

Respostas judiciais adequadas e o novo Código de Processo Civil: uma análise do artigo 476.

Vinicius Astolpho Vieira¹

Resumo: O Poder Judiciário recentemente angariou ampla notoriedade na vida política e social, sendo demandado em grandioso número para a entrega da tutela jurisdicional em casos de pequena monta, ou mesmo em casos de interesse nacional. Ante a este novo cenário, o Judiciário e o processo judicial necessitou de ampla reforma, o que foi feito em determinadas alterações das normas processuais. Contudo, o corolário destas transformações é o Novo Código de Processo Civil – NCPC – discutido no Projeto de Lei nº. 8.046/10, que modifica substancialmente o processo civil para as finalidades e necessidades do atual Judiciário. Uma das principais inovações do NCPC é a caracterização do que vem a ser uma sentença não fundamentada, conforme o seu projetado artigo 476. A busca por respostas judiciais adequadas, por outro lado, é tema de grande interesse dos atuais debates da filosofia jurídica, o que possibilita analisar, por tal viés, as inovações prometidas pela vindoura legislação processual civil e afirmar se esta é suficiente para a construção de uma efetiva entrega da tutela jurisdicional, tendo como parâmetro a garantia constitucional do art. 93, IX.

Palavras-chave: *Novo Código de Processo Civil – Fundamentação das decisões judiciais – Filosofia Jurídica – Respostas Judiciais Adequadas.*

¹ Advogado. Bacharel em Direito e Pós-Graduando (*lato sensu*) em Processo Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Monitor da cadeira de Filosofia Jurídica ministrada pelo Prof. Dr. Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, também na FDSBC. Participante do Grupo “Guilherme Braga da Cruz” de Iniciação Científica, dirigido pelo Prof. Dr. Estevan Lo Ré Pousada. Expositor no IV Congresso Científico da FDSBC. E-mail: vini.as.vieira@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro, não raro, é destaque nas manchetes de jornais e periódicos. Questões antes reservadas às instâncias políticas da sociedade, são hoje resolvidas nos Tribunais. Conflitos de menor ou maior repercussão, de interesse individual ou difuso, são levados ao Judiciário a fim de concreta, e eficaz, solução. É possível dizer que, de certa forma, nunca se falou tanto em tutela jurisdicional no Brasil como tem ocorrido no último quarto de século.

Isto não acontece por acaso. Com efeito, a Constituição de 1988 reservou ao Judiciário o poder de tutelar e dar resposta a qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Esta missão constitucional reservada ao Judiciário resultou, portanto, em vertiginoso aumento pela sua procura².

O modelo institucional do Judiciário, desta forma, se viu pressionado por esta democratização decorrente das disposições da CF/88. Urgia, portanto, uma necessidade de remodelação institucional do Judiciário, e do próprio processo judicial enquanto modelo de satisfação de lides e entrega da tutela jurisdicional.

Nesta senda, as mudanças para este “novo” Judiciário lastrearam-se, basicamente, em dois grandes pilares: a *solução autônoma dos conflitos* e a busca pela *celeridade e efetividade da tutela jurisdicional*. Para tanto, diversos meios foram empregados: o sistema de antecipação de tutela, capacitação e formação de mediadores e conciliadores, a instigação, pelo Juízo, da conciliação no curso do proces-

so, o abandono dos autos físicos (processo eletrônico), a simplificação do sistema recursal, entre outras. O corolário de tais mecanismos, contudo, está no PL nº. 8.046/10, o conhecido “Novo Código de Processo Civil” (NCPC), que corporifica legalmente os pilares supracitados por meio de diversos instrumentos³.

Dentre as disposições do PL nº. 8.046/10, em sua versão dada pela Câmara dos Deputados⁴, interessa especialmente ao presente estudo o artigo 476⁵ pois, de forma inovadora, positiva em seu parágrafo único o que vem a ser uma decisão judicial não fundamentada.

Por outro lado, em uma discussão que aparentemente é desconexa às questões até

3 As inovações do Novo Código de Processo Civil parecem, em uma primeira análise, que avançam na construção de soluções para os problemas atuais do Judiciário, principalmente no que se refere à morosidade na entrega da tutela jurisdicional e desarmonia das decisões judiciais. A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, disponível na internet (link: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>), mostra quais são estas soluções que, em razão de sua extensão, não podem ser analisadas neste espaço mas que, com certeza, merecem maior atenção e estudo oportuno.

4 Integra do referido projeto de lei, dada pela versão Câmara dos Deputados, pode ser consultada em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=EC10DA42B11C472CD90464E44F46486.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

5 Art. 476. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação 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.

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I - se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

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

III - invoque 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.

2 Dados do Conselho Nacional de Justiça confirmam este aumento de litigiosidade. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf.

então expostas, o epicentro da filosofia jurídica contemporânea se debruça sobre um debate: a indeterminação da aplicação do direito. Afinal, como os juízes fundamentam suas decisões? Como se dá a solução de uma lide a partir de um julgamento lastreado em princípios jurídicos? Este debate, como há de ser neste campo do direito, geram outras questões como: o que é um princípio jurídico? Qual a sua fonte? Como se dá a aplicação de um princípio jurídico no caso concreto, etc.

A conexão com a temática do processo civil, todavia, existe.

A despeito destes campos da ciência do Direito serem absolutamente divergentes quanto aos seus métodos, objetivos, etc., nesta particular abordagem estão a discutir o mesmo objeto: como construir um Judiciário que entregue a efetiva tutela jurisdicional ou, em outras palavras, como construir respostas judiciais adequadas.

O objetivo deste breve artigo, portanto, é trabalhar com a fundamentação das decisões judiciais objetivada pelo NCPC e com o debate supracitado da filosofia jurídica a fim de analisar se, realmente, a vindoura legislação processual está apta à construção de respostas judiciais adequadas.

O parâmetro para a análise e crítica desta análise, por sua vez, será a garantia prevista no artigo 93, IX, da Constituição que exige, sob pena de nulidade, a fundamentação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

1 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E BREVE ANÁLISE DO PROJETADO

ART. 476.

O espírito do Novo Código de Processo Civil pode ser resumido na seguinte frase de sua Exposição de Motivos do Anteprojeto: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.” (SENADO FEDERAL, 2010: 14).

Estas características (celeridade, simplicidade, proximidade com a realidade fática) são instrumentalizadas com a diminuição das vias recursais (v.g., extinção do agravo retido; juízo de admissibilidade recursal apenas na 2ª instância; tudo cf. SENADO FEDERAL, 2010: 26-28) e extinção de alguns incidentes processuais (v.g., impugnação ao valor da causa e concessão de justiça gratuita, que serão ambos preliminares na contestação), o prestígio ao processo eletrônico e a realização de atos processuais por tal forma, ausência de duplo efeito *ex lege* da apelação, entre outras medidas que só podem ser devidamente analisadas em estudo próprio do novel diploma processual.

Ainda com respaldo na Exposição de Motivos, a simplificação do processo visa garantir que o magistrado se concentre, precipuamente, no mérito da causa, ou seja, na efetiva tutela jurisdicional demandada (SENADO FEDERAL, 2010: 14).

Esta preocupação com o mérito da causa é uma demonstração de como o NCPC se lastreia no contraditório efetivo (ou moderno contraditório) e na fundamentação obrigatória de todas as decisões, dando às partes o poder de participar da formação dos proventos jurisdicionais (THEODORO JÚ-

NIOR, 2002:40). Vale destacar que a garantia da motivação é percebida pela doutrina processualista italiana (COLESANTI, 1975: 612) como uma:

Derradeira manifestação do contraditório, no sentido de que o dever imposto ao juiz de enunciar os fundamentos de seu convencimento traduz-se no de considerar os resultados do contraditório.

Portanto, o efetivo contraditório e a garantia da motivação das decisões judiciais possuem intrínseca relação, sendo a plenitude de ambos interdependentes. Isto é, sob a ótica do processo civil ora esposada, uma decisão judicial só poderá ser qualificada como motivada se enfrentar todos os argumentos produzidos pelo contraditório efetivo entre as partes.

Com relação à motivação das decisões judiciais, aliás, é oportuno ressaltar que esta é uma garantia de que o pronunciamento da Justiça fundar-se-á, realmente, no império da lei (BARBOSA MOREIRA, 1978: 118). É dizer, trata-se de uma forma de assegurar que o julgamento se deu com base em fundamentos de direito, e não em convicções pessoais (metajurídicas) do julgador.

Ou seja, existe um consenso doutrinário sobre a necessidade da adequada fundamentação das decisões judiciais, entendendo-se esta como um requisito inafastável da jurisdição. Neste caminho, o NCPC erige alguns dispositivos com o fito de guarnecer a adequada fundamentação das decisões judiciais, em especial o já mencionado art. 476 e seu parágrafo único.

Porém, antes de ir às minudências do artigo 476, cabe destacar que o art. 11⁶ da vin-

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

doura legislação processual civil reproduz o mandamento do art. 93, IX, CF/88. Ou seja, o NCPC estabelece, como *princípio*, a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Nesta senda, o art. 476 do novel diploma, que é o escopo deste estudo, vem destrinchar alguns aspectos do princípio em questão.

O conteúdo do art. 476, parágrafo único, positiva quatro hipóteses em que a decisão exarada não será considerada fundamentada: (i) quando a decisão se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; (ii) quando empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) quando invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão e (iv) quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A primeira hipótese visa, claramente, inibir que o magistrado indique a norma que forma a sua convicção sem, efetivamente, dizer o motivo de ela ser aplicável ao caso concreto. A simples reprodução do ato normativo não é suficiente para a demonstração de sua aplicação no suporte fático. A segunda hipótese, por seu turno, evita que conceitos jurídicos indeterminados (v.g., dignidade da pessoa humana, abalo psíquico ou na intimidade da parte, boa-fé, moralidade, diligência, lealdade, idoneidade, etc.) sejam utilizados de forma genérica, sem demonstrar as razões fáticas que dão suporte para o magistrado empregar tais conceitos em sua fundamentação. Impede-se, desta forma, que conceitos jurídicos abstratos sejam utilizados como *cláusulas gerais de julgamento* que podem servir tanto para justificar a procedência, como a impro-

cedência de um mesmo pedido.

A terceira hipótese, de certa forma, se alinha à segunda, pois os motivos que se prestam a justificar qualquer decisão são, em sua maioria, vagos de significação objetiva, o que permite maior “flexibilidade” em sua interpretação. Em verdade, os três incisos até então apresentados forçam o magistrado a observar, com rigor, o caso concreto, justificando a partir deste a aplicação da norma, impedindo a simples reprodução de ato normativo, ou o uso descontextualizado de conceitos jurídicos indeterminados ou de motivos para a decisão do caso concreto *sub judice*. Por meio de um raciocínio pormenorizado, portanto, fica obrigado o magistrado a demonstrar a aplicação do *conceito indeterminado* no caso concreto (CRUZ E TUCCI, 2010: 267)

A quarta hipótese, por fim, também se mostra relevante instrumento, pois impele o magistrado a analisar cada ponto das alegações das partes que poderiam, justificadamente, se contrapor à sua decisão. Ou seja, mais do que dizer as razões que dão direito a uma parte, deverá o magistrado expor os motivos que prejudicam o direito alegado pela outra ou porque, naquele caso concreto, o direito de uma se sobrepõe ao da outra, justificando sua decisão.

Destaque-se, ainda, que o inciso em comento reforça a vedação à “decisão-surpresa”⁷. Com efeito, a participação na

⁷ Ainda sobre a vedação à “decisão surpresa”, ou mesmo o “fundamento surpresa”, vale citar o art. 10 do projeto do CPC, que diz: “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”. Ou seja, mesmo em se tratando de matéria cujo conhecimento pode se dar *ex officio*, em respeito às garantias do efetivo contraditório e, afinal, da própria motivação adequada das decisões judiciais, o juiz fica obrigado a intimar as partes a se manifestarem sobre a referida matéria. Neste sentido, v. MITIDIERO, 2009: 136.

construção da fundamentação judicial, além de garantir o *moderno* contraditório, dá às partes o direito de influenciar todas as decisões judiciais ocorridas no íterim processual (CUNHA, 2012: 354).

O parágrafo único do art. 476, portanto, cria uma “moldura” que garante, de certo modo, a qualidade da fundamentação das decisões judiciais, pois, uma vez que estas falhem com as exigências do dispositivo analisado, serão passíveis de anulação por não cumprirem, afinal, a devida entrega da tutela jurisdicional.

Logo, as modificações *estritamente* processuais supracitadas (simplificação do sistema recursal, maior celeridade dos atos processuais, etc.) advindas com o novel diploma permitem, em verdade, que o magistrado se preocupe com aquilo que lhe foi efetivamente demandado: o mérito da causa. O parágrafo único do projetado art. 476, desta forma, é um instrumento desta preocupação do NCPC com a fundamentação das decisões judiciais.

O que resta saber, contudo, é se esta alteração é suficiente para que as futuras decisões judiciais que se submetam ao império do NCPC estarão devidamente fundamentadas ou, ainda, se poderão ser consideradas **respostas judiciais adequadas**, à luz do art. 93, IX, da Constituição. Desta forma, faz-se necessário uma breve incursão na filosofia jurídica a fim de apresentar, à luz deste campo do direito, o que vem a ser uma resposta judicial adequada.

2 O DEBATE SOBRE A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO NA FILOSOFIA JURÍDICA

A filosofia jurídica do direito positivo pode ser representada a partir de três grandes

debates: (i) a criação do direito, formulada principalmente pelos jusfilósofos John Austin e Oliver Wendel Holmes Jr; (ii) a aplicação do direito, em que são expoentes Hans Kelsen e Herbert Hart e (iii) a justificação do direito, encabeçada por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em brevíssima suma, estes debates da filosofia jurídica consagraram, respectivamente, a negação da existência de um direito natural, consequentemente afirmando o conceito de direito como um produto da sociedade⁸ e que não pode ser definido pela Moral. O segundo debate, ao seu turno, demonstra que o direito não é um sistema aleatório de regras de condutas sociais, mas um verdadeiro ordenamento hierarquizado, funcionando como um sistema de regras dotado de linguagem própria, cujo fundamento não é a simples coerção do comando (como defendido pelos jusfilósofos do primeiro debate mencionado), mas sim a sua validade que será dada pelo próprio ordenamento⁹. Por fim, ingressando no debate que interessa ao presente artigo, há

8 No caso de Austin, o direito positivo é um produto do comando coercitivo do soberano (AUSTIN, John *In* MORRIS, Clarence, 2002: 353) e, em Holmes, das decisões judiciais (MUNOZ, 2008: 90). É possível dizer, portanto, que o fundamento do direito para Austin estaria no próprio poder político soberano, enquanto para Holmes, seria o poder de Estado garantido ao Judiciário para dizer o que é, ou não é, Direito.

9 A noção de ordenamento normativo e autonomia funcional são os elementos deste segundo debate da filosofia jurídica que aproximam os seus expoentes, daí nomeá-los de autores do positivismo normativista. Contudo, o fundamento do direito que garantia a respectiva validade, ou não, de uma regra, são distintos em Kelsen e Hart. Com efeito, Kelsen defende que toda a validade do direito estaria subordinada a uma norma hipotética fundamental, cuja constatação estaria na eficácia geral da ordem jurídica estabelecida pela Constituição (KELSEN, 2009: 237), ou seja, a norma hipotética fundamental dá validade à Constituição que, por sua vez, é a condição de validade do restante do ordenamento. Hart, por sua vez, defende que a validade do direito está estribada em uma regra de reconhecimento, que nada mais é do que um fato social que confirma e infirma quais são as regras que pertencem ao ordenamento (HART, 1996: 111-112).

uma forte crítica à noção do direito apenas como um sistema de regras, fundamentado exclusivamente na díade válido-inválido, e subordinado, ainda, às mais diversas interpretações do aplicador da norma (o magistrado) que diante das invariáveis lacunas e/ou imprecisões linguísticas dos textos normativos, estaria autorizado a dar a resposta judicial sem maiores critérios de justificação a serem observados¹⁰.

O debate sobre a justificação do direito reacende a conexão entre direito e moral sem, contudo, infirmar a tese positivista de que o direito seja um produto da sociedade (ou seja, não se trata de um retorno ao jusnaturalismo). É, na verdade, uma tentativa de superação do próprio positivismo (daí ser chamado de “pós-positivismo”), cujo ponto de partida é a constatação de que em diversas questões (casos concretos) os juristas comumente divergem entre si e acabam sempre, nestas discussões, justificando qual decisão deve ou não ser tomada com base em **princípios** inseridos nos sistemas jurídicos a que pertencem (DWORKIN, 2002: 36).

O que se evidencia, portanto, é que a construção de respostas judiciais não está lastreada, tão somente, em uma visão de quais normas são válidas ou não, mas principalmente na forma pela qual os juízes fundamentam as suas decisões. É dizer: uma decisão que se fundamente em normas válidas não será, necessariamente, uma resposta judicial adequada, pois pode ser contrária a um determinado

10 Destacam-se, neste sentido, as críticas ao decisionismo kelseniano (declaradamente exposto em KELSEN, 2009: 394), e discricionariedade judicial de Hart, na qual as “zonas cinzentas” da lei, ou seja, as imprecisões linguísticas da norma, estariam sujeitas à interpretação que mais convier ao seu aplicador, não havendo critério de justificação, dentro deste direito baseado na díade válido-inválido, para criticá-la. Neste sentido, v. DWORKIN, 2002: 55.

princípio vigente no ordenamento jurídico.

Sob o enfoque do pós-positivismo, os princípios possuem carga normativa (e, desta forma, não são simplesmente valores ou opções morais – cf. STRECK, 2011: 518) e reformulam a própria forma de aplicação do direito. Diferentemente do encaixe lógico das regras (subsunção¹¹), os princípios possuem normatividade relativa no caso concreto servindo, ainda, de orientação na construção das argumentações (BATALHA, C. E.; SCHAHIN, M. R., 2012: 36).

A construção de uma resposta judicial adequada, portanto, não pode se afastar deste novo paradigma trazido pela inserção dos princípios na justificação do direito, de forma que a discussão sobre a efetividade da tutela jurisdicional está ligada, precipuamente, à definição do que vem a ser uma resposta judicial adequada e quais os meios de construí-la.

É evidente que este debate é muito maior do que as pretensões e possibilidades deste artigo. Desta forma, os conceitos e posições que seguem são uma opção do autor dentre diversos caminhos já apresentados à comunidade jurídica¹².

11 A subsunção é o encaixe lógico entre uma premissa maior (a hipótese da norma) e uma premissa menor (o fato concreto), que permitirá a aplicação da síntese (por exemplo, a condenação de alguém à sanção de uma norma penal). Neste sentido, v. MUNOZ, 2008: 15.

12 Com efeito, o chamado “pós-positivismo” oferece diversas críticas ao modelo positivista e insere, definitivamente, os princípios no seio da discussão da aplicação do direito, reformulando modelo positivista em que o direito seria apenas um sistema de regras. Com o neoconstitucionalismo de Alexy e o interpretativismo de Dworkin, o direito passa a ser um sistema de regras e princípios. Contudo, as teorias de Alexy e Dworkin não se confundem (neste sentido, v. BATALHA, C. E.; SCHAHIN, M. R., 2012: 35-41). Nem são, ainda, as únicas teorias. Este artigo, aliás, se alinha à pesquisa desenvolvida por Lenio Luiz Streck, na chamada “hermenêutica filosófica”, em especial no que se refere à construção de uma teoria da decisão, justificando-se a análise da fundamentação exigida pelo projetado art. 476 do NCPC por esta linha da filosofia jurídica.

3 PRESSUPOSTOS PARA UM CONCEITO DE “RESPOSTA JUDICIAL ADEQUADA”.

A construção de uma resposta judicial adequada depende, na linha teórica ora defendida, da explanação de alguns de seus pressupostos.

A. ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E SUJEITO-SUJEITO DE INTERPRETAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE CONHECIMENTO.

O primeiro pressuposto reside na evolução ocorrida no campo da Filosofia referente à construção e produção de conhecimento (objetos da Filosofia).

Toda época da história teve o seu “fundamento absoluto” para a produção do conhecimento. Da ideia platônica ao *esse subsistens* do medievo; do *cogito* inaugurador da filosofia da consciência à vontade de poder nietzscheana, toda época teve o seu fundamento absoluto, a sua “verdade fundamental” (STRECK, 2013: 12).

O que interessa, neste momento, é constatar que o direito brasileiro parou na filosofia da consciência desenvolvida a partir da ideia kantiana que colocou a razão do homem em evidência sobre todas as coisas. Por (e com) ela, o homem (**sujeito**) passou a ser o sentido de compreensão de todas as coisas (**objeto**). Esta relação, sujeito-objeto (daí o nome dado ao “esquema sujeito-objeto”, doravante esquema S-O), vem com a pretensão de dar ao homem, ao “eu racional”, a potência de descobrir a verdade sobre qualquer objeto iluminado (ou melhor, “assujeitado”) pela sua razão (STRECK, 2013: 13).

Esta posição filosófica, contudo, foi ultrapassada pela inserção da linguística nos

campos da filosofia. *Grosso modo*, esta invasão da linguística demonstrou que a compreensão do mundo não está na consciência do indivíduo, mas na linguagem, onde efetivamente o mundo se concretiza a partir da construção de sentidos para as coisas (logo, na construção de conhecimento) a partir das interações linguísticas entre sujeitos.

O esquema advindo deste novo paradigma filosófico, portanto, é o sujeito-sujeito (S-S), a chamada intersubjetividade, na qual a linguagem não é mais um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto, mas, efetivamente, a **condição de possibilidade** para a compreensão (e conhecimento) do objeto (STRECK, 2013: 16-17).

Ora, não se pode entender o direito como algo fora do campo de conhecimento do homem. Logo, como tal, o direito não está imune a este avanço da filosofia. Não obstante, o direito brasileiro parece não ter acompanhado a revolução linguística do conhecimento (STRECK, 2013: 14), vez que diariamente os operadores do direito, e consequentemente os jurisdicionados, se deparam com respostas judiciais em que juízes (o sujeito) “assujeitam” as questões jurídicas debatidas em processos judiciais (o objeto), resultando em decisões contraditórias, com vieses ativistas, inconsistências de fundamentação, até mesmo com a “criação” de princípios, entre outras características que certificam a manutenção do esquema S-O na praxis judiciária brasileira atual¹³.

13 Diversos exemplos podem ser encontrados nas mídias especializadas. Por todos, cite-se o julgamento, pelo STF, da constitucionalidade da EC nº. 62/02 (ADIn's nº. 4.357 e 4.425), conhecida como “emenda do calote” por alterar o regime de pagamento dos precatórios. No que interessa ao artigo, é de se destacar a decisão do Min. Luiz Fux que prorrogou os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da EC em questão por 05 (cinco) anos, sem qualquer respaldo legal para tanto, tomando decisão

A construção de uma resposta judicial adequada, portanto, tem como primeiro pressuposto o abandono do esquema S-O na aplicação e justificação do direito, passando o magistrado a, intersubjetivamente, construir suas decisões a partir das estruturas prévias que condicionam e precedem o próprio conhecimento.

B. INEXISTÊNCIA DE “AUSÊNCIA DE SENTIDO” NAS COISAS.

Uma resposta judicial adequada não pode partir de um “grau zero de sentido” dos objetos sobre os quais irá decidir (STRECK, 2011: 240). A intersubjetividade, como mencionado, precede a própria interpretação e atribuição de sentido ao objeto.

Não se quer, contudo, dizer que o magistrado fica “preso” ao que já foi dito pela doutrina e pela jurisprudência sobre determinado objeto. Quer-se, em verdade, demonstrar que o juiz não pode alienar-se deste conhecimento prévio, subordinando as questões judiciais que lhe são postas, simplesmente, à sua razão “assujeitadora”.

Caso o magistrado discorde do posicionamento prévio, deverá demonstrar as razões que justificam a atribuição de novo sentido. Este novo “capítulo do romance”, como diria Dworkin¹⁴, não pode ser desconexo dos capítulos anteriores, ou seja, daquilo que foi produzido no histórico das instituições jurídicas de determinada comunidade. Pelo contrário, é justamente a partir deste histórico que, de forma *coerente*, o novo entendimento sobre a questão *sub judice* deve ser construído.

tipicamente política (logo, a ser discutida entre os Poderes Legislativo e Executivo). Para melhor análise deste fenômeno ativista na atual jurisdição brasileira, v. VIEIRA, 2013: 50-75.

14 DWORKIN, 2007: 275-279.

C. O TODO INTERPRETATIVO E A SUA APLICAÇÃO.

A intersubjetividade leva, enfim, à constatação de que o magistrado não está diante de questões judiciais que deva solucionar a partir de uma visão assujeitadora, que construa conhecimento sem respaldo no conhecimento prévio.

Pelo contrário, o magistrado se encontra inserido no *todo* interpretativo, representado pela Constituição, suas regras e princípios, todos construídos e reconstruídos por meio de uma visão histórico-institucional e integrativa do direito¹⁵, logo, enraizados no esquema S-S.

É o *todo* interpretativo, construído a partir da linguagem e condicionante prévio dos sentidos das coisas, que deve ser interpretado e aplicado no caso concreto, sob pena de se afastar aquilo tudo que o Direito representa, para que seja aplicado aquilo que o magistrado e sua consciência entendam sê-lo.

4 CONCEITO DE “RESPOSTA JUDICIAL ADEQUADA” E SEU STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL.

Feitas estas considerações, é possível delinear um conceito de resposta judicial adequada.

Será adequada toda resposta judicial que se mostrar coerente à Constituição, considerando-se suas regras, princípios e o *todo* interpretativo por ela formado. Toda decisão judicial, portanto, é um ato de jurisdição constitucional, que não deve perquirir se a aludida

¹⁵ Este respaldo histórico-institucional, em Streck, faz referência ao apoio institucional de uma determinada interpretação a que faz alusão Dworkin (v. DWORKIN, 2002: 64-65).

decisão é “boa” ou “má”, mas, efetivamente, se é adequada ou não aos preceitos constitucionais (STRECK, 2011: 621).

Uma decisão judicial nestes moldes, contudo, não deve ser apenas um “objetivo” do Judiciário, mas sim um **dever** e, por assimetria lógico-jurídica, um **direito**, de mesmo grau e hierarquia, dos jurisdicionados. É que, com efeito, a previsão do art. 93, IX, CF/88, garante que toda jurisdição só será entregue com a devida fundamentação. E, como já explanado, não há devida fundamentação sem a adequação da respectiva decisão à Constituição e o seu *todo* interpretativo supramencionado.

O conceito de “resposta judicial adequada”, portanto, está intrinsecamente ligado a realização dos pressupostos de seu conceito supracitados.

Ante o exposto, resta analisar se a disposição do artigo 476 do NCPC, em especial de seu parágrafo único, atende ao conceito de resposta judicial adequada ora esposado, cumprindo o desiderato do art. 93, IX, da Constituição.

5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A GARANTIA DA RESPOSTA JUDICIAL ADEQUADA.

Os instrumentos trazidos pelo NCPC, como visto, são alvissareiros e visam corrigir agruras do processo judicial conhecidas por todos os operadores do Direito. Aliás, sem dúvida a celeridade processual e simplificação do processo, que são complementares, vêm ao encontro do texto constitucional (art. 5º, LXXVIII).

As disposições do art. 476, NCPC, em especial de seu parágrafo único, estabelecem determinados requisitos de julgamento, fazendo com que o magistrado concentre-se no caso concreto e explique, a partir dele, como que as normas apresentadas em seu *decisum* se aplicam, ou não, aos fatos apresentados.

Contudo, a despeito das boas intenções da vindoura legislação processual, não há uma transformação de uma cultura de entrega jurisdicional apenas com tal mudança. É uma ilusão acreditar que o parágrafo único do art. 476 do NCPC fará com que seja cumprida, em sua integralidade, a garantia do art. 93, IX, da Constituição.

A real extensão deste dispositivo está na garantia de que os jurisdicionados possuem direito a uma entrega da tutela jurisdicional que se mostre adequada à Carta da República, seja ela positiva ou negativa aos interesses da parte. Frise-se, aliás, que tal direito é fundamental por força do art. 5º, §2º, CF/88, vez que materializa garantia não contemplada no rol constitucional do art. 5º.

Ou seja, os instrumentos contidos no NCPC podem até facilitar a materialização da Constituição por toda a jurisdição brasileira, mas não representam o fim deste problema discutido pela filosofia jurídica desde a década de 1970, a partir dos ataques de Ronald Dworkin ao positivismo (BATALHA, C. E.; SCHAHIN, M. R., 2012: 35).

É verdade, contudo, que ainda não há consenso sobre a “melhor forma” de se aplicar princípios, mormente em lides envolvendo direitos fundamentais. Tem-se dúvida, também, se os órgãos de cúpula do Judiciário realizam julgamento de direito ou se, por vezes, de mo-

ralidade política. Tais dúvidas, naturalmente, não serão silenciadas com uma simples alteração de normas processuais.

Sendo assim, mais do que a construção de saídas *pro forma* para os problemas do Judiciário, é necessário que a comunidade jurídica volte os olhos para os problemas do Direito que resultam em juízes que proferem decisões mal fundamentadas e, também, em advogados que ajuízam pretensões inadequadas, ou em uma atividade cartorária corrompida pelo descaso, enfim, num cenário no qual a autonomia do direito é sobrestada por interesses que lhe são exógenos e obstam a sua concretização.

Ora, um ensino “plastificado” do Direito também resulta em operadores acrílicos que, uma vez integrantes das profissões jurídicas, produzirão pretensões ou decisões mal fundamentadas. Igualmente, um concurso que exige muita memorização e pouca reflexão do candidato, também contribui para esta situação, e ainda retroalimenta o citado “ensino”. A fundamentação adequada de uma decisão judicial, afinal, não é o produto de apenas um magistrado, é na verdade o produto de um *nível cultural* do direito, não deixando de ser, pois, uma reprodução deste.

Sendo assim, discutir o problema da fundamentação das decisões judiciais é falar, também, da fundamentação de uma petição inicial de um Advogado, da denúncia de um membro do Ministério Público, do recurso de um membro da Defensoria Pública, e também do parecer dos Advogados Públicos.

A intersubjetividade interessa ao Direito, portanto, no sentido de não ser possível dizer alguma coisa sobre o Direito sem respal-

do no *todo* interpretativo que lhe circunda e precede qualquer conhecimento e significado a ele atribuído. A busca por uma fundamentação adequada à Constituição, portanto, exige que todos os operadores do direito estejam conscientes disto.

É evidente que sobre o Judiciário, por ser o Poder que soluciona as lides e garante a pacificação social, recai maior “peso” com relação à fundamentação de suas decisões. Contudo, a construção de um sistema judiciário que garanta a efetiva entrega da tutela jurisdicional não se faz apenas com juízes. A autonomia do direito implica que cada profissional do direito, em seu mister, a defenda acima de tudo.

A efetiva garantia do jurisdicionado à obtenção de respostas judiciais constitucionalmente adequadas, prevista no art. 93, IX, CF/88, portanto, depende ainda de esforço da comunidade jurídica na discussão e busca de soluções de **como** materializar a Constituição em cada caso concreto, municiando o Judiciário deste conhecimento produzido intersubjetivamente para a construção de respostas judiciais adequadas.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. Aulas Sobre Direito In MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, vol. 16, 1978.

CONCLUSÃO

Enfim, quer-se dizer que são bem vindas as alterações promovidas pelo NCPC que tornam mais célere e simples o processo judicial e formalmente forçam, como mostra o seu projetado parágrafo único do art. 476, o magistrado a se dedicar à fundamentação de suas decisões. Contudo, a construção de uma resposta judicial adequada vai muito além das disposições formais do dispositivo supracitado, pois está inserida em um debate paradigmático que visa superar o próprio modelo teórico juspositivista, o que implica em uma reformulação do modo de aplicar o direito.

Assim, a adequada fundamentação de uma resposta judicial, e a consequente consagração do direito fundamental previsto no art. 93, IX, da Constituição, não está na vindoura legislação processual, mas sim na continuação e ampliação deste debate sobre a justificação do direito que visa, afinal, descobrir os meios de **concretização da Constituição** a partir da interpretação e aplicação de seus princípios, respaldada na visão intersubjetiva, em cada caso concreto que bata as portas do Judiciário.

BATALHA, Carlos Eduardo; SCHAHIN, Marcos Renato. Filosofia do Direito. In: **Coleção Os 10 +**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLESANTI, Vittorio. Principio de contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1975.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias Constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC – análise e proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, vol. 190, dez/2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, vol. 209, julho/2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIEIRA, Vinicius Astolpho. **Decisionismo Judicial no Direito Brasileiro Contemporâneo – Jurisdição Constitucional e a Resposta Adequada à Constituição como Direito Fundamental**. Tese de conclusão de graduação na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. São Bernardo do Campo, 2013.

SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto decidido conforme a minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 75, jan./fev. 2012.