



DEMOCRACIA E PROCESSUALIDADE: A (IN)EFETIVIDADE EMPÍRICA DO ART. 489, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Lincoln Mattos Magalhães¹
Janio Pereira da Cunha²

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, § 1º, definiu regras objetivas no sentido de promover uma conformação da atividade decisória dos juízes, estabelecendo pressupostos mínimos, em ausência dos quais uma decisão judicial não se considera devida e adequadamente fundamentada. Este artigo busca, com apoio numa inserção do tema no contexto metodológico do processo constitucional democrático, identificar se o mesmo dispositivo é efetivamente aplicado em sua plenitude pelos tribunais, e se, nessa hipótese, logra realizar os objetivos sistêmicos a que se propõe.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação. Decisões Judiciais. Processo Constitucional Democrático. Processo Civil. Democracia.

DEMOCRACY AND PROCESS: THE (IN) EMPIRICAL EFFECTIVENESS OF ART. 489, § 1 OF THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure of 2015, in its art. 489, paragraph 1, defined objective rules in the sense of conforming the decision-making activity of judges, establishing minimum assumptions in the absence of which a judicial decision is not considered due and adequately substantiated. The question under analysis seeks to identify, from an insertion of the theme in the methodological context of the democratic constitutional process, to identify if the same device has been effectively applied in its fullness by the courts, and if, in this hypothesis, it has succeeded in accomplishing the systemic objectives to which is proposed.

KEY WORDS: Rationale. Judicial Decisions. Democratic Constitutional Process. Civil lawsuit. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Em vigor desde 18 de março de 2016, o atual Código de Processo Civil (CPC) traz em sua uma proposta clara de ruptura com o formalismo jurídico, e com o viés autoritário da legislação revogada, consolidando-se como o primeiro e único da espécie a ser editado sob o plexo normativo de uma Constituição essencialmente democrática (os Códigos anteriores, de

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogado. E-mail: lincolnmagalhaes@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Constitucional. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário Christus (Unichristus). Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor).





1939 e de 1973, remontam, respectivamente, às ditaduras instituídas pelo Estado Novo, de 1937 a 1946, e pelo regime civil-militar de 1964 a 1985).

Sob essa bandeira, o novo diploma incorporou uma linguagem mais dialógica, a fim de ampliar os mecanismos de interação e influência das partes do processo, relativizando o protagonismo do juiz e o socialismo discursivo processual³ que predominavam nas codificações de 1939 e de 1973.

Entre as várias inovações da nova lei, dois de seus dispositivos chamam a atenção, em especial por sua projeção paradigmática e pelo impacto que trouxeram no concernente à atuação e ao papel do juiz no processo: o art. 10 e o art. 489, § 1º, os quais, nessa ordem, acrescentam elementos materiais à idéia de contraditório, reforçando e revigorando seu conceito, e estabelecem uma disciplina objetiva para regular o dever de fundamentação das decisões judiciais, oferecendo às partes um mecanismo, em tese, mais democrático e participativo de controle sobre o conteúdo de tais pronunciamentos.

A efetivação de ambas essas normas, contudo, parece ainda enfrentar certo recalque. Parte considerável dos juízes, com apoio numa jurisprudência ainda tradicionalmente defensiva e conservadora, continua insistentemente a ignorar os novos ditames legais e a tomar decisões como se eles simplesmente não tivessem entrado em vigor.

Com efeito, e em razão de tal idéia, a questão que aqui se exprime consiste em apurar se, de fato, os mencionados preceitos, efetivamente, entraram em vigor, e se alcançam seus objetivos democráticos no tocante à adequação do atual sistema ao modelo constitucional de processo previsto na Constituição de 1988.

O trabalho é dividido em quatro partes: a segunda, logo após esta introdução, trata da relação entre processo e democracia, abordando a insuficiência ou a incompatibilidade do instrumentalismo como técnica processual apta a viabilizar o diálogo harmonioso entre os dois conceitos.

A terceira demanda estabelecer um conceito funcional de contraditório no processo democrático como resultado da influência e das aproximações entre seus elementos e alguns

³ O Modelo Social de Processo foi um movimento surgido em meados do século XIX, com o objetivo de eliminar degenerações do chamado *liberalismo processual* (marcado pelo protagonismo das partes e por uma atuação judicial passiva e não intervencionista). Seu pressuposto teórico vislumbra o processo como um mero instrumento técnico sujeito ao monopólio estatal, de que se vale o juiz para resolver conflitos de interesses com base em seu senso de moralidade, sua experiência superior, seus conhecimentos especializados, sua compreensão de justiça e sua hierarquia institucional sobre a figura das partes (HOMERDING; MOTTA, 2013, p. 183-206).



aspectos relevantes das teorias sobre democracia de Hans Kelsen, Robert Dahl e Jürgen Habermas.

Em seguida, se procede a uma análise crítica dos arts. 10 e 489, § 1º, do CPC, com vistas a identificar, no referencial teórico dos citados autores, quais seriam os elementos e características de uma decisão judicial adequada e democraticamente fundamentada.

Após o referido exame, adentra-se a resolução do problema da pesquisa, apontando-se, com amparo numa análise da jurisprudência recente, se, com o advento formal dos arts. 10 e 489, § 1º do CPC, sobrou instituída alguma mudança significativa no modo como os tribunais pátrios produzem e fundamentam suas decisões.

A sessão de remate dá lugar à conclusão, oportunidade em que se procede à síntese dos estudos demonstrativa de se haver aportado aos objetivos pretendidos.

2 DEMOCRACIA E A CRISE DO PROCESSO INSTRUMENTAL

A constatação primordial do processo como ciência autônoma e distinta do direito material tem nos estudos de Oskar von Bülow um referencial teórico significativo. Embora se questione o pioneirismo da afirmação de Bülow⁴, é comum se atribuir a ele o mérito de ser fundador do conceito de relação jurídica processual independente⁵.

A idéia autonomista de Bülow propunha uma reconstituição, sob o manto científico, de tudo o que até então já havia sido escrito, conforme aduz André Cordeiro Leal (2008, p. 39) “[...] sobre temas relativos ao desenvolvimento das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões [...]”, partindo de algumas premissas teóricas cujo objetivo central, num primeiro momento, era explicitar o equívoco histórico do pensamento romanista em torno das possibilidades inerentes ao processo (BÜLOW, 2005, p. 6-7).

De partida, Bülow sugere o aniquilamento da *exceptio* romana. Segundo ele o exame sobre a validade do processo e a verificação de eventuais óbices à sua instauração não poderiam ser deixados ao talante da iniciativa do réu, sob pena de não se conseguir êxito em

⁴ Hélio Tornaghi sugere uma possível origem hegeliana do processo como relação jurídica, embora acentue que quem primeiro cunhou a expressão “relação jurídica processual” foi, de fato, Bülow (TORNAGHI, 1987, p. 6).

⁵ Eduardo Carreira Alvim assinala que não é de Bülow a intuição criadora da relação jurídica processual, uma vez que digressões sobre o tema já se achavam em escritos de Búlgaro (*iudicium est actus trium personarum*). A contribuição do processualista polaco, segundo Alvim, foi a de ter sistematizado a relação processual de Búlgaro (ALVIM, 2005, p. 164).



demonstrar, na prática, a existência da distinção etiológica entre as relações jurídicas de Direito material e de Direito processual.

Em substituição das chamadas “exceções processuais” do direito romano, Bülow propôs a locução “pressupostos processuais”, evidenciando, sob a ênfase terminológica, sua ideia de que o controle da relação processual competia ao juiz (agente do Estado), em atividade *ex officio*, cujo exercício, portanto, dispensaria qualquer investida ou provocação por parte do réu (LEAL, 2008, p. 41-43).

Esse argumento, por si, identifica o fenômeno processual em Bülow, como uma relação jurídica: a) autônoma (distinta da relação jurídica de Direito material); b) pública (o controle sobre a validade do processo compete e interessa prioritariamente ao Juiz/Estado e não depende de iniciativa do réu); e c) autoritária (o juiz mantém uma posição de hierarquia superior às partes)⁶.

A noção de processo como relação jurídica alcançou visibilidade extraordinária e se difundiu mundialmente, chegando ao Brasil pelos estudos de Enrico Tullio Liebman, discípulo de Chiovenda, que emigrou para São Paulo nos anos de 1940, onde lecionou na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, tendo sido professor, dentre outros, de Alfredo Buzaid, José Carlos Moreira Alves, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco. (BUZAID, 1977).

Dinamarco, aliás, amplamente influenciado por Liebman, com quem manteve largo convívio, fundou no Brasil, a chamada Escola Instrumentalista do Processo. Segundo a matriz instrumental, de cuja sistematização o mesmo autor se ocupou em sua obra clássica intitulada *A instrumentalidade do Processo*, o processo é o instrumento atuante da jurisdição para resolver conflitos intersubjetivos (de modo definitivo) e promover a consecução de escopos predeterminados (sociais, políticos, jurídicos e econômicos)⁷.

Na visão de Cândido Dinamarco – e de boa parte da doutrina processual brasileira até hoje – o raciocínio processual se resume num discurso teleológico, centrando-se,

⁶ Carlos Marden Cabral Coutinho (2012, p. 35) justifica o autoritarismo da relação processual em Bülow como um artifício encontrado pelo autor alemão para combater o liberalismo processual até então vigorante.

⁷ Como explica Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 159): “[...] Assim a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade [...]”.



essencialmente, na idéia de que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio, cuja efetivação e sua legitimação dependem da obtenção e do alcance dos objetivos a que se destina.

A noção de que o processo é uma relação jurídica orientada a solucionar desavenças conduz, dentre muitas distorções, à tendência de se prestigiar uma supervalorização do aspecto cronológico em detrimento de qualquer outro valor.

Sendo, pois, o conflito um elemento deletério para a sociedade, e se o processo *existe* exatamente para dirimi-lo, é natural se supor que, quanto mais rápido ocorrerem o julgamento e o cumprimento da decisão, mais se terão atendidos, no caso concreto, os desígnios do fenômeno processual.

A matriz instrumental, portanto, tende a privilegiar os meios em detrimento dos fins, comprometendo-se menos com a qualidade e com a maturidade dos provimentos, e mais com a velocidade em que estes costumam ser obtidos (COUTINHO, 2015, p. 94). Acerca desse aspecto, Carlos Marden Cabral Coutinho (2015, p. 94) argumenta:

Ora, se o objetivo do processo é absorver o conflito existente no seio da sociedade e lhe oferecer uma solução, de forma a pacificar os envolvidos, então quanto menos tempo o processo durar, menor será o tempo durante o qual haverá insegurança e insatisfação. Se o processo se resume a ser instrumento da jurisdição, não outra conclusão possível senão aquela segunda a qual o tempo processual vai ser pensado a partir da ideia de operacionalidade

A valorização instrumentalista da celeridade, contudo, reflete a idéia equivocada de que a passagem do tempo é sempre prejudicial para o processo, e que seus efeitos são invariavelmente nocivos e deletérios para pelo menos uma das partes, senão para a sociedade como um todo.

A superação desse conceito, no entanto, supõe uma mudança do próprio referencial metodológico de compreensão do processo, substituindo-se o padrão instrumentalista (que ainda inspira a doutrina nacional majoritária), pelo modelo constitucional de processo, idealizado pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, segundo o qual os direitos fundamentais processuais (contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, imparcialidade, fundamentação das decisões etc.), pois segundo Carlos Marden Cabral Coutinho (2015, p. 19 e 20): “[...] formam uma base principiológica harmônica e uníssona, que vincula o legislador em sua tarefa de configurar procedimentos[...]”.



A afirmação de tal paradigma promove uma ruptura com o modelo instrumental predominante até hoje no Brasil, reconstituindo o conceito de processo sob o enfoque constitucional, com esteio numa releitura e numa sofisticação da idéia *fazzalariana* de procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006). Em ultrapasse a essa compreensão, é o processo, ele próprio, um direito fundamental, ou, como expõe José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p. 47) uma “[...] metodologia de garantia de direitos fundamentais[...]”.

Essa percepção, com efeito, permite um ganho sistêmico de acentuada relevância, porquanto, em oposição ao que reza a escola instrumentalista, estabelece um mecanismo natural do diálogo e sintonia entre a noção de processo com a idéia de democracia.

Por outro lado, a incompatibilidade do processo instrumental com o princípio democrático ancora no mínimo em três razões: a uma pelo fato de que, ao compreender o juiz como intérprete qualificado do sentimento geral de justiça, estimula a prática do solipsismo judicial, esvaziando a efetividade do contraditório (MARQUES, 2016, p. 43-55); a duas, uma vez que o pluralismo democrático não se concilia com a figura da autoridade e da sujeição subjetiva das partes ao juiz, premissas que fundamentam o modelo instrumentalista relacional de processo; e a três, porque, ao defender lógica de que o processo existe para resolver conflitos e promover a paz social, conduz a uma supervalorização do aspecto celeridade em detrimento da qualidade e da formulação participada das decisões judiciais.

A crise do instrumentalismo, nesses termos, resulta de seu culto à funcionalidade e de sua obsessão pelo resultado a qualquer custo. Essa perspectiva, por sua vez, advém da equivocada compreensão de que o processo é o instrumento utilizado pelo juiz para resolver conflitos com autoridade sobre as partes, e em consonância com seus valores pessoais e subjetivos, muitas vezes, encobertos ou reforçados por silogismos e por expedientes de retórica.

Em tal circunstância, com efeito, em que a idéia de conflito é vista sob um viés patológico, e o fenômeno processual pensado como o antídoto para esse mal, a urgência se torna sinônimo de efetividade e a pressa (de restabelecer a paz social desestabilizada pela disputa) se estabelece como referencial de conformação dos demais elementos que integram o modelo constitucional de processo.

A compulsão pela busca de soluções práticas com autoridade e no menor espaço possível de tempo compromete, entretanto, a atuação efetiva de outros princípios processuais,



como o contraditório e a fundamentação das decisões, ensejando, em desfavor do processo, uma perda democrática de conteúdo, de procedimento e de racionalidade discursiva.

3 CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO EM HABERMAS, KELSEN E DAHL

No escopo de viabilizar um diálogo entre o fenômeno processual e o discurso democrático, passa-se, doravante, em atenção ao recorte proposto no início deste ensaio, a proceder a uma reconstituição do conceito de contraditório com apoio numa aproximação entre seus aspectos normativos e algumas ideias de Hans Kelsen, Robert Dahl e Jürgen Habermas sobre teoria da democracia.

Kelsen (2000) trabalha o fenômeno democrático como uma síntese positiva das ideias de liberdade e de igualdade. Para o jusfilósofo austríaco o conceito racional de democracia relaciona-se com o sentimento natural de antipatia à dominação da vontade alheia (heteronomia), mas, ao mesmo tempo, admite que os valores liberdade e a igualdade só são alcançáveis por meio da submissão a um comando (LISBOA, 2006).

Em virtude dessa determinação de ordem prática, que estabelece a dominação como circunstância experimental inevitável, a pessoa tende a preferir ser dominado por ela mesma.

A liberdade natural (ou a ausência de dominação) transforma-se em liberdade social ou política, que significa o estado de sujeição do indivíduo a uma ordem jurídica de cuja criação ele possa efetivamente participar (KELSEN, 2000, p. 28).

Para Kelsen, contudo, a transformação da liberdade natural em liberdade política ocorre, na prática, numa amplitude bem maior do que parece à primeira vista. Em verdade, a pessoa só é de fato livre no momento do voto, e, ainda assim, se votou com a maioria, e não com a minoria (KELSEN, 2000).

Já o estadunidense Robert Dahl (1997), aborda o conceito de democracia (poliarquia) sob uma perspectiva de *responsividade*. Em sua óptica, um governo é mais *responsivo* quanto maior for sua capacidade de realizar os objetivos de seus cidadãos, oferecendo-lhes iguais condições para que eles: a) formulem suas preferências; b) exponham suas preferências aos seus concidadãos; e c) tenham suas preferências igualmente consideradas, sem discriminações de fonte e de conteúdo (DAHL, 1997; PEREIRA, 2014).

Entrementes, o filósofo e sociólogo tedesco, Habermas (2003), compreende democracia, em resumo, como um modelo de deliberação política, formado por um conjunto



de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva.

Habermas (2003) reconhece na sociedade a dicotomia entre a realidade propriamente dita e o ordenamento jurídico formal. Essa dualidade, que encerra uma tensão permanente (mundo da vida e mundo do sistema), desafia a adoção de ações estratégicas e instrumentais que permitam a máxima aproximação entre os dois campos.

Para o autor (2003), o fenômeno democrático resulta de um movimento deliberativo, movido pela valorização do discurso e pela importância do procedimento como pressuposto teórico-normativo destinado a estabelecer conexões entre a esfera pública da coletividade e a vida privada das pessoas.

Na intelecção de Habermas, a legitimidade das decisões políticas é mensurada pela extensão da influência pública sobre os processos decisórios institucionais. Nessa perspectiva a simples análise da substância de uma norma é incapaz de revelar qual o seu enquadramento deliberativo (se configura uma norma democrática, ou autoritária). O que define, pois, se uma norma e uma decisão política são ou não são democráticas, não é o seu conteúdo material, mas a circunstância de os seus destinatários terem participado decisivamente de sua elaboração (HABERMAS, 2003 p. 345).

A compreensão de democracia, portanto, decorre, em Habermas, da ideiação de que os destinatários da norma e do pronunciamento são, simultaneamente, também seus autores.

Nessa ordem de ideias, as reflexões de Kelsen, Dahl e Habermas oferecem valiosas contribuições para o entendimento e formulação de um conceito funcional e democrático de contraditório.

Em Kelsen, por exemplo, o argumento da *intolerância à dominação* simboliza a dinâmica processual da simétrica paridade, refletindo a própria integração democrática da figura do juiz ao procedimento. Igualmente em Kelsen, o arquétipo de submissão política da liberdade a uma ordem jurídica de cuja criação possa a pessoa ser titular, dialoga, por seu turno, com as noções de *participação*, *de interatividade* e de *discursividade racional*.

Em Robert Dahl, noutra giro, a imagem de *responsividade* remete à configuração do *direito de influência*, que impõe ao julgador o dever de *considerar os argumentos dos sujeitos processuais*, expondo os motivos pelos quais decidiu acolhê-los, ou entendeu por desprezá-los. Dahl, de igual modo, inspira o modelo de contraditório dialógico (direito de informação e



direito de reação) ao agregar à ideia de poliarquia o oferecimento de condições iguais para que os cidadãos possam expor seus argumentos e se contrapor aos que lhe forem expostos.

Finalmente, em Habermas, absorveu-se o intento de que a decisão (política ou judicial) é efetivamente democrática quando decorre de um procedimento aberto, previsível e permeável à argumentação de todos os agentes da cadeia processual, sendo o processo, por seu turno, um local de esfera pública suscetível ao debate, mediante uma prática argumentativa racional legitimada por via de regras procedimentais previamente estabelecidas.

O somatório de todos esses aspectos, portanto, permite ampla visualização conceitual do contraditório, capaz de atender aos pressupostos normativos do processo democrático.

Nesses termos, é possível compreender-se como tal o direito fundamental que garante às partes o controle do processo por meio da participação e do discurso racional permanente, e que lhes assegura a possibilidade de atuar decisivamente na efetivação dos pronunciamentos, vinculando o julgador tanto a enfrentar a plenitude de suas teses e alegações, quanto a se abster de decidir sobre pontos relativamente aos quais não lhes tenha sido concedida a oportunidade de se manifestar (NUNES, 2008, p. 239-251).

Cuida-se, pois, do contraditório, em síntese, como metodologia cujo objetivo é conferir ao processo um viés ao mesmo tempo informativo, comunicativo, interativo, discursivo e também racional, capaz de viabilizar, por meio da elaboração participada do provimento, a obtenção de resultados decisórios dotados de legitimidade democrática (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 233).

4 CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

No segmento imediatamente pretérito, buscou-se uma definição democrática do princípio do contraditório, conceituando-o como garantia fundamental em espécie, que se compõe de vários outros direitos, como os de informação e reação, o de proibição de decisão-surpresa, e o de influência e participação ativa na elaboração dos pronunciamentos judiciais.

Fixada essa premissa, cumpre, nesse módulo, que se examinem as implicações do conceito de contraditório acima construído sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, na igual perspectiva de viabilizar a adequação do tema em estudo ao marco teórico do modelo constitucional de processo.



Na primeira aproximação do assunto, é possível identificar a relação quase que visceral entre os dois institutos. Embora não se confundam em suas definições, eles guardam entre si um vínculo etiológico, que remete à noção mais essencial de complementaridade.

Contraditório e fundamentação, na prática, são elementos de um mesmo fenômeno jurídico. O Direito ao contraditório implica o dever de fundamentação. Noutras palavras, o juiz tem o *dever* de fundamentar suas decisões, essencialmente porque as partes têm *direito* ao contraditório. Empiricamente, contudo, a pura e só previsão constitucional do dever de fundamentação não traduz, em si, uma garantia de decisão democraticamente fundamentada. Não é raro, com efeito, que, a pretexto de expor suas razões, o julgador lance mão de um discurso cifrado e discricionário, cujo teor, longe de refletir as teses debatidas no processo, expresse uma argumentação retórica, autoritária, ou baseada em silogismos.

Tampouco ressaí paradoxal, a idéia de que uma decisão judicial seja amplamente fundamentada, e, ao mesmo tempo, antidemocrática. Exemplo claro disso está expresso no voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão proferida em agosto de 2002 (Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889-AL). Na oportunidade, o Magistrado, opondo-se ao voto do relator, ministro Francisco Peçanha Martins (que defendia a não constitucionalidade do art. 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil de 1973, assentou o seguinte, conforme extraído das respectivas notas taquigráficas:

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo voto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe suas razões, mas tenho velha a convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênua de S. Exa. Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual para que esse tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênua ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa.



Nesse âmbito, e sem adentrar o problema majoritário-representativo decorrente da circunstância de que a investidura dos juízes não se submete ao escrutínio popular (o que, em tese, contrasta em relação a uma ideia mais radical de democracia),⁸ a legitimidade democrática de uma decisão judicial reside na conexão e se instala no exato ponto de equilíbrio entre o dever judicial de fundamentação e o direito das partes ao contraditório efetivo.

Sob essa perspectiva, é possível reconhecer como democraticamente fundamentada uma decisão judicial, quando ela reflete, em seu discurso, uma síntese do debate processual argumentativo, despontando como resultado fiel e previsível de uma elaboração policêntrica e compartilhada pelos agentes do processo (partes, juiz imparcial, membro do Ministério Público, terceiros interessados etc.).

5 A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO ART. 489, § 1º, DO NOVO CPC

Em última abordagem, de caráter mais experimental e quantitativo, examina-se, à luz das considerações feitas nos itens anteriores, se algo efetivamente mudou na prática decisória dos tribunais brasileiros, após o advento do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil.

Tal dispositivo, como se sabe, enumerou cinco hipóteses fáticas no âmbito das quais uma decisão judicial se avaliaria deficientemente fundamentada (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 326).

Enquadram-se nesse perfil, com efeito, os pronunciamentos de qualquer natureza que: a) se limitem a referir ato normativo sem explicitar sua relação com a questão decidida; b) empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem esclarecer o motivo de sua incidência no caso concreto; c) invoquem razões que poderiam fundamentar qualquer ato decisório; d) deixem de sopesar todos os argumentos debatidos no processo que, em tese, poderiam infirmar as conclusões adotadas pelo julgador; e e) restrinjam-se a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar suas razões determinantes, tampouco apontar que o caso se ajusta a essas mesmas razões.

⁸ Em superação a esse óbice, Alexy propõe uma diferenciação de conceitos entre democracia representativa e democracia decisionista, advertindo para a noção de que, embora os juízes não detenham representatividade popular, eles decidem democraticamente, desde que o respectivo procedimento seja permeável ao discurso, e desde que sua decisão prestigie o melhor entre os argumentos apresentado (ALEXY, 2007, p. 162).



Antes do CPC de 2015, o Superior Tribunal de Justiça adotava uma posição amplamente tolerante aos vícios efetivos de fundamentação, chegando, por exemplo, a admitir o abuso de paráfrases normativas e aceitar como suficiente o emprego da chamada técnica *per relacionem*. Sob igual tendência, o mesmo STJ também firmou jurisprudência no sentido de ratificar decisões excessivamente lacônicas (ante a retórica afirmação de que a fundamentação concisa não se confunde com a fundamentação ausente), e de que consagrar o entendimento de que o julgador não seria obrigado a examinar todos os argumentos suscitados pelas partes se já tivesse encontrado razões suficientes para decidir.

Isso, aliás, para não mencionar a iterativa prática do discurso judicial de autoridade, mediante o manejo das chamadas “falsas fundamentações” (decisões normalmente longas e genericamente arrazoadas, mas que não fazem menção às particularidades da questão decidida).

Com a vigência do novo Código era razoável supor que a nova legislação inspiraria juízes e tribunais a uma progressiva e necessária mudança de atitude. Tal expectativa, no entanto, ainda não se confirmou efetivamente no plano fático. Por melhor e mais democrática que tenha sido a intenção do legislador de 2015, parece que, especialmente nos domínios da jurisprudência do STJ “[...] a novidade entrou por um ouvido e saiu por outro.” (UBIRAJARA, 2018).

Tanto foi assim que, em pesquisa livre realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2017, o critério de busca “[...] art. 489, § 1º” retornou 68 (sessenta e oito) acórdãos, dos quais em apenas 2 (dois) houve nulidade das respectivas decisões por defeito de fundamentação”. (DELLORE, 2017, *Online*). Para fins de registro, vale transcrever trechos de dois desses julgados tomados aleatoriamente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÁGUA. VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2105 INEXISTENTES. ARTS. 29, I E 30, I, DA LEI 11.445/2007. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO EM RAZÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS. TESE DE REFATURAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1022 do CPC/2015, porquanto é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola tais dispositivos, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente.(...) 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017). (Grifou-se)
PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL.



OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. (...). 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016). (Grifou-se)

Vê-se, pois, que os trechos sublinhados das decisões acima transcritas reeditam expressões comuns à jurisprudência defensiva pré-CPC de 2015 (v.g. “o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes”; “o julgador não necessita construir textos individuados para cada um dos casos analisados, quando é possível aferir que a fundamentação não é genérica”).

Outra consideração relevante está em que, nas duas ementas referidas, os resumos de acórdão se revestem de generalidade tal que poderiam, sem nenhum acréscimo ou alteração, arrazoar qualquer outra decisão, ainda que tratasse de temática amplamente distinta.

Salta igualmente aos olhos o fato de que, as respectivas razões de voto nas três situações aludem à jurisprudência “consolidada” da Corte que já era pacífica e consolidada muito antes de o Código de Processo Civil de 2015 adquirir vigência;

Por último, convém chamar, de resto, a atenção para o contido no segundo acórdão citado, por meio do qual o respectivo órgão julgador, ao afirmar que o art. 489, § 1º do CPC, somente confirmara orientação sedimentada no âmbito daquela Corte, subverteu a real intenção do citado dispositivo, cujo propósito claro, era, na verdade, ampliar o espectro discursivo das decisões, bem assim, combater a jurisprudência defensiva, amplamente praticada pelo próprio STJ.

As reflexões apontadas – e, como tais, outras tantas poderiam vir também a ser – servem, notadamente, para evidenciar que, a despeito do esforço teórico e normativo, orientados à expansão da consciência dialógica e democrática no ambiente do processo civil, os tribunais, capitaneados pelo STJ, continuam a incorrer em velhos hábitos e a aplicar os mesmos critérios decisórios, como se a nova legislação (leia-se, o novo art. 489, § 1º, do CPC) simplesmente não existisse, ou não tivesse ainda entrado em vigor.

Longe de prestigiar a racionalidade discursiva, o direito de participação e a permeabilidade à influência efetiva das partes na construção dos pronunciamentos, os



tribunais no Brasil, ao contrário, estratégias para sofisticar práticas antigas e de viés autoritário⁹.

A propósito, o culto dos tribunais à jurisprudência defensiva, e a leniência das mesmas cortes em relação à prática do vício (real) de fundamentação, decorrem, em grade medida do influxo instrumental sobre a compreensão do processo, que se ampara na valorização da pressa, da celeridade, e do imediatismo como referenciais absolutos de atuação e de guia do mister jurisdicional.

A última curiosidade chama a atenção para o modo como os tribunais, em especial o STJ, procuram repaginar e conferir novos ares à odiosa técnica da jurisprudência defensiva. Cuida-se da chamada distribuição dinâmica do ônus argumentativo como pressuposto para a admissibilidade de recursos.

Conforme essa nova e aparentemente deturpada orientação – e a despeito da opção do legislador de 2015 por um modelo democrático e participativo de processo – o STJ adere à tese de que os critérios definidos no art. 489, § 1º indicam uma espécie de orientação/modelo para a atuação dos demais agentes processuais. Vale dizer, pois, nesse sentido, que o dever que impõe ao juiz fundamentar analiticamente suas decisões deve ser igualmente observado pelas partes quando da formulação de seus argumentos.

Por força de tal orientação, nesses termos compete à parte o ônus de impugnar *todos* os fundamentos lançados na decisão recorrida, assim como é também da parte, ao invocar certo precedente, ou determinado enunciado normativo, o ônus de esclarecer os motivos de sua respectiva incidência no caso concreto, sob pena de não admissibilidade, ou de não conhecimento de sua proposição recursal ou originária¹⁰.

Nota-se, de efeito, que o mesmo STJ, que agora está a exigir da parte tal nível de precisão e detalhamento, sob pena de violação ao que se convencionou chamar “ônus da dialeticidade” (sic), não impõe semelhante esforço ao julgador, considerando desnecessário

⁹ Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo (2017, *Online*): “[...] não importa se a parte tem razão. Não importa fazer justiça. Importa acabar com os processos. Como se, em um Hospital onde já não há leitos para todos, a solução fosse matar logo alguns pacientes... Na dúvida, em vez de salvar, ou mesmo prolongar a vida do doente, deve-se matar: afinal, assim se alivia a superlotação”.

¹⁰ Confira-se trecho de decisão do STJ por ocasião do RESp 1.043.184 – PR, DJe: 15/03/2017: “Dessa maneira, o cumprimento do ônus da dialeticidade impunha ao agravante que procedesse a uma de quatro alegações, a saber, deveria (a) dizer que a jurisprudência não era dominante ou pacífica, indicando precedentes contemporâneos ou mais recentes que contradissem isso, (b) dizer que a jurisprudência havia sido dominante, mas que houvera uma mudança de orientação, também indicando precedentes contemporâneos ou mais recentes, (c) dizer que a jurisprudência era minoritária nesse sentido, com referência a precedentes contemporâneos ou mais recentes ou, ainda, (d) dizer que os precedentes aludidos no juízo de inadmissibilidade não se aplicavam ao caso concreto, analisando-os e esclarecendo porquê da inaplicabilidade.”



que este examine e se pronuncie individualmente sobre cada um dos argumentos que lhe forem deduzidos.

O comportamento do STJ (e dos tribunais brasileiros de um modo geral), nesse aspecto, é reflexo de uma cultura que ainda grassa nos domínios da Justiça, cujo pressuposto mais emblemático reside, em grande parte, no paradigma metodológico do instrumentalismo, que vislumbra no processo não uma garantia participativa e superlativa de realização de direitos fundamentais, mas um mecanismo por vezes até meramente protocolar, dirigido essencialmente à utopia da resolução rápida e simplesmente quantitativa do conflito de interesses.

Ancorados em tal premissa, e igualmente estimulados por uma agenda disciplinar fundada em objetivos que realçam as idéias de celeridade e de produtividade em detrimento da busca por um maior acabamento democrático e qualitativo das decisões em geral, juízes e tribunais, a despeito do que lhes prescreve a atual legislação processual nesse tocante, continuam, como regra, a decidir sem incorporarem à sua atividade os ganhos teóricos empreendidos e proporcionados pelo novo sistema.

Esse pendor, que mantém os magistrados e tribunais ainda permeáveis ao solipsismo, e igualmente vulneráveis à contaminação cognitiva por meio dos chamados viesamentos decisórios, talvez explique, em certa medida, a resistência e a hostilidade da classe jurisdicional no concernente à efetivação de normas que promovam, ou que busquem fomentar maior aproximação e um diálogo mais direto e equilibrado entre processo e democracia.

Sob tal enfoque, a interpretação tímida e conservadora que a jurisprudência confere atualmente ao art. 489, § 1º, CPC é um emblemático reflexo do panorama ora constatado.

6 CONCLUSÃO

O advento legal do CPC de 2015 desencadeou reflexões e expectativas sociais legítimas e das mais diversas ordens. À luz de uma clara proposta de ruptura com o padrão socializador constante na legislação revogada, o atual diploma assumiu como uma de suas principais bandeiras o compromisso de estreitar as relações entre processo e democracia, mediante a instituição de mecanismos de controle da atividade dos juízes, e de instrumentos



de ampliação do protagonismo e do poder de influência das partes sobre o conteúdo dos pronunciamentos judiciais.

No propósito de viabilizar com maior efetividade a realização de boa parte desses desideratos, o novo Código lançou mão de uma regra inovadora e de intensa feição democrática, fazendo constar de seu art. 489, § 1º, seis condicionantes objetivas para que uma decisão judicial, singular ou colegiada, provisória ou definitiva, sumária ou exauriente, se considere em satisfatória consonância com o dever de fundamentação adequada, cuja matriz contém-se na previsão do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Sob esse pano de fundo, e na esteira de tal regulamentação, buscou-se, neste artigo, em essência, identificar, no contexto da realidade atual, se o mesmo dispositivo, até a fluente quadra, alcançou, de fato, a efetividade que dele se previa, influenciando (ou não), de alguma sorte, no modo e na técnica como os juízes decidem e fundamentam suas decisões.

Constatou-se, porém, que, embora o citado verbete legal demonstre notória sintonia com os valores políticos aos quais o CPC de 2015 manifestou expressa adesão, o alcance material de sua plenitude não é (tampouco) possível, a não ser em razão de uma diametral alteração de vários dos paradigmas que ainda vigoram no realismo da atividade judicante.

Sucedem, até mudanças significativas de tal ordem ocorrerem de fato, sobretudo entre os operadores e membros do Judiciário – cuja corporação, em grande número, parece ainda arrediar a certas conformidades que possivelmente resultem na mitigação de sua proeminência – é pouco provável que, em curto prazo, o dito art. 489, § 1º consiga, de fato, realizar todo o seu potencial normativo, e se consolidar, enfim, como autêntico e valioso expediente de democratização do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. **STJ**. EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi, primeira seção, julgado em 08/06/2016, DJe. 15 jun de 2016.





BRASIL. **STJ**. Ementa nº AG em RESP 1043184 PR 2017/0008889-8. DOU. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442680768/agravo-em-recurso-especial-aresp-1043184-pr-2017-0008889-8>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **STJ**. REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 02/05/2017, DJe. 10 mar de 2017.

BRASIL. **STJ**. AgRg n. 2001/0154059-3 em EResp n. 279.889-AL. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequeial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF. Acesso em: 01 abril 2019.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BUZUID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 72, n. 1, 1977, p. 131-152.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo processual constitucional. Curitiba: Juruá.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 10, n. 14.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: EdUSP, 1997

DELLORE, Luiz. **Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC?**: Jurisprudência do STJ aplica entendimento firmado à luz do CPC/1973. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-%20analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017. Acesso em: 17 dez. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**. V.2.10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** (entre facticidade e validade). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. **O que é um modelo democrático de processo**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 73, jan. 2013 – abr. 2013. p. 183-206.





KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Cordeiro André. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2008.

LISBOA, Marcelo Moreno Gomes. **O conceito de democracia em Hans Kelsen**. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://server05.pucminas.br/teses/Direito_LisboaMM_1.pdf. Acesso em: 28 mar. 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Nova lei, velha mentalidade**. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/01/nova-lei-velha-mentalidade-novo-cpc/>. Acesso em: 17 dez. 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O Modelo Constitucional de Processo e o Eixo Estrutural da Processualidade Democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, n. 1, 2016, p. 2525-510X.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Antonio Kevan Brandão. **Teoria democrática contemporânea**: o conceito de Poliarquia na obra de Robert Dahl. 2014. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt39-1/9208-teoria-democratica-contemporanea-o-conceito-de-poliarquia-na-obra-de-robert-dahl/file>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SANTOS JUNIOR, Sândalo Viana. **A relação entre contraditório e a fundamentação das decisões judiciais no estado democrático de direito**. 2013. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987

UBIRAJARA, Thomas. **Juízes de todo o Brasil, fundamentem vossas decisões**. 2018. Disponível em: <http://www.pontonacurva.com.br/opiniao/juizes-de-todo-o-pais-fundamentem-as-vossas-decisoes/574>. Acesso em: 17 dez. 2018.