior, reestabilizando, assim a ciência.

### **3. A MOTIVAÇÃO PROCESSUAL CÍVEL À LUZ DOS PARADIGMAS DE COMPREENSÃO DO DIREITO**

O Direito, como forma de conhecimento, constitui a ciência jurídica e, portanto está inserido nas perspectivas de dada comunidade científica e fundamentado em paradigmas de apoio determinados. Tendo como característica peculiar a de ser uma ciência social, se comporta como um sistema teórico e normativo aberto, recebendo ao longo do tempo um influxo de ideias dos demais sistemas sociais e experiências históricas que funcionam, ainda que de forma controlada, como adaptadores de seus preceitos, haja vista a necessidade de conformação social por meio de resposta e aceitação coletiva de suas teorias (BOBBIO, 1994).

Nesse sentido, experimentou, ao longo de seu desenvolvimento, momentos de revolução em sua estrutura científica, a partir do enfraquecimento de seus paradigmas teóricos face as necessidades sociais de determinadas épocas que exigiu a substituição destes por

novas formas de se conceber e aplicar o poder normativo e coercitivo do Estado e as relações de seu interesse entre particulares.

Inicialmente, o Direito se baseava em um paradigma liberal, referente a uma época de afirmação de liberdades fundamentais, direitos políticos, autonomia privada, Estado absenteísta, separação de poderes, legalidade, como forma afirmação do particular frente ao poder público que correspondia às aspirações de uma sociedade recém saída do regime medieval e seu regime de soberania e vassalagem, necessitando o estabelecimento de limites mínimos de autoafirmação e garantias políticas de representatividade que os possibilitassem (BOBBIO, 1994, 1995).

Num segundo momento, a partir dos contextos que se seguiram ao liberalismo, marcados por um período de forte industrialização e crescimento massivo do comércio que se caracterizaram por uma precarização das relações humanas, sobretudo no que tange às relações trabalhistas, e a situações de forte desigualdade social e regimes extremistas, tudo isso fundamentado no império da lei e da vontade das partes, percebeu-se a necessidade de reformulação deste paradigma para um que atendesse às novas demandas sociais que aquele já não podia suportar. Assim, tem-se início a era do paradigma social de Direito que passou a incluir, nos sistemas jurídicos, os direitos coletivos e sociais e promoveu uma releitura dos direitos individuais para adaptá-los à nova conjectura. Nesse sentido, dá-se a ressignificação da legalidade estrita para uma noção de lei como instrumento da igualdade material e da justiça social, e a remodelagem do Estado para uma postura efetivamente interventora na busca pela similitude de condições e dignidade humana.

Contudo, o processo natural de evolução social vem a desestabilizar com o tempo o paradigma social pela própria impossibilidade de sua proposta de efetivação plena e isonômica. Aos poucos falha o Estado em ser onipresente e sustentáculo de seus cidadãos a todo momento, restando sobrecarregado e caindo em descrédito. Neste momento, percebe-se a necessidade de uma nova ruptura paradigmática que venha a estabelecer parâmetros razoáveis de atuação do Direito.

Assim, entra em cena o paradigma democrático, agora pautado em uma perspectiva mais política e realista de oferecimento de condições mínimas de igualdade e cidadania e de meios de desenvolvimento pessoal. Além disso, trabalha com as novas necessidades evidenciadas nesse período, culturais, científicas, tecnológicas, dentre outras, criando novos direitos e mecanismos de proteção destas. É nesse paradigma que se funda a ciência jurídica atual (BARROSO, 2017).

Neste diapasão, não somente o aspecto material e teórico do Direito recebe influências de seus paradigmas informadores, mas também seus ditames práticos, mais precisamente o processo, um dos principais mecanismos pelos quais se efetivam suas regras e princípios. O que antes era determinado pela subsunção estrita dos fatos às normas através de um juiz tido apenas como “boca da lei”, no Estado Liberal, passa a ser interpretado a partir de valores de justiça social e de um julgador quase que executor na busca por seu alcance, super herói, determinante do certo e do justo, no Estado Social, para, posteriormente, perceber-se os riscos de sua liberdade demasiada calhar em noções subjetivas de justiça e criarem-se mecanismos de controle e proteção das partes, o devido processo legal, a ampla defesa, a motivação das decisões jurisdicionais, dentre outros, durante o Estado Democrático.

Dar-se-á aqui especial atenção a este em face da inovação legal sofrida pela lei processual cível que bem representa, na prática, uma das influências das rupturas paradigmáticas de Direito.

Dispunha o revogado diploma de processo civil, Lei 5.869 de 1973, ao tratar das exigências relativas às sentenças, tão somente, que as decisões fossem fundamentadas, em atenção aos fatos e em subsunção ao direito posto aplicável ao caso concreto. Percebe-se que, contextualmente, tal disposição se coadunava com o pensamento ainda eivado de alta influência do positivismo arraigado e das concepções tipicamente liberais, desconsiderando a possível influência de convicções pessoais, ideológicas, sociais, econômicas, políticas, culturais do magistrado nas sentenças desde seu posicionamento estivesse em consonância com a legalidade estrita:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

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

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 1973, s.p.)

Ora, com o influxo de ideias humanistas e valorativas para o Direito, não mais se fazia suficiente a crença da legalidade como único sustentáculo da razão jurídica, sendo necessário o reconhecimento da sensibilidade do sistema por meio de seus atores, sobretudo dos magistrados, principais agentes jurisdicionais das garantias insculpidas na busca da nova roupagem democrática aos ordenamentos normativos. Assim, imperiosa se fazia uma regulamentação que acompanhasse a nova tendência protetiva ao instituto das sentenças, de sorte possibilitar, ou sugerir a existência, de mecanismos de controle do convencimento do magistrado naquele espaço a ser preenchido pela internamente à moldura legal. Passou a dispor, então, o novel diploma processual cível, em acréscimo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015, s.p.)

Nota-se facilmente que buscava a nova legislação adequar-se ao enfoque principiológico conferido por ingerência às normas jurídicas pelas doutrinas democráticas. Nesse sentido, reformou-se o dispositivo, inserindo-lhe uma série de critérios teoricamente aptos a controlar a formação de uma decisão devidamente motivada, restringindo o julgador tanto à legalidade estrita quanto às suas noções próprias de justiça, buscando meio termo satisfativo representante do consenso paradigmático em voga.

O que se questiona, então, se e até que ponto tais alterações representam um acompanhamento efetivo da ruptura paradigmática social axiológica e subjetiva para uma nova dimensão democrática processual realista, ou seja, se, de fato, surgem como elementos aptos

a conduzir o controle do deciosionismo judicial alimentado pelo resgate jusnaturalista durante Estado Social, sem, contudo, sugerir o legalismo estrito e, ao mesmo tempo, revestindo-se de uma efetividade democrática imparcialmente sensível frente ao caso concreto.

#### **4. O PARADIGMA DEMOCRÁTICO: NEOCONSTITUCIONALISMO E TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E A INOVAÇÃO LEGAL**

Para adentrar-se à análise de tais questões, mister se faz evidenciar mais detalhadamente o que representa e quais são os fundamentos de origem do paradigma democrático.

A partir da derrocada dos ideais sociais, buscaram-se, como próprio das revoluções científicas, novos elementos e teorias aptos a explicar e resolver, de modo mais adequado, o contexto de realidades e necessidades em transição que então se descortinava devido à falência do Estado mantenedor e interventor, que não mais suportava abrigar todas as contendas sociais sob sua égide de proteção integral, e começava a demonstrar falhas graves neste objetivo, revelando-se, assim, o caráter utópico destes anseios a longo prazo.

Com efeito, duas teses surgem como alternativas viáveis de reestruturação do sistema jurídico na busca de ideais realistas e factíveis de justiça: o neoconstitucionalismo, conjunto de posições doutrinárias que defendem a releitura axiológica das constituições e sua ingerência sobre todo o sistema de Direito, e a teoria dos direitos humanos, por sua vez, militantes de uma abordagem racionalista dos direitos fundamentais, ambas, contudo, baseadas numa noção de metódica de ponderação, centralizada na no Poder Judiciário como concretizador dos preceitos democráticos a partir da releitura dos ordenamentos jurídicos através do controle principiológico constitucional, onde estão presentes os direitos fundamentais, de todas as demais normas (BARROSO, 2017).

Baseiam-se, pois, em estreita simetria, apesar desta mais técnica e aquela mais metafísica, na compreensão de regras axiológicas

previstas, expressa ou implicitamente, nas leis magnas, a serem aplicadas pelos magistrados ao caso concreto, numa proposta de visão da discricionariedade não como ampla, tal qual o paradigma anterior, mas restrita e direcionada pela dinâmica e pelos preceitos insculpidos no ordenamento jurídico, defendidos como modelos quase que universais de garantias, revestidos de força normativa e, por isso, exigentes de instrumentos que lhes confirmem técnica e efetividade prática.

Nesse sentido, como solução, apresentam no Poder Judiciário e nas regras processuais o *plus* necessário às meras promessas formalistas do paradigma social, sendo este o responsável por fornecer racionalidade a estas, conferindo-lhes, tecnicamente, uma aplicabilidade lógica, factível e democraticamente justa.

A solução aqui encontrada pauta-se numa abordagem por meio da razão dos princípios, valores e garantias jurídicos a partir do estabelecimento de uma espécie de mecânica procedimental, tal qual uma cartilha, de definição de conceitos, critérios e metodologias de aplicação destes pelos magistrados, visando o estabelecimento de sua pretensa uniformização e harmonização a partir da definição de correição em sua forma de efetivação (NOJIRI, 2000).

Contudo, o que tal dinâmica retrata, ainda que disfarçando-se de científica, técnica e procedimental, nada mais é do que uma busca filosófica pela verdade e pelo conteúdo de moral e justiça, o que se revela incompatível com a aplicação prática e sistemática do Direito, sendo questão à qual deveria dedicar-se a seara acadêmica e não os aplicadores das normas e atores do processo jurisdicional. Destarte, tais ideais são muito mais atentos a definições axiológicas e a posições metafísicas que realmente interessados em técnica ou metódica, utilizando estas apenas como recursos de adorno científico, controlado e normativo de suas posturas filosóficas (HABERMAS, 2012).

Tem-se, pois, que o paradigma democrático nasce estruturado nestes ideais, aspirando a uma técnica de ponderação de valores que conduza à possibilidade de racionalização dos princípios, e,

portanto, do sistema decisional, com vistas a garantir aquilo que se definir metodologicamente como justo para cada valor, e afastar as concepções solipsistas e disformes do sistema jurídico.

Ademais, trazem em seu interior compreensões de Direito Comparado visto que oriundas de outros países, primordialmente Alemanha, no caso da teoria dos direitos humanos, Espanha e Itália, em relação ao neoconstitucionalismo e, após, suas derivações estrangeiras, que se baseiam em contextos e culturas completamente variáveis e distintas da realidade brasileira, o que, não raro, ocasiona a aplicação de institutos e interpretações de modo distorcido a um caso concreto com fundamento em situações de ensejo impossíveis de equiparação, por meio de uma leitura distanciada e meramente teórica dos princípios e normas a este aplicáveis ou ainda por questões de entendimento subjetivo, conveniência e oportunidade política.

Nesse contexto, produzem-se formas de adaptação do Direito ao novo paradigma, representadas, sobretudo por normas de direitos fundamentais e regras processuais que as delimitem, em larga medida importadas de outros ordenamentos. É diante deste quadro de alicerces de interpretação do sistema que se dá a inovação legal referida no tópico anterior, no que toca à forma e aos fundamentos da motivação das decisões, numa tentativa de fornecer critérios objetivos a serem preenchidos para a elaboração de uma sentença justa e equânime, isto é, requisitos formais para os aspectos materiais de construção de um provimento jurídico, a metódica da essência da justiça aplicada ao caso concreto (DWORKIN, 2010).

Contudo, pelo acima exposto, as carências do modelo democrático em atingir tais finalidades técnico-fundamentais começam a se tornar evidentes a partir da impossibilidade de uniformização valorativa do sistema jurídico. Esta afirmação se torna evidente ao analisar-se a questão do decisionismo judicial que se prometia afastar com o novo paradigma, aqui representado pela atualização processual.

Isto porque, numa abordagem de cunho não meramente teórico, mas prático, do novel diploma legal e as alterações quanto a esta temática, verifica-se que não há mudança substancial que forneça

efetivamente critérios de controle das decisões, mas apenas técnicas formalistas que se revelam inócuas e geram fontes de discrepâncias reais abissais e insatisfações graves, sem alcançar efetivamente a realidade dos jurisdicionados.

Ante a leitura dos textos normativos nítidos restam os requisitos legais, em resumo, a saber: motivação/fundamentação das decisões com a demonstração clara e precisa do convencimento do julgador e ausência de argumentos com indicações de motivos restritas à formalidades, relacionando, pois, estes com a pertinência contextual da demanda. Define-se ainda que o Poder Judiciário deve distanciar-se de práticas meramente repetitivas, indeterminadas, ou incompletas.

Ora, afastam-se certos legalismos sintéticos com as novas determinações, mas, por outro lado, não há inovação eficaz quanto ao controle e parametrização dos provimentos, sobretudo quanto à ponderação de valores e à aplicação de princípios e conceitos abertos, tais como a boa-fé, presentes de modo amplo em diversos diplomas legais.

Tampouco define-se como deve ser uma decisão ideal, adequada e legalmente motivada. É certo que deve se fundamentar nas referências positivas postas e, em casos mais simples, estas resolvem bem a questão na forma de subsunção lógica positivista. Contudo, ao se deparar com os denominados casos difíceis ou *hard cases*, aqueles em que as normas são silentes, não se subsumem adequadamente ou o contexto evidencia que sua aplicação ocasionará resultado que não satisfaz a lógica valorativa, o simples texto normativo quando contraposto às noções de justiça, equidade e o rol de princípios e garantias, se torna precário e insuficiente para dirimir matematicamente a situação. Nestes casos, passa a atuar o julgador, para além dos critérios formais, em sua esfera de discricionariedade.

É nestas circunstâncias que surge a falha do paradigma quanto ao aspecto motivacional de sentenças, onde a mera técnica não alcança e adentram fortemente ao ordenamento os fatores paralelos à pureza jurídica, relacionados às mais diversas compreensões sociais, filosóficas, ideológicas, políticas, religiosas, artísticas, dentre

outras, dos julgadores, o que revela a precariedade do controle dos direcionamentos legais pela possibilidade de carência de harmonia entre provimentos, pelas influências internas e externas de poder nas decisões e, sobretudo, pela insuficiência de respostas adequadas aos jurisdicionados que promovam o bem estar individual e, portanto, social, objetivos do sistema judiciário.

Neste ponto, são incapazes os fundamentos das teorias do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos de lidar com efetividade para o fornecimento ao paradigma democrático, de uma lógica forte do sistema simplesmente por meio da técnica valorativa e de ponderação, tornando-se imperioso o questionamento sobre se não há chegado a hora de rever sua fundamentação sob pena do fracasso e substituição do próprio paradigma.

## **5. O NEOPRAGMATISMO COMO ALTERNATIVA PARA A MOTIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS**

Diante do contexto acima elucidado, se modifica o referido dispositivo do Código de Processo Civil, numa tentativa de regulação e retomada de certos parâmetros limitativos da subjetividade nas decisões judiciais própria do paradigma social. Contudo, ao buscar tal controle, o faz de modo estritamente formal, atento a vinculações legais e institucionais sem, entretanto, estabelecer preceitos realmente importantes de adstrição e atenção caso concreto e transformação do conflito com o maior alcance possível de bem estar para as partes envolvidas. Resulta deste panorama, a necessidade de adaptação das bases do paradigma democrático com vistas a garantir sua manutenção.

Ora, se o processo é o instrumento de efetivação do Direito, não se pode compreendê-lo como vetor da justiça por neutralidade através da tecnicidade proposta pelas teorias acima retratadas, mas sim como o diálogo lógico construtivo travado entre as partes, com o intermédio e a participação efetivadora das garantias de equilíbrio da relação, a serem promovidos pelo juiz.

Ocorre que com a atual dinâmica, o magistrado, responsável por dar provimento adequado ao caso, em verdade, se liga meramente às formalidades, às verdades universais, formadas por juízos de valor abrangentes, e às suas compreensões subjetivas, podendo restar alhures às reais necessidades dos jurisdicionados se desincumbindo desse ônus pela mera relação entre argumentos e narrativas. Isso quer dizer que, os princípios e valores insculpidos no ordenamento jurídico com a tendência neoconstitucionalizadora e da teoria dos direitos humanos, não irão se apresentar da maneira uniforme que propõem numa dada sociedade, mormente numa coletividade plural como é o caso do Brasil, revelando diversas acepções de satisfação da justiça a depender de seus destinatários e intérpretes, o que permite, ao contrário de uma harmonização da justiça, sua manipulação e imposição com parcialidade (STRECK, 2013, 2014).

Desse modo, o que se tem é que não há como se estabelecer, numa abordagem meramente formal e técnica, o que deve representar uma decisão realmente fundamentada, posto que esta depende não apenas da obediência à norma e de uma busca filosófica por conceitos metafísicos e morais que respondam a todas as questões, mas de elementos de efetivo alcance da melhor resolução da demanda com vistas a pacificação eficaz da contenda bem como de estabilização social.

Nessa perspectiva, necessária a superação do paradigma de justiça axiológica ensejador de uma situação de decisionismo judicial fomentadora não da efetivação do Direito, mas de sua apropriação, na direção agora de uma noção de justiça, abandonando a visão puramente moral, para uma abordagem realista, política e social, mais flexível e compromissada com os contextos dos jurisdicionados e necessidades da coletividade em geral (PORTANOVA, 2003).

Diante deste panorama, indica-se aqui, como alternativa viável de transformação adaptadora da lógica estrutural do paradigma democrático, a abordagem neopragmatista que procura oferecer uma nova compreensão aos direitos humanos que parta da

sentimentalidade, solidariedade, de um vocabulário mais inclusivo e procedimentos menos formalistas.

O jurista, nesse novo quadro, passa a exercer a função de um mediador que, com criatividade e imaginação, tem o papel de edificar soluções, as mais medianas e consensuais possíveis. Por meio desta leitura, ao invés de confiar à compreensão do magistrado à satisfação dos valores jurídicos e busca pela verdade, reconhece que este é um ser humano, passível de transplantar suas percepções para o processo, sobretudo quando se alicerça em conceitos abertos e teleológicos, e propõe uma nova forma de se perceber a relação jurídica, antes voltada para aspectos transcendentais, agora, então, atenta a questões práticas e históricas com vistas a encontrar a melhor solução da demanda que garanta sua satisfação, não reincidência e fortalecimento das instituições democráticas através da harmonização social.

Destarte, refuta-se a ideia do mero argumento de autoridade para resgatar a legitimação do próprio poder oriundo do povo, sem anular as vozes minoritárias por perspectivas morais universalizantes, mas analisando aquilo que melhor responde social e contextualmente ao caso concreto. Nesse sentido, desconsidera os questionamentos sobre a possibilidade de afirmar que certas proposições ligadas à moral são verdadeiras ou falsas, de definir o certo e o errado, atendo-se, finalmente, às necessidades reais das partes numa demanda e à soluções que representem uma melhor resposta à coletividade, observadas suas trajetórias histórica e contextual, no sentido de resolver problemas e equilibrar forças, “em outras palavras, conceitos como o de “verdade” ou de “justiça” passam a ser prospectivos e práticos e apenas fazem sentido aliados à noção de utilidade e eficiência.” (KAUFMANN, 2010, p. 71)

O que defende esta abordagem é a análise sensível das normas e princípios e não a meramente retórica em que o juiz assume um papel de filósofo e não de jurista, mais preocupado em teorizar ideias com vistas a definir verdades do que em resolver os conflitos que, de fato, lhe são postos por meio de um consenso político e social mediano e prático que satisfaça os anseios das partes, bem como do nós, da

sociedade, respondendo a suas carências reais e não se atrelando a expressões e teorizações importadas de outras realidades, tão somente divagando sobre estas, mantendo-se alheio ao contexto efetivo sob sua responsabilidade (RORTY, 2005, 2007).

Nesse contexto, reconhece-se que os indivíduos são resultado de processos complexos que envolvem inúmeros fatores e, portanto, não podem ser englobados em sequências uniformes e racionais, antes devendo ser analisadas suas interações por meio de uma abordagem histórica e prática e inter-relacionadas com seus espaços e ambientes próprios, assim construída suas apreensões hermenêuticas.

Assim, foge a postura neopragmatista dos conceitos legais processuais rígidos, o que inclui uma estruturação meramente formal de fundamentação de provimentos jurisdicionais, voltando-as para uma noção contextual e consequencialista, com vistas à estabilização progressiva do sistema jurídico e ao bem estar coletivo, ao mesmo tempo atenta à historicidade das instituições e normas, mas apenas na medida em que estas permitam o efetivo progresso social, e não como mecanismos vinculantes de atrelamento às ferramentas de manutenção de poder (KAUFMANN, 2010).

Igualmente, não se entrelaça a ideias rígidas de princípios e direitos humanos, mas as constrói e reconstrói em relação às necessidades das partes no processo que determinem decisões que guiem a sociedade no sentido da maior satisfação coletiva possível e do fortalecimento dos fundamentos democráticos de participação e representatividade.

Dessa forma, compreende-se o juiz como sujeito sensível do discurso jurídico a âmbito do processo e determina que sua atuação deve ser antes intuitiva, prática, realista, política e sensível que formal, filosófica e legalista, guiando suas decisões pelas carências e exigências sociais, naquilo em que se represente o bem comum, deixando de lado uma postura que retroalimente um falso sistema garantístico e valorativo, ou pior, permita o retorno a acepções puramente positivistas, para ingressar num paradigma, de fato, democrático.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos de direitos humanos e fundamentais, conceitos como justiça, moral, paz, bem, entre outros, se proliferam. Cada vez mais estes aspectos determinam a atuação das instâncias judiciárias que tem sua atuação voltada para a satisfação de valores, devendo exercer seu papel de forma legal e clara, devendo pautar suas decisões nos ideais sistemáticos.

Mas tudo isto deve ser feito de modo expresso, deixando claro os motivos de decisão por uma ou outra posição na resolução de contendas. É nesse sentido que hoje determina o Código de Processo Civil. Em seu novo diploma, ensaia critérios de decisão que podem ser aplicados em casos mais simples de subsunção clara à norma.

Contudo, se torna difícil, porém, a aplicação e interpretação das leis em situações mais limítrofes, quando não há um encaixe preciso dos fatos aos comandos legais. Surge então a dúvida que o novel códex processual não soluciona sobre que compreensão deve o juiz se pautar para formar suas convicções se há um contexto variável que permite a discricionariedade.

A dificuldade que se impõe na interpretação do Direito, de cunho abstrato, subjetivo e material não pode vir a ser superada tão somente por determinações de caráter objetivo. Não há como controlar excessos e coibir lesões de uma decisão não ou injustamente motivada se os parâmetros de limitação forem formais. Uma sentença legalista não faz necessariamente uma decisão motivada, talvez motivada para o Estado, para o juiz, mas para a sociedade e para as partes?

É preciso uma abordagem menos formalista e mais realista dos fatos que esteja mais conectada com a vivência pessoal dos envolvidos para assim satisfazer realmente os princípios processuais e constitucionais do devido processo legal e da isonomia.

É nesse sentido que surge a postura neopragmatista como nova forma de análise prática das decisões. Sem se prender a aspectos duramente moldados, mais atenta ao caminho histórico e sociológico estruturado em um contexto e a seus agentes com características

próprias. Além disso, reflete um modo de conferir estabilidade ao ordenamento já que respeita o passado, estando atento ao presente, garantindo decisões mais próximas à sociedade, portanto melhor cimentando um futuro promissor.

Configura, assim, uma leitura viável da norma, sua sensibilização, estando mais próxima dos ideais de Estado Democrático de Direito que critérios formalistas penderem para um controle que de boas intenções pode esconder o positivismo de quem os produz e reproduz.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005a. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)><http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **A Teoria das formas de governo**. 7. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 13 nov 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. **Diário Oficial**. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 13 nov 2017.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, J. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

KAUFMANN, R. de O. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, Brasília, 2010.

KUHN, T. S. A estrutura das revoluções científicas. 13 ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

NOJIRI, S. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RORTY, R. **Contingência Ironia e solidariedade.** Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

----- **Pragmatismo e Política.** Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, L. L. **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. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

## **MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL A ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

*Isabella Bastos da Silva Oliveira*<sup>3</sup>

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo objetiva analisar as causas e consequências da utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal em sede de Juizados Especiais.

Isso porque, quando da regulamentação legal destes, disciplinada pela Lei nº 9.099/1995, com vistas à redução de complexidade, à economia processual e à celeridade, suas características determinantes, careceu o texto legal de previsão por parte do legislador de recursos em face de decisões interlocutórias, semelhante ao que ocorre com o Agravo de Instrumento na Justiça Comum.

Ocorre que, diante da ausência de previsão expressa, passaram a receber os tribunais ações de Mandado de Segurança manejadas como instrumento para os casos de insatisfação frente às decisões interlocutórias, diante da omissão normativa, sob a alegação de violação às garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Assim, em se tratando o Mandado de Segurança de instrumento constitucional voltado à proteção de direitos sempre que, ilegalmente ou por abuso de poder, haja violação ou justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, resta questionar acerca possibilidade de sua manipulação nestes casos, sua adequabilidade, prazo e competência para julgamento.

Para tanto, a questão será analisada com base no entendimento da doutrina, do Supremo Tribunal Federal, abordando os argumentos que promovem a construção de uma visão desfavorável ao uso do

---

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: isabellabastos.adv@gmail.com

instrumento constitucional como substituto processual de recurso nos Juizados Especiais.

Analisa-se, do mesmo modo, as divergências identificadas que abrangem posições legais, jurisprudenciais e doutrinárias minoritárias acerca do tema, evidenciando seus postulados de justificação a favor de tal possibilidade, numa ótica de preenchimento da lacuna legal e satisfação de garantias processuais fundamentais.

Por fim, conclui, diante das posições trazidas, sobre a possibilidade da impetração de Mandado de Segurança como substituto do Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias em sede de Juizados Especiais.

## **2. APRESENTAÇÃO DO CASO**

Trata-se de processo oriundo dos Juizados Especiais Estaduais do Paraná, com números de origem 2010001397162 e partes a pessoa jurídica Banco Bradesco S.A. e a Senhora Maria Carmem Olivo.

A demanda ensejadora do alcance do poder judiciário e objeto processual versava sobre Direito Processual Civil, mais especificamente Direitos do Consumidor relativos a contratos de consumo de telefonia e a cobrança de pulsos excedentes em assinatura básica.

Ocorre que a parte autora, a Senhora Maria Carmem Olivo, em apresentando problemas junto à instituição financeira que constituiu o polo passivo do processo, Banco Bradesco S.A., realizou diversas ligações na tentativa de solucionar as questões relativas aos serviços bancários abusivos.

A instituição reconheceu o erro e solucionou o problema financeiro, contudo, as ligações feitas para dirimir a questão representaram uma soma de valor expressivo, haja vista que constituíram pulsos excedentes na assinatura básica da autora.

Assim, entrou em contato com o Banco Bradesco S.A. para ressarcimento, mas sem êxito, não viu alternativa a não ser buscar o Poder Judiciário em face do dano sofrido.

Contudo, ao ingressar pelo rito sumaríssimo, nos referido Juizado Especial, e solicitar a análise dos dados de comunicações, teve o processo extinto sem resolução de mérito sob alegação de inadequação da ação e do procedimento para a análise do caso.

Irresignada e sem uma sentença que pudesse ser atacada por meio de Recurso Inominado, necessitou, pois, lançar mão de Mandado de Segurança para o enfrentamento da decisão interlocutória, conforme se verá a seguir.

## **2.1 SOLUÇÃO DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Interpôs-se o Recurso Extraordinário n. 576847/PR, perante a Presidência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012).

Sob fundamento, baseou-se na violação aos artigos 102, III, a, da Constituição Federal, que trata sobre a competência do STF para julgar, “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição” (BRASIL, 1988)., bem como nos artigos 5º, LV e LXIX, da mesma Carta, que preveem as garantias do contraditório e ampla defesa, meios e recursos a ela inerentes, e o instituto do mandado de segurança, como meio de salvaguarda a “direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL, 1988).

Como contrapartida, pelo Tribunal, foi levantada a repercussão geral do tema, nos moldes do artigo 543-B do Código de Processo Civil em vigor à época, com base na decisão proferida no RE 576.847/BA de Relatoria do Ministro Eros Grau, motivo pelo qual se negou seu seguimento e promoveu-se sua devolução. Eis a ementa do referido julgado utilizado como paradigma, ocasião em que, ficou vencido o Min. Marco Aurélio por considerar estar-se diante de exceção

comportada pela Lei 1.533/514, já que, nestes casos, o afastamento do mandado de segurança implicaria o afastamento da própria jurisdição:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecurribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2009, s.p.)

Desta medida, insatisfeita a parte recorrente, manejou o Agravo de Instrumento n. 857811.

Conhecido do Agravo, decidiu o Tribunal, em sede monocrática, Ministro Ricardo Lewandowski, por seu não acolhimento, nos seguintes termos:

No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria cuja repercussão geral já foi reconhecida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Os Ministros desta Corte, no RE 576.847/BA, Rel. Min. Eros Grau,

decidiram que não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/95, não havendo afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que as decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Essa decisão vale para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante determinam os arts. 326 e 327, § 1º, do RISTF, e o art. 543-A, § 5º, do CPC, introduzido pela Lei 11.418/2006. (BRASIL, 3013. s.p.)

Ainda irresignada, a parte interpôs o Agravo Regimental 65220/2012 perante a Segunda Turma do Tribunal, para atacar a decisão proferida.

Ante a medida, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki e ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Cármen Lúcia. Eis a decisão:

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, uma vez que o recorrente não aduz argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas. Sem razão o agravante quando alega que o precedente (RE 576.847/BA) indicado na decisão impugnada não se aplica à hipótese dos autos, ao fundamento de que não cabe recurso da decisão interlocutória contra a qual impetrou o mandado de segurança. Isso porque o julgado aludido versa exatamente sobre o não cabimento de mandado de segurança contra decisões interlocutórias proferidos no âmbito dos juizados especiais. Com efeito, conforme assentado na decisão agravada, o acórdão atacado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que, em Sessão Plenária de 20/5/2009, firmou entendimento no sentido de que é incabível o

mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/1995 (RE 576.847-RG/BA, Rel. Min. Eros Grau).

Com efeito, negada a pretensão recursal, ante o entendimento solidificado da Suprema Corte que pode ser confirmada também nos seguintes precedentes, entre outros, AI 684.141-AgR/MA, Rel. Min. Eros Grau; AI 657.699/BA e RE 542.907/RS Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 614.847/DF, Rel. Min. Ayres Britto; AI 843.617/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 841.512/MG e RE 463.466/MG, Rel. Min. Marco Aurélio.

Logo, vê-se que o Tribunal é unânime no sentido do não cabimento do manejo de Mandado de Segurança como sucedâneo recursal de Agravo de Instrumento a âmbito dos Juizados Especiais.

Como argumentos, defendeu a Suprema Corte que o afastamento de tal possibilidade não afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, haja vista que as decisões interlocutórias poderão ser impugnadas pela interposição de recurso inominado.

Além disso entendeu que a Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor e por isso define como regra a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, como garantia de seus objetivos propostos.

Ademais, defendeu que não cabe, em sede da Lei de Juizados, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que tange ao agravo de instrumento, posto que a lei foi omissa nesse sentido por razões condizentes com a sua finalidade, e logicamente, afasta-se a substituição deste pelo mandado de segurança, pelos mesmos motivos.

Por fim, entendeu que a admissão do mandado de segurança, nestas hipóteses, ocasionaria, via reflexa, a ampliação da competência dos Juizados Especiais para conhecer e julgar da ação, o que caberia exclusivamente ao Poder Legislativo.

### 3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CASO

A situação causídica acima transcrita trabalha com a hipótese de manejo do instrumento processual do Mandado de Segurança como substituto, em face da lacuna legal, do Agravo de Instrumento em sede de Juizados Especiais, haja vista a omissão normativa quanto à possibilidade de recurso em face de decisões interlocutórias.

Inicialmente, portanto, necessária se faz a análise da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, além de outras providências, quanto aos recursos nela previstos:

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

[...]

Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil. (BRASIL, 1995, s.p.)

Nota-se que a Lei dispõe sobre o recuso definido doutrinariamente como “Recurso Inominado” e Embargos de Declaração, ambos em face de sentença, isto é, decisão definitiva de mérito.

Contrariamente, o Código de Processo Civil que regula o rito processual comum, prevê uma série de recursos, dentre outros, o Agravo de Instrumento, para o caso das decisões proferidas no curso do processo, mas que não atingem diretamente o mérito da questão, as chamadas decisões interlocutórias, senão, vejamos:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (BUENO, 2015, p. 116).

Percebe-se que a Lei é omissa quanto a possíveis injustiças ou erros que ocorram fora do mérito processual, revelando casos em que se encerra o processo sem o julgamento deste e, para os quais, não há previsão de recurso.

De outra banda, dispõe a Constituição Federal acerca do direito de defesa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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. (BRASIL, 1988, s.p.)

Tem-se, então assegurado tal direito através de, dentre outros meios, a possibilidade do recurso, prevista na Carta Magna do ordenamento jurídico, preceito orientador de todo o sistema normativo, como um direito fundamental em face das ingerências do poder particular e do próprio Estado.

Ora, diante da omissão normativa e da garantia constitucional, surge o Mandado de Segurança como alternativa viável a sanar a lacuna recursal da Lei dos Juizados, previsto na Constituição Federal, em sede do acima citado artigo e na Lei 12.016/09 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (BRASIL, 2009, s.p.)

Trata-se, pois, de instrumento de salvaguarda a garantias e direitos quando não amparados por outras formas processuais de proteção como é o caso.

Apesar disto, o entendimento reiterado pelo Supremo Tribunal Federal para a questão é no sentido de que a omissão Lei 9.099/95 não feriria o direito e garantia constitucional previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, uma vez que não estaria afastada completamente a possibilidade de recurso, podendo a questão analisada interlocutoriamente ser arguida em sede de Recurso Inominado.

Assim, para o Tribunal, a proteção não estaria sendo negada, apenas sofreria uma dilação com vistas às finalidades da própria Lei e seus princípios norteadores, sobretudo a celeridade e a economia processual: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (BRASIL, 1995, s.p.)

Além disso, alega a Corte que o sistema de Juizados Especiais não é a regra, podendo a parte ingressar com a demanda na Justiça Ordinária onde são previstos todas as espécies recursais. Logo, abre-se mão de parte destas pelas vantagens a serem auferidas com a celeridade e a informalidade próprias do rito, não havendo prejuízos às partes, mas uma efetiva compensação.

Acrescenta ainda que a aceitação do Mandado de Segurança como recurso viola o prazo recursal razoável, haja vista este poder ser impetrado dentro de cento e vinte dias do ato ilegal ou abusivo praticado, no caso, a decisão interlocutória.

Outra questão ventilada pelo órgão é de ampliação da competência dos Juizados Especiais ao se permitir, por estes, o julgamento de ações relativas a Mandado de Segurança. Contudo, não há na Lei que rege o instituto, tampouco na Constituição Federal, a definição de competência para impetrá-lo, restando tal incumbência à doutrina e à jurisprudência que consolidaram entendimento no sentido de atribuí-la a partir da categoria funcional da autoridade apontada como coatora e não da natureza do ato impugnado ou da matéria questionada.

Nesse sentido, definiu o Superior Tribunal de Justiça, a súmula 376: “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.” (BRASIL, 2005, s.p.), com base nos artigo 41 da Lei 9099/95:

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. (BRASIL, 1995, s.p.)

Além disso, fundamentou-se o referido enunciado na ideia de que o artigo 98 da Constituição Federal estabelece claramente que Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo permitidos a transação e o julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeiro grau.

Ademais, outro dispositivo que justifica a competência das Turmas Recursais se encontra no artigo 21 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional Lei nº. 35 /79, aplicável por analogia:

Art. 21 - Compete aos Tribunais, privativamente:

[...]

VI - julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções. (BRASIL, 1979, s.p.)

Destarte, nítido que os Tribunais de Justiça não possuem competência originária nem recursal para reexaminar tais decisões, haja vista que a implementação dos Juizados Especiais teve por escopo dar maior celeridade à prestação jurisdicional, nos limites de sua competência, o que se garante com a sua competência interna para julgar dos próprios recursos, inclusive do Mandado de Segurança quando comporta tal efeito.

Assim, diante da análise dos dispositivos legais acerca da questão, percebe-se que as disposições elencadas em Leis e na Constituição Federal deixam uma margem para a discussão a respeito do cabimento ou não do instrumento de Mandado de Segurança em sede de Juizados

Especiais em análise, já que a normatização não define claramente o tema. De sorte que, doutrina e jurisprudência divergem sobre a questão, conforme se observa na sequência.

### **3. ANÁLISE DE DECISÕES DIVERGENTES**

A normatização dos Juizados Especiais, sobretudo no que concerne à Lei 9.099/95 é omissa na previsão de recursos em face de decisões interlocutórias.

Contudo, em virtude das consagradas garantias constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, ampla defesa e contraditório, questiona-se se a referida lacuna legal revela uma afronta direta a tais direitos fundamentais ou está em concordância com a lógica dos Juizados, como defendido pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, a divergência surge quanto à possibilidade de impetrar-se Mandado de Segurança como sucedâneo recursal da interposição de Agravo de Instrumento, inexistente neste âmbito, contra decisões que não resolvam o mérito da matéria.

Destarte, em que pese a omissão legislativa, bem como a jurisprudência pacificada do STF sobre o tema, o que se verificam são posicionamentos decisoriais divergentes nos Tribunais e com fundamentos que merecem ser minudenciados.

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Ordinário

nº 16.124 - RS 2003/0050879-3, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu-se:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA  
- ATO COATOR - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA  
DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA QUAL NÃO  
CABE RECURSO PRÓPRIO PREVISTO EM LEI -  
POSSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO - RECURSO  
PROVIDO. I - Impõe-se aceitar a possibilidade

de impetração da segurança, contra decisão interlocutória de Juizado Especial Federal, da qual não haja recurso próprio previsto em lei, sob pena de se obstar o exercício do contraditório e do ampla defesa. Precedentes. II - Recurso provido. (BRASIL, 2006, s.p.)

Ora, entende a Egrégia Corte que a omissão normativa caracteriza verdadeira afronta aos preceitos constitucionais que protegem o direito recursal, sendo cabível o Mandado de Segurança como remédio contra o ato abusivo que seria impedir o enfrentamento de uma decisão passível de causar danos às partes, sob pena de restar obstaculizado o regular exercício de uma garantia fundamental e, por conseguinte, o devido processo legal:

CORREIÇÃO PARCIAL. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. REJEIÇÃO DE PLANO. 1. Quanto às decisões interlocutórias em relação às quais no Juízo Comum seria cabível o agravo de instrumento, esta Corte tem entendido que a medida judicial correta é o mandado de segurança e não a correção parcial. Somente na hipótese de não ser cabível o mandado de segurança e a situação se amoldar às previsões contidas no art. 171 do Regimento Interno deste Tribunal é que será cabível a correção parcial. 2. Na espécie, a decisão do Juiz do Juizado Especial Federal que determinou a redução do valor da condenação, em fase de liquidação de sentença, para adequar à competência do JEF, acaso proferida no Juízo Comum, seria impugnável via agravo de instrumento e, portanto, o remédio judicial cabível contra este decisor é o mandado de segurança (Precedente: CP nº 2004.04.01.038225-7/RS, Rel. p/o acórdão Des. Federal Celso Kipper, decisão por maioria, DJU 26/01/2005). 2. Rejeição de plano da correção parcial. (BRASIL, 2014, s.p.)

Nesse sentido, muitos Tribunais também entenderam pela possibilidade de utilização do instrumento quando presentes os requisitos próprios a este, a saber: a violação do direito por ilegalidade ou abuso de poder, capaz de ensejar lesões:

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. EXCEPCIONALIDADE PERMITIDA APENAS NOS CASOS EM QUE HOVER TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE. Para não ferir as regras específicas que norteiam o Juizado Especial Cível e observar a aplicação do princípio da celeridade processual, tem-se admitido a impetração de mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida nos feitos da Lei n. 9.099/95 apenas em casos de teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder capazes de causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2013, s.p.).

Destarte, compreendem que não se trata de uma afronta ou quebra do princípio da celeridade, mas da sua ponderação em face de uma garantia constitucional que salvaguarde uma situação concreta de dano injustificado a ser afastado ou prevenido de maneira eficaz, o que muitas vezes se mostra insuficiente apenas com a utilização dilatada de um Recurso Inominado para enfrentar a questão incidente no decorrer do processo:

MICROSISTEMA DOS JUIZADOS. RECURSO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REGRA GERAL DA IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO RECURSAL. MICROSISTEMA DOS JUIZADOS. RECURSO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA EXCEPCIONALMENTE ADMISSÍVEL

CONTRA ATO DE JUIZ DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Os processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais regulam-se pela Lei nº 10.259/2001 e, subsidiariamente, pela Lei nº 9.099/95, as quais não prevêem a possibilidade de interposição de recursos contra decisões interlocutórias, como o Agravo de Instrumento. Observância da regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e do princípio da concentração dos recursos no recurso contra a sentença. 2. Embora conforme o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001 o mandado de segurança não se inclua na competência dos Juizados Especiais Federais, excepcionalmente, por se **tratar de uma garantia constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88), e em atenção às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), admite-se o ajuizamento de Mandado de Segurança no âmbito do microsistema dos juizados quando o ato coator for uma decisão interlocutória contra a qual não couber recurso próprio previsto em lei, mas apenas se se tratar de ato abusivo ou ilegal de juiz com atuação em Juizado Especial Federal e no prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51.** Garantia do amplo acesso ao Poder Judiciário preservada (art. 5º, XXXV, CF/88). 3. Impossibilidade de fungibilidade entre um recurso (o Agravo de Instrumento) e uma ação (o Mandado de Segurança). 4. Agravo de instrumento não conhecido. (BRASIL, 2009, s.p.)

Ademais, no que trata da competência dos Juizados para o processo e julgamento da ação constitucional, apesar do entendimento contrário do Supremo Tribunal Federal no sentido de que haveria uma ampliação descabida de poder destes juízos, defende o Superior Tribunal de Justiça, em cumulação com os preceitos referidos em tópico anterior, que:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. TURMA RECURSAL. RECURSO DESPROVIDO. Compete a própria Turma Recursal o julgamento de mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática proferida por juiz integrante do Juizado Especial Federal (Precedentes). Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2005, s.p.)

Nesse sentido, compreende-se pela autonomia dos Juizados em receber e julgar tais ações com características recursais em seu domínio, haja vista sua não subordinação e a capacidade que lhe é conferida legalmente para decidir sobre as causas definidas na Lei 9.099/95, ainda que em sede de recurso.

Ora, é certo que a jurisprudência diverge acerca da possibilidade em apreço, havendo argumentos de peso para ambos os lados a respeito do uso do *mandamus*.

Com efeito, tais pontos são analisados ainda pela doutrina, parte dos intérpretes do ordenamento jurídico, e é o que se passa a tratar na sequência para que se forme um panorama ainda mais completo sobre o tema.

#### 4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

O uso do Mandado de segurança como Sucedâneo recursal de Agravo de Instrumento em sede de Juizados Especiais encontra divergência também doutrinária.

Há aqueles que apontam para a visão do Supremo Tribunal Federal, contra a referida possibilidade, utilizando como fundamentos, sobretudo, o princípio da celeridade que informa a Lei 9.099/95 e determina certo adiantamento no processo e julgamento de causas cíveis de menor complexidade, utilizando como um dos instrumentos para a promoção deste efeito a regra da irrecorribilidade das decisões

interlocutórias, deixando apenas para o Recurso Inominado a missão de atacar qualquer vício processual e forma única e, portanto mais célere. (MEIRELLES, 1988; LIMA, 2015; SHERIDA, 2010)

Aduzem que o procedimento especial configura uma opção das partes que abrem mão de certas prerrogativas em nome da celeridade e informalidade, benéficas ao procedimento.

No mesmo sentido, sustentam que não há violação à garantia fundamental do direito à ampla defesa, visto que as decisões interlocutórias não são completamente irrecorríveis, mas apenas tem sua impugnação diferida para quando da interposição de recurso inominado, não sendo, pois, negado o direito (MEIRELLES, 1988; CAVALCANTE, 2007).

Com efeito, defendem também o não cabimento de uma aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que tange ao Agravo de Instrumento através do Mandado de Segurança, haja vista a propositada e coerente omissão legal a respeito do tema.

Alegam ainda que o recebimento e julgamento da referida ação como recurso, representa uma dilatação imprópria de competência dos Juizados Especiais pelo Poder Judiciário se autotutelando, o que feriria a separação de poderes, haja vista se tratar de atribuição do Legislativo (SHERIDA, 2010).

Por fim, atentam para a excessiva diferenças entre os prazos para interpor recursos e impetrar o remédio constitucional, o que, mais uma vez, não atenderia aos objetivos legais. (LIMA, 2015).

Em contrapartida, parte da doutrina pugna pelo cabimento da ação constitucional como recurso nos Juizados Especiais.

Para estes, o princípio da celeridade assim como nenhum outro, é absoluto, necessitando sua aplicabilidade ser mediada pela técnica da ponderação quando em colisão com outros princípios, como neste caso, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. (MARCELLINO JUNIOR, 2014; MEDINA, 2013; STAFFEN, 2015; WATANABE, 1999)

Ora, se deseja a parte exercer seu direito recursal e a sua denegação pelo juízo pode vir a causar-lhe danos, tem-se claramente

um choque entre princípios que devem ser relativizados em sua aplicação de forma a garantir um direito fundamental e afastar lesões injustas (RODRIGUES, 2016; WATANABE, 1999).

Por isto, defendem o cabimento do Mandado de Segurança em face das decisões interlocutórias, haja vista a inexistência de meio apto a destas recorrer e sua característica de incontestes ser uma afronta aos direitos processuais constitucionais, ainda que tal possibilidade represente um alongamento do processo à primeira vista contrário às finalidades legais, mas que atendem à teleologia que informa o ordenamento jurídico como um todo (MARCELLINO JUNIOR, 2014; MEDINA, 2013).

Como fundamentos, alegam ainda que a Constituição Federal determina o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao tempo em que veda a autotutela, dirigindo ao Estado, o monopólio da jurisdição. Com efeito, o Poder Judiciário ao exercer esta função deve fazê-lo de modo a garantir o acesso não somente ao judiciário, mas à própria justiça, em consonância com os preceitos insculpidos na Carta Magna. Nesse sentido, o impedimento da recorribilidade das decisões interlocutórias se configura como um verdadeiro óbice à própria jurisdição garantida pelo arranjo democrático (STAFFEN, 2015; WATANABE, 1999).

Ademais, no que toca à questão da competência dos Juizados Especiais para processar e julgar Mandado de Segurança contra autoridade coatora de seu órgão, haja vista ser a ação uma garantia fundamental prevista na Constituição e inexistindo impedimento legal para seu uso como recurso em procedimento especial, além de logicamente cabível numa análise da legislação supracitada e de ser capaz o Juizado, como órgão, de rever seus próprios atos, entendem que não merece prosperar o argumento que afasta sua competência nestes casos (RODRIGUES, 2016).

Por fim, em que pese ser o rito sumaríssimo uma faculdade do autor da ação, o mesmo não se aplica ao polo passivo da demanda, o que por si só desestrutura tal argumento. Ademias, ainda que seja opção de quem ingressa com o feito, não há uma correlação suficientemente

forte a retirar deste seu direito recursal constitucionalmente fundamentado (WATANABE, 1999).

Muitos aduzem ainda por se não o remédio constitucional a ser utilizado, deve-se aceitar a admissão do próprio Agravo de Instrumento, numa aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Nesse sentido:

A propósito das decisões interlocutórias, a Lei n. 9.099/1995 silenciou. Isto não quer dizer que o agravo seja de todo incompatível com o Juizado Especial Civil. Em princípio, devendo o procedimento concentrar-se numa só audiência, todos os incidentes nela verificados e decididos poderiam ser revistos no recurso inominado ao final interposto. Mas nem sempre isso se dará de maneira tão singela. Questões preliminares poderão ser dirimidas antes da audiência ou no intervalo entre a de conciliação e de instrução e julgamento. Havendo risco de configurar-se a preclusão em prejuízo de uma das partes, caberá o recurso de agravo, por invocação supletiva do Código de Processo Civil (THEODORO JÚNIOR, 2010, p.437)

Ora, para todos que defendem a recorribilidade das decisões interlocutórias em sede de Juizados, é certo que uma das duas soluções deve ser aceita para sanar o vício que viola a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório, se não o Mandado de Segurança por todos as razões acima explanadas, o Agravo de Instrumento, de sorte a efetivamente afastar o dano e aproximar o Direito da Justiça e da Democracia. É a posição aqui defendida.

## 5. CONCLUSÃO

As garantias processuais constitucionais, sintetizadas nos princípios do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa,

do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional, são alguns dos fundamentos básicos para a formação de um Estado Democrático de Direito.

Seus preceitos gerais impõem a disponibilização de instrumentos hábeis a possibilitar a defesa e o acesso ao Poder Judiciário de sorte a impedir a ocorrência de lesões a direitos ou bens da vida tutelados pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, em atenção ao art. 98, I, da Constituição Federal que determina a criação de Juizados Especiais para o trato de causas de menor complexidade, inclusive dos recursos a elas inerentes, tratou da matéria a Lei 9.099/95, a âmbito Estadual, disciplinando dentre seus princípios básicos a celeridade e omitindo-se quanto a espécies recuais de ingerência em face de decisões interlocutórias.

Frente a tal conjuntura é que surgiu a questão então abordada a respeito do uso supletivo do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal de Agravo de Instrumento, inexistente a previsão legal e restando obstado o direito das partes de contraditório e defesa com risco de lesão.

Neste diapasão, a jurisprudência e doutrina, bambeiam entre as garantias constitucionais e o legalismo, tendo resolvido o Supremo Tribunal Federal pelo não cabimento da referida ação constitucional como recurso, ao passo em que o Superior Tribunal de Justiça entende no sentido oposto. Além disso, a doutrina encontra-se igualmente inconsistente.

Ora, fato é que existe um choque entre duas ideologias, a principiológica e a legalista, restando posições contraditórias.

Contudo, forçoso reconhecer a existência do direito de defesa e do acesso à jurisdição, garantias supremas do sistema jurídico e sua superioridade quando comparada com meras questões de formalidade.

Existe um dever estatal de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e este comporta a esfera recursal como forma de afastar lesões a direitos.

Nesse sentido, ainda que não seja o meio mais adequado, o Mandado de Segurança é o único de que dispõem as partes para

o ataque de decisões interlocutórias manifestamente injustas e ensejadoras de danos.

Em vista disso, pugna-se pela sua aceitação, já que, ante o exposto, não há óbice legal ou constitucional que vede tal possibilidade, de sorte que ou o posicionamento de nossa Suprema Corte de direito deve ser revisto no sentido de acatar o remédio constitucional como recurso ou aceitar o uso de Agravo de Instrumento a âmbito dos Juizados, ou ainda, criada uma espécie recursal própria para o rito sumaríssimo.

O que não se pode admitir é o cerceamento do direito de defesa próprio da democracia, sob pena mero simbolismo e desvirtuação de todo o sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Agravo de Instrumento 000169/RS. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Relator: Jacqueline Michels Bilhalva. Data de Julgamento: 05/08/2009. Segunda Turma. Disponível em: <<https://tj-rs.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/22913045/recurso-civel-71002945947-rs-tjrs/inteiro-teor-111169101>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 10 fev. 2018.

BRASIL. Correição Parcial contra o Juiz Federal Sr. Leopoldo Fontenele Teixeira, em face do

processo de nº. 0504918-74.2013.4.05.8401. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Francisco Barros Dias. Data de Julgamento: 05/08/2014. Disponível em: < <http://www5.trf5.jus.br/documento/?arquivo=ROSE-DOC+1270-2014+DECIS%C3O+ASS+E+PUB+14-8-14.pdf&tipo=dccp>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Lei n.º 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 05 fev. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 15 fev. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça

Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em 23 fev. 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)>. Acesso em 18 fev. 2018.

BRASIL. Mandado de Segurança 036.12.007021-4 Jaraguá do Sul. Quinta turma de Recursos de Joiville. Data de Julgamento: 03/10/2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/59891525/djsc-03-10-2013-pg-421>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Recurso Extraordinário 20214/RJ. Processo Civil. Repercussão Geral. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 20/04/2006, Quinta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14394745/mandado-de-seguranca-of-no-ms-13774>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Recurso Extraordinário 700848/PR. Processo Civil. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4337968>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Recurso Extraordinário 576847/BA. Processo Civil. Repercussão Geral. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 20/05/2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2009-05-20;576847-2591874>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16124/RS. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Felix Fischer, Data de

Julgamento: 07/02/2006, Quinta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7172922/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-16124-rs-2003-0050879-3>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Súmula 376. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013\\_34\\_capSumula376.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula376.pdf)>. Acesso em 23 fev. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 12. ed. São Paulo: RT, 1988.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Recursos nos juizados especiais. Imprensa: São Paulo, Dialética, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRIGINI, Ronaldo. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis. 3. ed. Leme: JH MIZUNO, 2007. p. 388.

HUTTER, Rudolf. Os Princípios Processuais no Juizado Especial Cível. São Paulo: Iglu, 2004.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. A Eficácia do Mandado de Segurança nos Juizados Especiais. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 300 f. Tese (Doutorado), Universidade do Estado de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis: 2014. Disponível em: <<https://>

repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?-sequence=1>. Acesso em 01 Fev. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIMENTA, Cristovão de Souza; Juizados Especiais Cíveis: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

ROCHA, Fellipe Borring. Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 6. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Forense, 2016.

SHERIDA, Ferraz Leslie. Acesso à Justiça: uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais. Lumen Juris: São Paulo, 2015.

WATANABE, Kazuo. Finalidade maior dos juizados especiais cíveis. In: Revista Cidadania e Justiça. Ano 3, nº 07, 1999.