

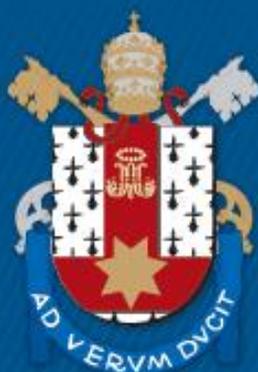
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

JOÃO VITOR SEQUEIRA DE CAMPOS MORAIS

**STANDARDS PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES: PARÂMETROS  
PARA UMA AVALIAÇÃO DE COMPATIBILIDADE ENTRE DECISÕES  
DAS CORTES DE JUSTIÇA E DAS CORTES SUPREMAS**

Porto Alegre  
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

JOÃO VITOR SEQUEIRA DE CAMOS MORAIS

***STANDARDS PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES: PARÂMETROS  
PARA UMA AVALIAÇÃO DE COMPATIBILIDADE ENTRE DECISÕES  
DAS CORTES DE JUSTIÇA E DAS CORTES SUPREMAS***

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha de pesquisa: Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt

Porto Alegre

2022

## Ficha Catalográfica

M827s Morais, João Vitor Sequeira de Campos

Standards para a Aplicação de Precedentes : Parâmetros para uma Avaliação de Compatibilidade entre Decisões das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas / João Vitor Sequeira de Campos Morais. – 2022.

175 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt.

1. Decisão Judicial. 2. Justificação. 3. Argumentação Jurídica. 4. Standards. I. Reichelt, Luis Alberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

JOÃO VITOR SEQUEIRA DE CAMPOS MORAIS

**STANDARDS PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES: PARÂMETROS  
PARA UMA AVALIAÇÃO DE COMPATIBILIDADE ENTRE DECISÕES  
DAS CORTES DE JUSTIÇA E DAS CORTES SUPREMAS**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt – PUCRS

---

Prof. Dr. Leonardo Schenk – UERJ

---

Prof. Dra. Taís Schilling Ferraz – ENFAM

---

Prof. Dr. Guilherme Antunes da Cunha – UNIRITTER

Porto Alegre  
2022

## AGRADECIMENTOS

*Durante a elaboração desta dissertação, a ajuda apareceu sob diferentes formas. Existem, por exemplo, pessoas que contribuíram tecnicamente para o trabalho, lendo-o, dando sugestões e indicando material de pesquisa. Há, por outro lado, indivíduos que desconhecem por completo a pesquisa jurídica, mas cujas atitudes e palavras de carinho serviram como estímulo e conforto. Independentemente da forma pela qual a ajuda ocorreu, sinto-me afortunado por ter tantas pessoas junto comigo, o que torna este registro formal uma razão de alegria.*

*Aos meus pais, Cristiane e Guga, dentre outros incontáveis motivos, por serem meus principais incentivadores e exemplos. Foi em casa que aprendi, desde cedo, que a dedicação compensa. Sem vocês, não só este trabalho, como nada seria possível. Não existem palavras capazes de expressar o amor que sinto por vocês.*

*À minha namorada, Vitória, por todo amor, apoio e compreensão, que foram essenciais para que eu pudesse finalizar esta importante etapa acadêmica. As dificuldades inerentes ao percurso foram amenizadas por ter você ao meu lado.*

*À minha irmã, por nossa genuína amizade e companheirismo, traço que sempre estive – e estará – presente em nossa relação.*

*Aos meus avós Maria Helena e Nelci, pelo convívio mais próximo, que tem me permitido desfrutar de sua sempre amorosa e reconfortante companhia, o que traz leveza para a minha vida.*

*Merece minha especial gratidão o meu orientador, Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt. Felizmente, venho aprendendo com o Professor Reichelt desde a minha graduação na PUCRS. Aliás, foi por causa de suas instigantes aulas que “peguei gosto” pelo processo civil. Sou grato por todos estes anos de convívio acadêmico. No mestrado, com sua orientação precisa, o Professor foi capaz de iluminar ideias que não estavam claras, mostrando qual o caminho a ser percorrido. Também agradeço por ter me recebido tão bem na metade de um trabalho que vinha sendo produzido sob orientação diversa. Seus valiosos insights foram determinantes para que o novo objetivo aspirado pudesse ser alcançado.*

*Grato aos meus estimados amigos e colegas do escritório Meister e Marder Advogados, José Renato, Ramona, Jefferson e Bianca, pelo apoio institucional que me foi dado, permitindo que eu conseguisse conciliar a advocacia e a academia. De modo especial ao Prof. Dr. Alexandre Marder, que generosamente se dispôs, desde o processo seletivo, a ouvir minhas ideias e debatê-las comigo. O escopo de seu auxílio é muito abrangente, indo desde o empréstimo de livros até o oferecimento de sugestões cruciais para o melhor desenvolvimento possível da pesquisa. Estendo meu muito obrigado, também, a Gustavo Parcianello, pela constante boa vontade em conversar sobre o trabalho, ler e relê-lo, bem como por fazer apontamentos que muito contribuíram para o seu aperfeiçoamento.*

*Ao Prof. Dr. Gustavo Osna pela sua atenta orientação na primeira parte desta pesquisa, sempre ressaltando a necessidade de que a teoria não se distancie da prática. Sou grato, também, aos Profs. Drs. Taís Schilling Ferraz, Guilherme Antunes da Cunha e Leonardo Schenk, os quais compuseram a banca de qualificação e enriqueceram o trabalho com críticas pertinentes.*

*Aos funcionários da Biblioteca da PUCRS, o que faço na pessoa da sempre solícita Marta.*

*Grato à Dona Maria, pela primorosa revisão que fez do trabalho, não medindo esforços para que cada vírgula e nota de rodapé estivesse no seu devido lugar.*

*Por fim, agradeço a todos amigos que, mesmo sem perceberem, colaboraram muito com palavras de incentivo e constante valorização da pesquisa que ora se apresenta.*

*“Uma folha de papel, acrescida de algumas notas de discurso  
a ser proferido, ganha em magnitude mas não em peso”.*

(MILLÔR FERNANDES, 1978).

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo investigar a atividade realizada pelos Tribunais Estaduais de Justiça (TJ's) e Tribunais Regionais Federais (TRF's) ao avaliarem a compatibilidade entre o seu acórdão recorrido e a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme dispõe o art. 1.040, incisos I e II do Código de Processo Civil (CPC/15). O problema de pesquisa consiste em indicar a partir de quais *standards* (parâmetros) pode ser feito, de maneira fundamentada, o exame de compatibilidade que se exprime da norma processual. Pela perspectiva institucional adotada, os TJ's e os TRF's são Cortes de Justiça, ao passo que o STF e o STJ, Cortes Supremas. Sendo assim, uma vez julgado e publicado o precedente, caberá às cortes de origem, em sendo o caso, adequar o acórdão recorrido à orientação fixada pelas Cortes Supremas no julgamento paradigma. Pelo modo como o ordenamento jurídico brasileiro se constitui, são as Cortes de Justiça que dizem se o precedente é aplicável ou não ao caso concreto. É essencial, então, que os TJ's e os TRF's tenham condições de fazer um exame de compatibilidade adequado entre a sua decisão e o precedente. No espaço de análise entre os discursos jurídicos, desenvolve-se uma operação interpretativa e argumentativa cuja finalidade é definir se o acórdão recorrido é compatível ou não com o entendimento da Corte Suprema. Levando isto em conta, os *standards* configuram um modelo de controle do juízo comparativo entre as decisões, que busca evitar que a discricionariedade judicial da qual dispõem as Cortes de Justiça seja convertida em puro arbítrio. Parte-se do pressuposto de que todas as decisões judiciais precisam ser fundamentadas. Só por meio de um juízo comparativo fundamentado é que os precedentes serão respeitados.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Justificação. Argumentação jurídica. *Standards*.

## ABSTRACT

This thesis has the objective of investigating the activity performed by the State Appellate Courts and the Regional Federal Appellate Courts when evaluating the compatibility between the appellate decision and the orientation defined by the Federal Supreme Court or the Superior Court of Justice in the disposition of repetitive extraordinary and special appeals in accordance with the article 1040, items I and II of the 2015 Code of Civil Procedure. The research problem consists in indicating as of which parameters the compatibility exam expressed by the procedural rules can be taken in a reasoned manner. Through the adopted institutional perspective the State Appellate Courts and the Regional Federal Appellate Courts are Courts of Justice, whereas the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice are Supreme Courts. Therefore, once the precedent has been adjudicated and published is the responsibility of the courts of origin, if necessary, to adjust the appellate decision to the orientation given by the Supreme Courts in the paradigm trial. In the way the Brazilian legal system is constituted, the Courts of Justice are the ones that decide if the precedent is applicable or not to the case at hand. It is essential then, that the State Appellate Courts and the Regional Federal Appellate Courts are able to perform an appropriate compatibility test between their decision and the precedent. In the realm of legal discourse an interpretative and argumentative operation is developed, whose objective is to define if the appellate decision is compatible or not with the understanding of the Supreme Court. Taking that into account, the standards constitute a control model for the comparison between decisions, in order to avoid that the judicial discretion belonging to the Courts of Justice becomes arbitrary. We start from the assumption that every court decision must be reasoned, and that is why such standards are considered substantiated. Only through well-founded comparison between courts is that precedents will be respected.

**Keywords:** Judicial decision. Justification. Legal Reasoning. Standards.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2</b>	<b>A PREVALÊNCIA DOS FUNDAMENTOS SOBRE A AUTORIDADE</b> .....	13
2.1	MODELOS DE AUTORIDADE .....	13
2.2	A CONFIANÇA NAS AUTORIDADES .....	21
2.3	A LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	24
<b>3</b>	<b>A NATUREZA JUSTIFICATIVA DA FUNDAMENTAÇÃO</b> .....	42
3.1	DO RACIOCÍNIO DECISÓRIO AO RACIOCÍNIO JUSTIFICATIVO .....	42
3.2	OS DOIS NÍVEIS DE JUSTIFICAÇÃO .....	48
3.3	A RACIONALIDADE DO DISCURSO JUSTIFICATIVO .....	49
3.4	O CARÁTER INTERPRETATIVO E ARGUMENTATIVO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL .....	53
<b>4</b>	<b>OS DIFERENTES PAPÉIS DOS JUÍZES NO QUADRO DA JUSTIÇA CIVIL BRASILEIRA</b> .....	64
4.1	DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA JURISDIÇÃO .....	64
4.2	O MODELO DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 .....	77
4.3	O REDIMENSIONAMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: ENTRE CORTES DE JUSTIÇA E CORTES SUPREMAS .....	91
<b>5</b>	<b>ANÁLISE NO PLANO NORMATIVO</b> .....	104
5.1	A FIXAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS PELAS CORTES SUPREMAS NO JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS .....	104
5.2	A APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS PELAS CORTES DE JUSTIÇA .....	113
5.3	PROPOSTA DE <i>STANDARDS</i> PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL .....	120
5.3.1	Noções preliminares .....	120
5.3.2	Exigência de respeito aos limites da linguagem utilizada no precedente .....	121

<b>5.3.3 Exigência de respeito ao propósito normativo inerente ao precedente.....</b>	<b>128</b>
<b>5.3.4 Exigência de consideração do contexto subjacente à decisão que originou o precedente .....</b>	<b>138</b>
<b>5.3.5 Exigência de simetria entre os fatos do precedente e os fatos do caso a ser decidido .....</b>	<b>145</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>154</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>157</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema abordado versa sobre o papel exercido pelas Cortes de Justiça – leia-se Tribunais Estaduais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – ao reexaminarem os seus acórdãos recorridos, caso estes contrariem a orientação de Corte Suprema – entenda-se STF e STJ – firmada em julgamento de recursos repetitivos, nos termos do art. 1.040, incisos I e II do CPC/15.

Dentro dos limites propostos, o problema que se pretende investigar é: Quais são os *standards* que devem ser observados pelas Cortes de Justiça ao avaliarem a compatibilidade entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma?

O art. 1.040 do CPC/15 regula, em síntese, o que se sucede à finalização do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos pelas Cortes Supremas, o que resulta na elaboração do acórdão paradigma. Uma vez fixado o padrão decisório e publicado o acórdão, cabe aos órgãos locais (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e, em sendo o caso, juízes de primeiro grau) observá-lo, ou seja, aplicá-lo. Desta forma, é necessário que seja feito um controle de adequação dos fundamentos da decisão recorrida à orientação firmada no julgamento do caso repetitivo.

Na hipótese de haver coincidência entre o acórdão do tribunal local e o precedente, os recursos extraordinário e especial suspensos serão inadmitidos pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido; caso contrário, não havendo coincidência entre os julgados, a causa será reexaminada pelo órgão que proferiu o acórdão recorrido. Neste segundo cenário, o acórdão paradigma deverá ser lido à luz das particularidades de cada caso, não sendo suficiente que o órgão *a quo* apenas reproduza os argumentos da Corte Suprema, devendo apresentar um exame de compatibilidade criterioso e, evidentemente, fundamentado.

O aludido precedente é uma decisão que foi formada a partir de fatos específicos; na sua apreciação, a supremacia do raciocínio dedutivo, que parte de um enunciado normativo abstrato, dá lugar ao questionamento, à reflexão.<sup>1</sup> Quando apenas transfere-se, de maneira acríica, a decisão de um julgado para outro, as razões de decidir podem não ser bem compreendidas, o que levará, conseqüentemente, a uma má aplicação dos fundamentos determinantes, o que compromete a segurança jurídica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FERRAZ, Taís Schilling. O ensino jurídico no Brasil: a formação dogmática do jurista e os desafios do modelo de respeito aos precedentes judiciais. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 109, p.101-119, maio/jun. 2018. p.109.

<sup>2</sup> CARVALHO, Carolina Teles; CUNHA, Guilherme Antunes da. Sistema de precedentes no código de processo civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 510-538, 2022. p.512. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59364>. Acesso em: 2 set. 2022.

Sem dúvidas, trata-se de uma questão importante. Afinal, é o exame de compatibilidade feito pela Corte de Justiça que definirá se o precedente será aplicado ou não ao caso concreto. Foi entregue às instâncias ordinárias uma missão fundamental. Agora, os tribunais precisam ter condições de fazer uma avaliação adequada do precedente para fins de aferir a sua compatibilidade com o acórdão recorrido. Porém, esta atividade está sendo praticada sem que haja prévias normas impostas pelo legislador que demonstrem como ela deve ser executada. Não raras vezes, o que se verifica, na prática, é a ausência de critérios no juízo comparativo. Não basta uma aplicação indistinta nem um relativismo excessivo. Há que se encontrar um meio de controle, mas como fazer isto? Sem o estabelecimento de parâmetros seguros, que sejam minimamente funcionais, o controle almejado não será alcançado.

O momento de aplicação de um precedente é tão importante quanto o de sua formação, ficando claro que existe um desafio a ser enfrentado. As Cortes de Justiça desempenham um papel fundamental na sistemática de precedentes do ordenamento jurídico brasileiro, pois é por meio delas que eles serão concretizados. Ademais, “fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro”.<sup>3</sup> Recai sobre os Tribunais de Justiça Estaduais e os Tribunais Regionais Federais uma importantíssima tarefa – que está longe de ser simples. Acredita-se que com a fixação de *standards* seja possível averiguar se a decisão do caso atual foi decidida em conformidade com o discurso jurídico anterior, que é o precedente.

A pesquisa é constituída por quatro capítulos, os quais estão sistematizados da seguinte forma: o primeiro capítulo destina-se a identificar os principais modelos de autoridade; a discussão acerca da autoridade está limitada ao âmbito jurídico, no que toca à elaboração de decisões. Pretende-se, com isto, mostrar a relevância do dever de fundamentação em um Estado Democrático de Direito. Serão apresentados os contornos gerais da noção do Estado Democrático de Direito no contexto do direito constitucional brasileiro. Ele aborda, também, a relação de confiança entre indivíduos e autoridades.

Uma vez demonstrada a importância da fundamentação, isto é, da apresentação de razões que justifiquem a decisão judicial, parte-se, na sequência, para outras indagações: Estas razões podem ser controladas? Se sim, como?

À vista disto, o segundo capítulo cuida da estruturação do pensamento racional no momento de justificação da decisão. É tratada a construção teórica que levou à distinção entre as razões explicativas e as razões justificativas (contexto de descoberta e de justificação) no

---

<sup>3</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Campus-Elsevier: Rio de Janeiro, 2018. p.191.

Direito. Para tanto, é feita uma exposição do movimento conhecido como realismo jurídico norte-americano, demonstrando-se como a noção de decisionismo restou superada. Ainda, são expostos os diferentes níveis reunidos na fundamentação (justificação interna e externa). Além disto, questiona-se a questão da validade do discurso a partir do plano lógico-argumentativo, ao mesmo tempo em que se traçam algumas linhas sobre o caráter interpretativo e argumentativo da atividade jurisdicional.

O terceiro capítulo é dedicado aos diferentes papéis que são exercidos pelos órgãos de atuação jurisdicional no quadro da justiça civil brasileira. Convém mapear os aspectos históricos e doutrinários que contribuíram para o redimensionamento da atividade jurisdicional, o que levou a diferentes modelos de juiz. Sendo assim, apresenta-se um panorama dos desdobramentos teóricos que resultaram no que, hoje, se entende por atividade jurisdicional. Embora seja exposto um mapeamento geral sobre a jurisdição, o enfoque do capítulo é a jurisdição civil brasileira. Como será apontado, diferentes elementos conduziram a uma tentativa de construção, no CPC/15, de um modelo de aplicação do Direito que reconhece o seu caráter interpretativo e argumentativo, bem como ao redimensionamento da função jurisdicional, por meio da atuação de seus órgãos.

O quarto capítulo cuida do ponto central deste estudo: os *standards* que devem ser observados pelas Cortes de Justiça ao avaliarem a compatibilidade entre o acórdão recorrido e o precedente oriundo do julgamento do caso repetitivo. A questão proposta não é meramente teórica, pois contém inegáveis reflexos de ordem prática. Isto é evidenciado a partir do estudo de jurisprudência, no qual se demonstra como os *standards* podem ser identificados e desenvolvidos em casos concretos. A fim de oferecer respostas ao problema enfrentado, também se examina, no plano normativo, algumas importantes disposições previstas no CPC/15. Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho.

As fontes de pesquisa utilizadas são, essencialmente, bibliográficas. O trabalho foi desenvolvido a partir de livros, artigos, documentos normativos e decisões das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas.

Para fins de clareza terminológica, convém registrar que os termos “fundamentação” e “justificação” serão utilizados como sinônimos, dispensando-se o uso do vocábulo “motivação”. Ainda, salvo quando indicado diversamente, as palavras “sentença”, “acórdão”, “julgamento” e “decisão” buscam traduzir a mesma ideia: outorga final da prestação jurisdicional.

A crescente importância da fundamentação foi acompanhada por uma vasta produção bibliográfica. Muito já se escreveu – em renomados livros, artigos, dissertações e teses – sobre

o tema da fundamentação das decisões judiciais e dos padrões decisórios vinculantes. Isto revela que se trata de um objeto de estudo que, constantemente, precisa ser pensado e repensado por todos que desejam explorá-lo.

A amplitude da temática demanda a restrição do estudo a ser desenvolvido. Conforme já dito, o escopo deste trabalho diz respeito à atividade praticada pelas Cortes de Justiça que é descrita no art. 1.040, incisos I e II do CPC/15. Esta proposta exclui, portanto, a investigação de tantas outras normas que se aproximam do objeto de pesquisa, como é o caso, por exemplo, das hipóteses contidas no art. 1.030 do mesmo texto. No entanto, isto não leva à conclusão de que os resultados apresentados não podem, eventualmente, ser utilizados em outras áreas do Direito ou se relacionar com outros dispositivos da codificação processual. O que se diz, apenas, é que este não é o objetivo da pesquisa.

Existem, certamente, diversos exemplos do dia a dia forense que desafiam construções teóricas gerais que se proponham a resolver todo e qualquer problema relacionado à aplicação de um precedente. O assunto é complexo e, para além dos questionamentos ora enfrentados, muitos outros ainda surgirão. Consciente de que se deixa outras questões importantes em aberto – cujas respostas demandariam avanço em outros aspectos do problema investigativo proposto – espera-se que esta dissertação tenha atingido êxito na sua finalidade: contribuir para o aperfeiçoamento de uma avaliação parametrizada da fundamentação das decisões judiciais.

## 2 A PREVALÊNCIA DOS FUNDAMENTOS SOBRE A AUTORIDADE

*“O ato de dar razões é a antítese da autoridade.  
Quando a voz da autoridade falha, a voz da razão emerge”.*

(SCHAUER, 1995).

### 2.1 MODELOS DE AUTORIDADE

Autoridade, em linhas gerais, é “qualquer poder exercido sobre um homem ou grupo humano por outro grupo ou homem”.<sup>4</sup> O termo é genérico e pode referir-se a diferentes áreas da sociedade em que a autoridade é – ou já foi – praticada. Conforme será explicado, existem diferenças estruturais entre uma autoridade prática (administrativa), que é aquela sobre a qual o conceito geral faz menção, e uma autoridade especialista em um domínio específico, cuja expertise confere plausibilidade a suas alegações.<sup>5</sup>

As discussões em torno da autoridade podem surgir nos mais variados contextos. Existe, por exemplo, a autoridade da igreja, do cientista, do legislador, do juiz, do governante, etc. O traço comum entre elas é que, seja qual for o espectro em exame, as autoridades esperam ser respeitadas por aqueles a quem se dirigem. Existe uma correlação direta entre autoridade e deferência.

Nas palavras de Schauer<sup>6</sup>, “as autoridades – sargentos, pais, professores, cortes – ao proferirem decisões, esperam que aqueles que estão abaixo delas a obedeçam, mesmo quando não concordem com seu comando. Respeitar a autoridade é olhar debaixo para cima”. Raz<sup>7</sup> assinala que, do ponto de vista da pessoa/órgão que exerce autoridade, o que conta não é o que o submisso pensa, mas a forma como ele age.

Nesta pesquisa, propõe-se que a discussão acerca da autoridade fique circunscrita ao âmbito jurídico. Mais especificamente, no que diz respeito à elaboração de decisões judiciais. O problema central debatido no presente capítulo tem a ver com a relação entre a autoridade representada na pessoa do julgador e a sua legitimação, ou melhor dizendo, com o fundamento em que se amparam as suas decisões.<sup>8</sup> O foco do debate não é sobre a autoridade normativa de prescrições legais, mas sim, sobre a autoridade das decisões proferidas por julgadores. Questões

<sup>4</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.113.

<sup>5</sup> WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. 2. ed. Trad. Ana Lúcia R. Franco; Carlos A. L. Salum. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.244.

<sup>6</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.230. Tradução livre: “*Those in authority – sergeants, parents, teachers, supreme courts – give orders or make decisions, and those below them are expected to obey even when they disagree with the decisions. To respect authority is to look up from the bottom to the top*”.

<sup>7</sup> RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p.53.

<sup>8</sup> ABBAGNANO, op. cit. p.113.

sobre se um texto normativo está ou não condicionado ao consentimento do destinatário não serão aprofundadas.

Dentro do escopo proposto, surgem muitas indagações. Talvez, a principal delas seja: A autoridade de uma decisão judicial justifica-se pelo órgão de qual emana ou pelas razões justificativas que são apresentadas? Em outras palavras: Como se legitima a relação de autoridade e sujeição existente entre o Estado-juiz e os particulares no tocante à produção de decisões judiciais? Para que tal questionamento possa ser respondido, convém destacar algumas noções preliminares sobre a ideia de autoridade, a fim de que ela possa ser adequadamente enquadrada dentro do contexto jurídico-decisório que ora se estuda.

Costuma-se diferenciar dois principais modelos de autoridade: teórica (epistêmica) e prática (administrativa).<sup>9</sup> Em cada um desses modelos, recorre-se à categoria argumentativa geral de apelo à autoridade (*argumentum ad verecundiam*), que consiste no apelo ao sentimento de respeito ou submissão que os indivíduos nutrem por alguma pessoa ou instituição.<sup>10</sup> Com base nesta linha de argumento, a autoridade serve como um argumento pessoal positivo para sustentar as próprias decisões. Apesar do traço em comum, o papel exercido pela autoridade em cada modelo, bem como os respectivos esquemas argumentativos que são utilizados, são diferentes.

O primeiro modelo a ser explorado é o de autoridade teórica, que representa uma ideia voltada aos bons conselhos. Aquele que está em posição de dar um bom conselho sobre como outrem deve agir em determinadas circunstâncias tem autoridade teórica.<sup>11</sup> Assim, a referida noção vincula-se a de expertise. Não se trata de uma autoridade sobre o que fazer, mas sim, sobre o que acreditar. Aplica-se, aqui, a máxima do “*reason to believe*” (uma razão para acreditar). A confiabilidade das declarações feitas por uma autoridade teórica são equivalentemente proporcionais ao seu grau de conhecimento dentro de um contexto

---

<sup>9</sup> HURD, Heidi M. Challenging Authority. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 100, 1611-1677, 1991. p.1617. Também sugere a existência de um terceiro modelo, não tão comentado, que é de autoridade influenciadora. Esta se materializa, na prática, em forma de pedido a outrem. Aquele que pede algo declara, ainda que implicitamente, ter o que se chama de autoridade influenciadora. Quando, por exemplo, um sujeito pede ajuda a um amigo – seja qual for o contexto –, ele tem a intenção de, por meio do pedido, alertar o amigo de que necessita de auxílio. Busca influenciar a atitude do amigo pelo simples fato de ter feito um pedido. Caso o amigo lhe perguntasse por que deveria atender a tal solicitação, o sujeito poderia simplesmente dizer “por que eu estou pedindo”.

<sup>10</sup> COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p.79.

<sup>11</sup> HURD, op. cit. p.1615.

específico.<sup>12</sup> Com relação ao combate ao câncer, por exemplo, um oncologista é uma autoridade teórica.<sup>13</sup>

Veja-se outro exemplo dado por Wellman<sup>14</sup>:

Dizer que Farnsworth é uma autoridade em direito contratual significa dar crédito a ele, ou seja, atribuir a ele um conhecimento ou compreensão superior dentro do seu campo de estudo. Além disso, a autoridade de Farnsworth implica certas conclusões sobre em que se deve acreditar. Reivindicações de autoridade teórica sustentam inferências nos seguintes termos: X é uma autoridade em relação a D, com algum domínio de investigação. X diz que p é verdadeiro e p está dentro de D. Portanto, você deve acreditar em p.

Dito de outra forma: o sujeito “A” tem autoridade teórica sobre o sujeito “B”, no tocante ao conselho “X”, apenas se o simples fato de “A” acreditar que o conselho “X” é o correto configurar uma razão suficiente para que “B” proceda da forma como está sendo aconselhado. A justificativa que fundamenta a autoridade de “A” deriva da provável veracidade de suas declarações. A expertise serve como um indício de que a orientação sugerida é acurada. Contudo, a mera confiança na autoridade teórica não tem o condão de substituir as provas existentes acerca de determinado fato.

A autoridade teórica não vincula o comportamento dos sujeitos a quem se dirige, pois não há por que acolher a sua ordem quando se sabe que ela está errada. Suponha-se que o “homem do tempo” do jornal seja uma autoridade teórica em relação à previsão de condições climáticas. Ainda que sua expertise lhe dê certo grau de confiabilidade, a pessoa “A”, ao notar que vai chover, deve levar consigo um guarda-chuva, embora o “homem do tempo” tenha previsto um dia ensolarado.<sup>15</sup>

Desta forma, não é o conselho, por si só, que fornece uma razão para que se aja de certa maneira. O que ocorre é o seguinte: quando uma autoridade teórica faz uma declaração sobre a ação que considera correta, sua orientação fornece uma razão para se acreditar que existem outras razões – para além do simples fato de que ela fez uma declaração – para que se aja conforme recomendado. Neste cenário, o efeito do conselho do especialista é fazer com que os

<sup>12</sup> WELLMAN, Vincent A. **Authority of law**. In: PATTERSON, Dennis. *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. p.561.

<sup>13</sup> HIMMA, Kenneth. Authority. In: BONGIOVANNI, Giorgio; WALTON, Douglas (ed). **Handbook of legal reasoning and argumentation**. Dordrecht: Springer, 2018. p.191.

<sup>14</sup> WELLMAN, op. cit. p.562. Tradução livre: “*To say that Farnsworth is an authority on contract law is to credit Farnsworth with superior knowledge or understanding of his field. Further, Farnsworth’s authority implies certain conclusions about what we should believe. Claims of theoretical authority sustain inferences along the following lines. X is an authority with regards to D, some domain of inquiry. X says that p is true, and p is within D. Therefore, you should believe p*”.

<sup>15</sup> SHAPIRO, Scott J. Authority. In: \_\_\_\_\_; COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth. **The oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.11.

outros acreditem que, pelo fato de o conselho estar sendo dado por uma autoridade teórica, é mais provável que tais razões em defesa do comportamento prescrito existam. As prescrições oriundas da mesma servem como guias heurísticos para que se identifique a existência e a provável veracidade das razões apresentadas por ela – as quais já existiam anteriormente ao conselho. Logo, a base de uma autoridade teórica é “*content-dependent*” (dependente do conteúdo), o que significa que para que a orientação seja seguida não basta que o mandante seja uma autoridade, uma vez que o conteúdo material da sua recomendação será posto em cheque.<sup>16</sup>

Imagine-se este caso hipotético: o diretor financeiro de uma empresa consulta um advogado especializado em direito tributário sobre se deve ou não pagar um certo imposto. Ao ser consultado, o advogado informa que sim, o tributo deve ser pago. Caso contrário, ele adverte, o cliente corre o risco de ter ajuizada contra si uma execução fiscal, ter seus bens penhorados e não conseguir emitir certidões de regularidade fiscal. A opinião legal do advogado, por si só, não é uma razão suficiente para que a recomendação seja seguida. A sua opinião, na verdade, ilumina motivos previamente existentes à consulta – ajuizamento de execução, penhora, irregularidade fiscal – que demonstram que a sua recomendação deve ser seguida. A qualificação técnica do profissional reforça a crença de que tais consequências provavelmente ocorrerão, de modo que a sua opinião representa uma razão adicional a outras.

Diante disto, se uma autoridade teórica falhar em fornecer razões favoráveis ou contrárias a determinada ação, o seu juízo, conseqüentemente, falha em ser persuasivo e acaba por não ser seguido. A explicação de Hurd<sup>17</sup> é no sentido de que:

[...] se nós estamos vinculados a agir de acordo com o que nos disse uma confiável autoridade teórica, tal vínculo não é fruto do fato de que a autoridade teórica emitiu um parecer, mas sim, um resultado do fato de que a racionalidade demanda que se aja de acordo com uma ponderação de razões das quais a recomendação é mera evidência.

O segundo modelo trata-se de autoridade prática, que se traduz em uma ordem ou comando. Uma pessoa tem esse tipo de autoridade apenas se sua decisão oficial é, por si só, uma razão para ação.<sup>18</sup> Com base nisto, o sujeito “A” tem autoridade sobre o sujeito “B” no tocante à realização do ato “X” apenas se o mero fato de o comando estar sendo dado por “A” constituir uma razão suficiente para que o ato “X” seja realizado.<sup>19</sup> É um modelo que lida com

<sup>16</sup> HURD, 1991. p.1615.

<sup>17</sup> Ibid. p.1616. Tradução livre: [...] *if we are bound to act as we have been advised to act by a reliable theoretical authority, our being bound is not a result of the fact that the theoretical authority has issued advice, but a result of the fact that rationality requires that we act on a balance of reasons of which the advice is mere evidence*”.

<sup>18</sup> RAZ, 1986. p.35.

<sup>19</sup> HIMMA, 2018. p.191.

razões “*content-independent*” (independentes do conteúdo).<sup>20</sup> Isso significa que o comando deve ser seguido independentemente de seu conteúdo. Raz<sup>21</sup> esclarece que “a razão está amparada no fato aparentemente estranho de alguém com autoridade ter dito isso”.

Quando uma mãe instrui seu filho a pegar um guarda-chuva ao sair de casa, o simples fato de ela ter emitido este comando é uma razão suficiente para que o filho pegue o referido guarda-chuva. Caso o filho a questione sobre a necessidade de pegar o objeto, uma resposta no estilo “porque eu disse” é esperada.

Para além da noção de razão “*content-independent*”, ou seja, independente do seu conteúdo material, ao se falar em autoridades práticas um outro aspecto ganha relevância: o comando autoritativo fulmina as razões que seu destinatário poderia apresentar para não o cumprir. Soma-se à independência do conteúdo a ideia de razões excludentes.

No exemplo da mãe e do guarda-chuva, a mãe, ao dar a ordem, não tem a intenção de que seu filho ouça o comando e pondere-o com outras razões anteriormente existentes que ele pudesse ter para deixar o objeto em casa. Isto implica na desarticulação de qualquer argumento contrário que o filho viesse a formular. Logo, o “porque eu disse” da mãe pode ser a única e exclusiva razão para que o filho cumpra a ordem dada.<sup>22</sup>

Na visão de Himma<sup>23</sup>, juízes, assim como pais, são exemplos de autoridades práticas. Walton e Koszowy<sup>24</sup> também sugerem que o pronunciamento de um juiz que alcançou uma conclusão em um julgamento é um exemplo de autoridade prática ou administrativa, segundo a denominação proposta pelos autores. Segue-se, nestes casos, um padrão prático de argumento utilizado em deliberações em que se decide o que fazer em uma situação que exige escolha.

De fato, por conta do cargo institucional que ocupam e do papel que exercem – qual seja, de dizer o Direito, de forma autoritativa – os juízes têm a capacidade de fazer com que seus pronunciamentos tenham efeitos pragmáticos. Seus comandos influem nas razões para ação, tanto de pessoas quanto de instituições.<sup>25</sup> Afinal, o texto normativo é um comando

<sup>20</sup> HURD, 1991. p.1617.

<sup>21</sup> RAZ, 1986. p.35. Tradução livre: “*The reason is in the apparently extraneous fact that someone in authority has said so [...]*”.

<sup>22</sup> HURD, 2018. p.1618.

<sup>23</sup> HIMMA, 2018. p.191.

<sup>24</sup> KOSZOWY, Marcin; WALTON, Douglas. two kinds of arguments from authority in the ad verecundiam fallacy, [s. l.], **Centre For Research in Reasoning, Argumentation and Rethoric (CRRAR)**, 2014. p.6. Disponível em: <https://scholar.uwindsor.ca/crrarpub/17/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>25</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Obter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, maio/ago. 2018. p.717. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77117/73923>. Acesso em: 30 mar. 2022.

abstrato, de tal sorte que o ato jurisdicional é a concretização da norma abstrata aplicada ao caso concreto.<sup>26</sup>

A discussão sobre autoridade tem muito a ver com questões sobre o próprio Direito, haja vista que este constitui uma prática autoritativa, na medida em que exige aderência do destinatário independentemente de sua aceitação ou concordância. Espera-se que, mesmo em havendo desaprovação, o comando legal seja seguido. Objeções não são toleradas.

Quando uma regra legal impõe uma determinação judicial, o indivíduo não pode condicionar a aderência ao comando à sua própria convicção pessoal. O comando, por si só, é a razão para que se aja de determinada forma. Assim, “sua força não deriva de seus fundamentos, mas sim, de seu status”.<sup>27</sup>

No campo jurídico, o conceito de autoridade liga-se, preponderantemente, às fontes normativas, tais como constituições, leis, estatutos, etc.<sup>28</sup> Conforme a lição de Schauer<sup>29</sup>:

Será útil para as próximas proposições verificar que, em diferentes modelos jurídicos, a fundamentação é inexistente. Considere-se, primeiro, o comando estabelecido por um estatuto, regulação ou constituição. O comando contido no texto normativo não tem a finalidade de persuadir ou argumentar, mas garantir a sua própria autoridade. O texto diz “faça isso!”; ele não diz “faça isso porque...”. Essa característica dos textos normativos sugere uma relação entre a autoridade implícita de um estatuto e a inexistência de fundamentos nele.

O fato é que muitas fontes normativas – como as prescrições legais, por exemplo – não precisam ser justificadas. A sua mera existência é suficiente para que sejam respeitadas.

A concepção de “*content-independent reason*” (razão independente do seu conteúdo), todavia, vai no sentido contrário do que normalmente ocorre, visto que, na maior parte de situações do dia a dia, o que é analisado é o componente substancial da decisão, e não de onde a decisão emana. Dito de outra forma, costuma-se aderir a certas ideias por conta de seu conteúdo e não por conta de sua fonte.<sup>30</sup>

Quando a fonte do argumento – um juiz ou uma corte –, ao invés da razão em si, impõe obediência, não se exige que as razões justificativas do comando sejam expostas para aqueles

<sup>26</sup> LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.70.

<sup>27</sup> Tradução livre: “*Their force derives not from their soundness but from their status [...]*”. (SCHAUER, 2009. p.62).

<sup>28</sup> Ibid. p.66.

<sup>29</sup> SCHAUER, 1995. p.636. Tradução livre: “*It will be useful in further setting the stage to note the variety of legal modes in which reason-giving is absent. Consider first the voice of a statute, regulation, or constitution. The voice is not one of persuasion or argument, but one of authority, of command. Statutes say, “Do it!”; they do not say, “Do it because ...” The bare assertion characteristic of statutes suggests a relationship between the authority implicit in a statute and the nonuse of reasons in statutes*”.

<sup>30</sup> SCHAUER, 2009. p.72.

que estão a ele sujeitos. É dizer: chega-se a um resultado sem que sejam apresentados fundamentos para tanto.

Agir pelo simples fato de alguém ter ordenado, e não porque a ponderação entre as razões favoráveis e contrárias à ação pendem no sentido de que ela seja executada, é a definição de irracionalidade. Afinal, como poderia ser racional agir simplesmente porque alguém mandou, quando na verdade, todas as outras razões indicam para não agir? Cuida-se, segundo Hurd<sup>31</sup>, do paradoxo da autoridade prática. Para ela, se uma ação é considerada racional pelo simples fato de ter sido ordenada por alguma autoridade, então qualquer comando oriundo de alguém com autoridade prática gozará do status de racional. A título exemplificativo, esse raciocínio leva a crer que as atrocidades cometidas pelo regime nazista na Alemanha e pelo fascista na Itália foram calcadas em aspetos racionais.

Argumentos que encontram fundamento apenas na autoridade podem ser considerados questionáveis ou falaciosos quando são usados como forma de silenciar o destinatário do comando, apelando ao respeito ou à reverência absoluta a esta autoridade. Não se quer, com isto, alegar que qualquer forma de autoridade é falaciosa ou contrária ao diálogo racional. Porém, é preciso ter em mente que, assim como todo e qualquer argumento, o apelo à autoridade é falível.<sup>32</sup>

Ainda sobre essa falibilidade, existe um conjunto básico de perguntas críticas que podem ser formuladas pelo destinatário do comando autoritativo (decisão judicial, por exemplo: a) eu estou inserido no campo autoritativo de competência da instituição “Z”? b) o que “Z” afirma, se aplica às minhas atuais circunstâncias? c) o que “Z” afirmou foi corretamente interpretado? d) “Z” está em uma posição legítima de autoridade? Estas quatro indagações servem como um mecanismo para levantar dúvidas acerca da correção material do conteúdo da decisão.<sup>33</sup>

Isto demonstra que não é porque uma decisão foi proferida por uma autoridade que o seu conteúdo pode ser baseado em elementos incompreensíveis. Há de prevalecer a autoridade do argumento, não o argumento de autoridade. Como refere Ávila<sup>34</sup>, “para a Ciência não importam a idade, a origem e a hierarquia do cientista; interessam a consistência, a coerência e a pretensão de objetividade de seus argumentos”. A título ilustrativo, oportuno registrar

---

<sup>31</sup> HURD, 1991. p.1620.

<sup>32</sup> WALTON, 2012. p.242.

<sup>33</sup> KOSZOWY; WALTON, 2014. p.8 [eletrônico].

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 32, p.159-197, 2014. p.197.

argumentação apresentada, em certo julgamento, pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da 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 este 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 amolda 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.<sup>35</sup>

No julgado colacionado acima, argumentos voltados à autoridade e consciência são formulados. Isto faz com que os fundamentos em que reside o pronunciamento tornem-se intersubjetivamente incontestáveis, uma vez que a correção da decisão depende exclusivamente do conhecimento, das crenças e da experiência de quem decide. Sendo assim, como contestar decisões que se fundam na autoridade e na consciência? Como aferir a correção desse tipo de raciocínio? Não há parâmetros de referência contra uma proposição notadamente subjetiva. Com isto, a razão é renunciada e o debate sufocado.

Para os fins propostos neste trabalho, entende-se que a categoria das decisões judiciais não pode ser enquadrada como um comando legal cuja legitimidade independe do seu conteúdo. Na condição de discurso argumentativo que tem como finalidade justificar a aplicação do Direito pelo intérprete, as decisões precisam, sim, ser estruturadas a partir de razões intersubjetivamente controláveis que as sustentem. A decisão judicial deve ter seu conteúdo sempre analisado, independentemente de quem a profere. Para que o exercício do poder jurisdicional seja adequado, deve ter como base elementos objetivos.

---

<sup>35</sup> BRASIL Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Seção). **AgRg no EREsp 279889/AL**. Relator para o Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em 14 de agosto de 2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

## 2.2 A CONFIANÇA NAS AUTORIDADES

Em algumas situações da vida, as pessoas apresentam razões para justificar sua tomada de decisão; e, em outras, não. Eleitores, por exemplo, não precisam justificar porque votaram em um candidato ao invés de outro; editores de revistas não têm que prestar esclarecimentos ao recusarem um artigo e, da mesma forma, técnicos de futebol não são obrigados a explicar com base em que substituíram um jogador por outro. Por quê, ao contrário de outras tantas esferas da vida humana, a justificação da decisão não é apenas necessária, mas também, essencial para o adequado funcionamento do Direito?

Todas as funções estatais – sejam elas relacionadas à esfera judiciária, legislativa ou executiva – são exercidas com base no poder. Sob a perspectiva jurídica, o Estado, em tese, tem a “capacidade de decidir imperativamente e impor as decisões (definição do poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos”.<sup>36</sup> Com base nisto, uma pessoa que integra determinada sociedade não pode se desligar do Estado, declarando-se imune ao exercício do poder estatal.

A exigência, por parte da sociedade, de que as decisões de autoridades legais sejam justificadas tem suas raízes no progresso social. Há poucas décadas, quase todos os países europeus ocidentais se encontravam inseridos em uma cultura extremamente autoritária. Sobre a temática, é desenvolvida por Sustain a ideia de “*untrammelled discretion*”, o que significa, em tradução livre, discricção desimpedida (arbitrariedade). Para Sustain<sup>37</sup>, isto consiste na capacidade que uma autoridade tem de exercer o poder de forma livre, sem quaisquer critérios de atuação. Ele explica que, segundo um modelo arbitrário, o regime legal abandona o Estado de Direito – o que ocorreu com a Alemanha no período nazista. Em um formato estatal assim desenhado, não há limitações sobre o que pode ser considerado pela autoridade a alcançar uma decisão e, por consequência, sobre quais decisões podem ser tomadas.

Os cidadãos, naquelas circunstâncias, costumavam confiar cegamente nas autoridades, as quais eram materializadas pela igreja, pelas cortes e por outras instituições que compunham o aparato público estatal. Entretanto, principalmente após a segunda guerra mundial, esta adesão cega foi severamente impactada.<sup>38</sup>

Tendo em vista os catastróficos eventos neste período, foi colocado em evidência o enorme risco de uma nação ficar à mercê de aparelhos estatais caracterizados pela centralização

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. ampl. atual. v.1. São Paulo: Malheiros, 2004a. p.310.

<sup>37</sup> SUSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p.21.

<sup>38</sup> AARNIO, Aulis. Introdução. In: PECZENIK, Alexander. **On law and reason**. 2. ed. Dordrecht: Springer Science + Business Media B.V., 2008. p.6.

do poder e pela participação reduzida – e, não raras vezes, praticamente nula – dos membros da sociedade.<sup>39</sup>

Isto se deve, segundo Aarnio<sup>40</sup>, a diferentes razões de cunho social, tais como: o desenvolvimento exponencial do conhecimento científico, a elevação do nível de educação das pessoas e, também, a secularização decorrente do progresso humano. Deste modo, a crença nas autoridades foi aos poucos substituída pela crença de que as decisões precisam ser justificadas. A exigência de fundamentação acabou por ultrapassar a confiança no próprio poder. Aarnio<sup>41</sup> esclarece:

Autoridade, por si só, não é mais suficiente. Toda instituição, incluindo-se as cortes, precisam, repetidamente, conquistar a confiança dos cidadãos, e isso só pode ser feito mediante a justificação de suas decisões. Razões devem ser dadas para as decisões, pois os cidadãos confiam nelas, não apenas na decisão.

É válido registrar, também, que o período pós-guerra – ao longo da segunda metade do século XX – foi marcado por um processo de reconstitucionalização do continente europeu. Com isto, a aproximação de ideias oriundas do constitucionalismo e da democracia serviram como estrutura para o desenvolvimento de uma nova forma de organização política, denominada Estado Democrático de Direito.<sup>42</sup> Isto serviu como uma resposta de autopreservação de uma civilização inteira ameaçada.<sup>43</sup>

O novo paradigma ao qual foram submetidos os países da Europa continental contemplava transformações de cunho dogmático e institucional: dogmático porque o direito constitucional foi integralmente reconfigurado, tanto em relação ao seu objeto (novas constituições) quanto ao seu papel (centralidade da Constituição na ordem jurídica); e, institucional, pelo fato de terem sido criados os tribunais constitucionais, o que marcou a ascensão do Poder Judiciário.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social**: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p.93.

<sup>40</sup> AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, [n.p.].

<sup>41</sup> Ibid. Tradução livre: “*Authority on its own is no longer sufficient. Every institution, the courts included, must repeatedly regain the confidence of citizens, and this can only be done by giving justification for decisions. Reasons must be given for decisions, and citizens trust the reasons, not the decision alone*”.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p.245.

<sup>43</sup> MOREIRA NETO, op. cit. p.93.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p.23-50. 2015. p.27. Disponível em: <https://www.google.com/search?...> Acesso em: 24 abr. 2022.

Atualmente, convém mencionar que as pesquisas conduzidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que apenas 51% das pessoas confiavam no seu governo em 2020. O estudo apontou que a confiança constitui o fundamento de legitimidade das instituições ligadas ao Estado, bem como de um sistema democrático funcional.<sup>45</sup>

Nem todo uso do poder – ainda que legalmente instituído – é aceitável. Espera-se que aquele que decide não alcance a decisão aleatoriamente, guiado por mero impulso ou capricho.<sup>46</sup> Caso contrário, estar-se-ia diante de uma decisão arbitrária, que é um dos principais infortúnios que pode acometer uma sociedade.<sup>47</sup> No tocante à arbitrariedade, vale destacar a lição de Siches<sup>48</sup>:

A decisão arbitrária é aquela que não está embasada em um princípio geral – que pode ser replicado em outros casos análogos –, mas sim, que se funda em um simples “porque sim, porque estou com vontade”. Em suma, corresponde a um capricho [...] a decisão arbitrária consiste em atos de força que não se fundam em nenhum critério prévio geral, mas que obedecem apenas a um capricho fortuito de quem tem o poder.

Os membros da sociedade têm a expectativa de que seus direitos sejam resolvidos de acordo com as normas jurídicas previstas. Em regimes totalitários, esta expectativa não existe, uma vez que a discricionariedade de quem está no poder é incontrolável. Isto ocorre quando não existem limitações aptas a conter os atos daquele que tem o poder decisório sobre o que e como fazer.<sup>49</sup> Hoje, tendo isto em vista, cada Poder que faz parte do quadro institucional do Estado deve constantemente recuperar a confiança dos seus cidadãos.

---

<sup>45</sup> TRUST IN GOVERNMENT. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/1c258f55-en/index.html?itemId=/content/publication/1c258f55-en>. Acesso em: 1 abr. 2022. A pesquisa teve como referência países que integram a OCDE. Foi registrado que o grau de confiança das pessoas, em 2020, variava de acordo com as instituições: 51% confiava no Governo Federal; 57%, no sistema judiciário; 68%, no sistema de educação; 71%, no sistema de saúde; e 78%, na polícia.

<sup>46</sup> AARNIO, 1987. p.3.

<sup>47</sup> SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. Mexico: Porrúa, 1995. p.217.

<sup>48</sup> Ibid. p.216. Tradução livre: “*El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general – aplicable a todos los casos análogos –, sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana; en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general [...] el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan en ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder [...]*”.

<sup>49</sup> SUSTEIN, 2018. p.21.

### 2.3 A LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para que se possa falar em legitimação da decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, dois conceitos precisam ser delineados: o de legitimação; e o de Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, propõe-se o exame da legitimação sob dois pontos de vista que se completam: o normativo (sob o viés psicológico) e o sociológico. Com relação ao aspecto normativo, a noção de legitimidade relaciona-se com a crença de que as autoridades são adequadas e justas. Cuida-se de um atributo que, uma vez possuído, leva aqueles vinculados a determinada autoridade a aceitarem voluntariamente as suas decisões. É evidente que algumas pessoas podem exercer influência sobre outras pelo fato de terem poder, o que significa terem a habilidade de moldar o comportamento humano por meio de ameaças/coerção ou mediante a promessa de premiações a fim de promoverem o comportamento desejado.<sup>50</sup>

Inclusive, as relações estabelecidas entre cidadãos e autoridades legais costumam ser categorizadas como relações de controle social (*deterrence model*). Seguindo este raciocínio, as pessoas moldam seu comportamento de acordo com os incentivos e penalidades que estejam associados ao ato regulado. Esta visão sugere que a conformidade dos cidadãos em relação a autoridades legais é instrumental. A obediência resulta do temor.<sup>51</sup> Cuida-se de um modelo que não opera com base em comunicação e que, além disto, dá licença para que as autoridades sejam responsáveis por avaliar a correção de seus próprios atos.<sup>52</sup>

Em sociedades democráticas, entretanto, o funcionamento de um sistema legal não tem o condão de regular o comportamento social apenas com base em sanções e premiações. Com base neste pensamento, alguns psicólogos sociais foram no sentido contrário da premissa estabelecida pelo “*deterrence model*” (modelo de controle) e ofereceram uma outra visão acerca da conformidade para com decisões de autoridades.

Tyler<sup>53</sup>, a título de exemplo, sugere uma base normativa para a conformidade ao invés de uma base instrumental. As respostas provenientes de uma base normativa são diferentes daquelas que resultam de premiações e punições. O sujeito que se conforma com determinada decisão por conta de razões normativas o faz porque sente-se internamente obrigado. Pesquisas

---

<sup>50</sup> TYLER, Tom R. Psychological perspectives on legitimacy and legitimation. **Annual Review of Psychology**, [s. l.], jul. 2005. p.376.

<sup>51</sup> Id. Psychology and the law. In: KELEMAN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (eds). **The oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.398.

<sup>52</sup> Id. **Why people obey the law**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 21.

<sup>53</sup> Id, 2005. p.379.

desenvolvidas no campo jurídico demonstram que, durante interações com juízes, as pessoas que os veem como autoridades legítimas são mais propensas a aceitarem suas decisões – o que confronta a tese de que as pessoas são mais propensas a aceitar decisões favoráveis aos seus interesses. Assim, neste âmbito, costuma-se associar a legitimidade de determinada autoridade à justiça dos procedimentos mediante os quais suas decisões são alcançadas.

É aquilo que Tyler e Lind<sup>54</sup> denominam “*procedural fairness*”, isto é, justiça processual:

Nesse contexto, a justiça processual cuida da forma pela qual as decisões são alcançadas, ao invés de se ocupar com a natureza dessas decisões ou com suas implicações para os resultados recebidos por diferentes pessoas. [...] o Direito dá muita atenção para a atividade e as implicações de seus processos decisórios, que é um foco compartilhado, por óbvio, com o trabalho sobre a psicologia da justiça processual. [...] Justiça processual significa para um psicólogo as reações individuais frente a normas e padrões que regem o processo social, assim como o direito processual significa para um advogado as regras que organizam e estruturam o processo decisório jurídico.

Uma coisa é falar sobre processos (sobre como decisões são formadas); outra, é falar sobre resultados (quais são as decisões). Para Tyler<sup>55</sup>, de acordo com uma perspectiva normativa, a justiça processual cuida de elementos que não estão necessariamente vinculados ao resultado esperado. Ele entende que, se as partes forem tratadas de forma razoavelmente justa pelo julgador – no sentido de que o juiz escute e considere os diferentes argumentos, seja neutro e apresente bons fundamentos para sua decisão –, haverá conformidade por parte delas, bem como sentimento de positividade para com a experiência, independentemente de a decisão ser favorável ou contrária aos seus interesses.

É refutada, portanto, a ideia de que a legitimidade das autoridades legais é aferida a partir da vantajosidade individual da decisão. Cuida-se de uma tese voltada aos procedimentos, não aos resultados. É claro que, se a legitimação da autoridade ficasse exclusivamente condicionada à concordância geral da população, seria impossível para as autoridades legais manterem seu *status* de legítimas. No entanto, conforme indicado, as atribuições de legitimidade estão mais

---

<sup>54</sup> TYLER, Tom R.; LIND, E. Allan. **The social psychology of procedural justice**. New York: Springer Science + Business Media, LLC, 1988. p.5-62. Tradução livre: “*In this context, procedural justice concerns the way that decisions are made rather than the nature of those decisions themselves or their implications for the outcomes received by different people. [...] the law devotes much attention to the operation and implications of its decision-making procedures, a focus shared, of course, by work on the psychology of procedural justice. [...] Procedural justice means to a psychologist the reactions of individuals to the norms and standards that govern social process, just as procedural law means to a lawyer the rules that order and structure the legal decision-making process [...]*”.

<sup>55</sup> Id.; 2006. p.6.

relacionadas à salvaguarda de um procedimento justo utilizado pela autoridade para alcançar a decisão ao invés de uma decisão favorável por si só.<sup>56</sup>

Seguindo pensamento análogo, Zelditch<sup>57</sup> explica que a legitimação é um processo que torna aquilo que aparentemente é inaceitável em aceitável, por conta de sua conformidade em relação a certas normas, valores, crenças, práticas e procedimentos.

O aspecto normativo pode envolver elementos de legitimidade e moralidade. Porém, a noção de legitimidade não se confunde com a visão de cada indivíduo sobre a moralidade de determinado comando autoritativo. Meares<sup>58</sup> salienta que:

Enquanto mais legitimidade representa mais conformidade, independentemente de essa conformidade ser ou não do interesse pessoal de um indivíduo, a noção pessoal de moral de cada um pode estar ou não de acordo com certos comandos autoritativos. Apesar de a legitimidade não ser tão importante para a conformidade quanto a moralidade, pesquisas empíricas demonstram que a legitimidade importa mais para a conformidade do que mecanismos instrumentais, tais como sanções impostas por autoridades.

Ao contrário da legitimidade, o uso da moralidade como parâmetro balizador de aquiescência do comando autoritativo pode trazer consigo vantagens e desvantagens. Por um lado, a moralidade de um indivíduo pode estar de acordo com as práticas de certa autoridade, o que ajuda a promover conformidade; por outro, todavia, pode ser que a moralidade vá no sentido contrário daquilo que está sendo ordenado pela autoridade, o que poderia resultar em conflito.

Em síntese, contanto que as autoridades sejam vistas como legítimas, sua legitimidade pode influir diretamente na aceitabilidade de suas decisões perante a sociedade.<sup>59</sup> A crença na legitimidade tende a promover a estabilidade e a efetividade da autoridade.

É necessário, ainda, analisar a legitimidade sob um ângulo sociológico. Adota-se neste trabalho, o conceito sociológico de legitimação proposto por Zippelius<sup>60</sup>, segundo o qual a legitimação assume o sentido de descobrir-se por quais razões uma comunidade jurídica aceita

<sup>56</sup> TYLER; LIND, 2008. p.718.

<sup>57</sup> ZELDITCH, Morris. Process of legitimation: recent developments and new directions. **Social Psychology Quarterly**, v. 64, n. 1, [s. l.], Mar. 2001. p.9.

<sup>58</sup> MEARES, Tracey L. Norms, legitimacy and law enforcement, [s. l.], **Oregon Law Review**, v. 79, 2000. p.9-10). Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4687/Norms\\_Legitimacy\\_and\\_Law\\_Enforcement.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4687/Norms_Legitimacy_and_Law_Enforcement.pdf?sequence=2). Acesso em: 1 abr. 2022. Tradução livre: “*While greater legitimacy translates into more compliance whether or not compliance is in the personal interest of an individual, one’s personal moral schedule may or may not be in line with authoritative dictates. While legitimacy is not as important to compliance as is morality, there is empirical work demonstrating that legitimacy matters more to compliance than instrumental factor, such as sanctions imposed by authorities [...]*”.

<sup>59</sup> MEARES, 2000. p.11 [eletrônico].

<sup>60</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.151.

e aprova, de fato, uma ordem estatal. Trata-se, de “[...] um verdadeiro mecanismo de motivação, isto é, da aceitação fáctica de uma ordem jurídica e política, fundamentadora do domínio”. Ainda, conforme Zippelius<sup>61</sup>:

Exigem-se, antes do mais, mecanismos institucionais e processuais, para uma maior aproximação possível a um resultado que seja, pelo seu conteúdo, susceptível de consenso por uma maioria tão ampla quanto possível. Uma importante regra do jogo reside, neste caso, em manter aberto o processo de formação da opinião pública. [...] Para a racionalidade das decisões e a respectiva susceptibilidade de controlo contribuem ainda os deveres e costumes de motivação, tal como existem sobretudo nas leis, decisões judiciais e actos administrativos.

Por si só, a autoridade não é um fundamento suficiente de legitimidade. Com amparo no raciocínio proposto, autoridade e autoridade legítima representam noções distintas. Decorre, logicamente, a constatação de que nem toda autoridade é legítima. A título ilustrativo: o prisioneiro de um campo de concentração que segue estritamente as ordens dadas pelo guarda nazista o faz apenas por conta do medo de ser enviado para uma câmara de gás. Mesmo neste cenário, os comandos são encarados pelo prisioneiro como cogentes, isto é, autoritativos. É, contudo, a fonte da ordem – não o seu conteúdo – que leva o prisioneiro a aceitá-la e obedecê-la.<sup>62</sup> A mera reivindicação pela autoridade, ainda que amparada por força bruta, não faz florescer um modelo legítimo.<sup>63</sup> Um sequestrador, por exemplo, pode exercer absoluto controle contra a vítima subjugada por ele, mas isto não significa que tem autoridade legítima sobre ela.

O problema é que o uso da autoridade como único recurso persuasivo reduz o conteúdo material da decisão a uma posição de menor importância.<sup>64</sup> Torna-se difícil questionar a correção da decisão, visto que ela é suscetível ao emprego de recursos falaciosos e que, para além disso, a autoridade pode se valer de medidas coercitivas para que o cumprimento de seu comando seja assegurado. O “quem” torna-se mais importante do que “o que”. Destarte, Walton<sup>65</sup> relata que “os apelos à autoridade como fonte de argumentos têm sido objeto de desconfiança na ciência porque tais apelos são intrinsecamente subjetivos”.

Entretanto, o “quem” decidiu – quando inserido em um quadro democrático de processo – é o que menos importa. Por outro lado, como decidiu-se e o que foi decidido são equivalentemente importantes. O exercício do poder só constitui um exercício legítimo de autoridade desde que busque garantir a complacência do indivíduo subjogado à autoridade.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> ZIPPELIUS, 1997, p.153-154.

<sup>62</sup> SCHAUER, 2009. p.67.

<sup>63</sup> WELLMAN, 2010. p.561.

<sup>64</sup> AARNIO, 1987. p.6

<sup>65</sup> WALTON, 2012. p.248.

<sup>66</sup> RAZ, 1986. p.23.

Assim, Zippelius<sup>67</sup> argumenta que “[...] o problema da legitimação também conduz na sociedade aberta a questões de conteúdo. Mais ainda, os procedimentos estão à partida ao serviço da função de conduzirem a decisões substancialmente justas”.

Afinal, como essa legitimidade – no que diz respeito aos atos decisórios de juízes – pode ser, concretamente, alcançada? A indagação é de absoluta relevância, pois conforme vaticinava Cappelletti<sup>68</sup>, “[...] até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática”. Sarlet<sup>69</sup> expõe que a resposta para este questionamento encontra-se nos fundamentos nos quais se assenta o Estado Democrático de Direito. Desde logo, convém definir, em linhas gerais, quais são esses fundamentos: a supremacia do Direito, a garantia da autonomia e liberdade individuais e a limitação jurídica do poder.

Como refere Dinamarco<sup>70</sup>, em sociedades ocidentais contemporâneas, os juízes corporificam o Estado e representam-no ao exercerem a jurisdição. Para o autor, “a ampla independência funcional do juiz deixa-o livre para tomar suas próprias decisões, sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos [...]”.<sup>71</sup> Sob este prisma, a jurisdição é uma manifestação de poder.<sup>72</sup> E, conseqüentemente, a decisão judicial é um ato de poder, em nome do Estado.<sup>73</sup> Entretanto, para Ferraz Jr.<sup>74</sup> em um Estado Democrático de Direito, o poder deve ser considerado como uma “[...] espécie de arbítrio castrado esvaziado da brutalidade da força, um exercício de controle que deve se confundir com a obediência e conformidade às leis”.

O Poder Constituinte instituiu, logo no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, um Estado Democrático de Direito:

---

<sup>67</sup> ZIPPELIUS, 2012. p.128.

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.94.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p.279.

<sup>70</sup> DINAMARCO, 2004a. p.328.

<sup>71</sup> Ibid. p.243.

<sup>72</sup> BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2016a. v. 2. p.158.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle. **Comentários ao código de processo civil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.681.

<sup>74</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 313.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>75</sup>

Nas palavras de Carvalho<sup>76</sup>, “cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, devido à sua hierarquia e pelo próprio efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional”. Trata-se de um enunciado cujo conteúdo material e axiológico se irradia por toda a ordem jurídico-normativa brasileira.

A concretização do Estado Democrático de Direito não depende apenas da combinação formal dos termos Estado Democrático e Estado de Direito. Há que se atentar para o resultado material dessa junção. Por certo, o adjetivo “democrático” qualifica o Estado, o que acaba por propagar os valores democráticos sobre os seus demais elementos constitutivos. Consequentemente, os efeitos também são refletidos na ordem jurídica. Com isto, o Direito é impactado por tais valores, circunstância esta que demanda que o funcionamento do sistema jurídico se ajuste ao interesse coletivo.<sup>77/78</sup> Não há, assim, contraposição entre sociedade e Estado, pois este é formado por aquela e deve buscar promover os valores que ela aponta.<sup>79</sup> Ela assume um papel central de origem e fundamento do poder. Deste modo, sob a perspectiva jurídico-democrática, a legitimidade passa a ser entendida como a conformidade da atuação do Estado à vontade do povo.<sup>80</sup>

As condições básicas para a estruturação de um Estado de Direito são as mesmas necessárias para o desenvolvimento de uma vida digna e livre: é primordial que o Direito seja conhecido, compreendido, estável, igualitário, prospectivo e efetivo. Devem ser estabelecidas as condições necessárias para que o indivíduo tenha plena capacidade de viver o presente com

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao>. Acesso em: 12 abr. 2022.

<sup>76</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, p-295-312, jan-jun. 2010. p.10. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?...> Acesso em: 18 abr. 2022.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.121.

<sup>78</sup> Conforme preconiza Virgílio Afonso da Silva, o exame conceitual de Estado Democrático de Direito costuma perpassar digressões históricas sobre sua evolução, contemplando possíveis qualificações adicionais ao termo “Estado”, tais como liberal, social, entre outros. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p.87). Apesar de importantes, tais tópicos não serão objeto de exame no presente estudo, pelo fato de se distanciarem do escopo investigativo proposto.

<sup>79</sup> BARROSO, 2009. p.69.

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, 2005. p.93.

dignidade e planejar o futuro com segurança. Nas palavras de Ávila<sup>81</sup> “ser de fato, e não apenas verbalmente, tratado como um sujeito e um fim em si mesmo”. Por melhores que possam parecer, os fins buscados pelo Estado não justificam a utilização de todo e qualquer meio para a sua consecução – fato que reconduz à vedação de arbitrariedade.<sup>82</sup>

Não basta que o Direito seja igual apenas em seu conteúdo; exige-se, também, que seja assim na sua aplicação. No entender de Ávila<sup>83</sup>, a jurisdição deve ser exercida com isenção, imparcialidade e objetividade pelo julgador. É por essa razão, que são estabelecidas garantias como o devido processo legal, por exemplo. Para Sustain<sup>84</sup>, um outro aspecto importante é que exista convergência entre o Direito nos textos (*law in the books*) e o Direito na vida real (*law in the world*). Caso o Direito não opere na vida real da mesma forma que está descrito nos textos normativos, o Estado de Direito está comprometido. Havendo distanciamento entre o Direito dos textos e o Direito real, a clareza, a cognoscibilidade e a previsibilidade estão sacrificadas.

O elemento democrático passa a integrar o mundo normativo pelo fato de que os cidadãos participam, mediante seus representantes ou de forma direta, da conformação da ordem jurídica que passará a limitar o exercício futuro de sua liberdade. Levando isto em conta, é preciso que o comando normativo seja editado antes da ação do indivíduo, de modo a definir, previamente, o conteúdo de eventual restrição a seus direitos.<sup>85</sup>

Forma-se, com isto, um modelo de organização social que absorve para o mundo do Direito uma concepção política (democrática) que a transforma em disposições que visam construir um quadro institucional em que o poder das autoridades seja controlado. A partir do respeito de algumas condições básicas da sociedade civil, pode-se cogitar na formação de uma relação legítima entre Estado-cidadão.

A propósito, conforme evidencia Dallari<sup>86</sup>, é possível identificar duas grandes tendências na reconstrução do poder com base nos dois novos parâmetros do mundo contemporâneo: a racionalização do governo e o seu fortalecimento democrático. Com o primeiro parâmetro, não se pretende robotizar a atividade estatal, no sentido de que ela seja exercida de forma livre de imprevistos e de opções inesperadas. Busca-se, na verdade, aproveitar os recursos da comunicação e organização, para que as autoridades possam tomar

---

<sup>81</sup> ÁVILA, 2021. p.21.

<sup>82</sup> MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021. p.289.

<sup>83</sup> ÁVILA, op. cit. p.18.

<sup>84</sup> SUSTEIN, 2018. p.121.

<sup>85</sup> ÁVILA, op. cit. p. 23.

<sup>86</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 213.

melhores decisões. O segundo parâmetro visa permitir a participação dos indivíduos na relação de poder, sendo assegurado o direito de serem ouvidos.

É ensinado por Barroso<sup>87</sup> que o fundamento do Estado Democrático de Direito tem sua gênese na união de dois fenômenos diferentes: constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo (também chamado de Estado de Direito ou *Rule of Law*) traduz-se na limitação do poder e na supremacia da lei; por seu turno, a democracia consiste em soberania popular e governo da maioria. Ambos os fenômenos se complementam e apontam para a direção da justiça, da segurança e do bem-estar social. A institucionalização do Estado Democrático de Direito funda-se, assim, na soberania popular e na limitação do poder. Isso envolve a salvaguarda de direitos fundamentais, bem como a elaboração de mecanismos capazes de promover a boa administração pública, com racionalidade e transparência nos procedimentos de tomada de decisão.<sup>88</sup>

Sarlet<sup>89</sup> entende que cabe ao poder público, ainda, o dever de boa-fé na relação com os particulares, o respeito pela confiança depositada nele pelos indivíduos e a defesa contra práticas sociais retroativas. Na formatação do Estado Democrático de Direito, prepondera o entendimento de que o poder – tanto no momento de sua formação quanto em sua execução – depende de legitimação. Esta precisa ser reconduzida a uma justificação democrática do poder, bem como a um exercício democrático das formas de manifestação deste. Neste sentido, o autor ainda avalia que:

[...] o princípio democrático, na condição de princípio normativo estruturante, apresenta uma dimensão material e uma dimensão organizatória e procedimental que se conjugam, complementam e retroalimentam assegurando uma legitimidade simultaneamente procedimental e substancial da ordem jurídico-política estatal.<sup>90</sup>

Ao contrário, não há falar em controle do exercício do poder em um cenário institucional em que prevalece um modelo autoritário de Estado. Em um enquadramento jurídico-político no qual quem detém o poder não tem o dever de prestar contas sobre seus atos à sociedade, referido

<sup>87</sup> BARROSO, 2009. p.245. O autor complementa: A aproximação desses fenômenos (constitucionalismo e democracia) pode ser apresentada sob diferentes denominações: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional, Estado Constitucional Democrático, entre outros. Entretanto, “entende-se que seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”. Para fins de clareza terminológica, optou-se por adotar o termo Estado Democrático de Direito.

<sup>88</sup> Ibid. p. 90-91.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n.21, mar/abr/maio 2010. p.25. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 24 abr. 2022.

<sup>90</sup> Id., 2021. p.272.

poder é incompatível com a qualificação democrática que é agregada ao Estado de Direito, que se caracteriza por ser uma forma de Estado que se justifica.<sup>91</sup>

Na atual organização do Estado no mundo ocidental, prevalece a divisão harmônica do poder em três esferas: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Seus respectivos atos de vontade são, em linhas gerais, a lei, o decreto e a sentença ou o acórdão. A harmonia é perseguida por meio de um sistema de freios e contrapesos, que garante que um não domine o outro e nem que haja entre eles usurpação de atribuições. O oposto disto, que é a desarmonia, ocorre quando são acrescidas atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.<sup>92</sup>

É evidente que os três poderes devem justificar seus atos perante a sociedade. Isto significa que os detentores dos poderes, nas figuras do legislador, do governante e do julgador precisam prestar esclarecimentos sobre seus atos. A justificação do ato, todavia, segue parâmetros distintos a depender do Poder que ora está em análise. Isto se deve a diferentes fatores, que explicitam o porquê de o juiz ter um esforço justificativo mais ressaltado que o do governante e o do legislador.

O primeiro fator é que o Estado, como um todo, vive em Direito. No entanto, certos órgãos estão muito mais próximos do Direito do que outros. Para eles, o exercício normativo constitui sua atividade principal. Logo, “há órgãos públicos que vivem não só em direito, ou pelo direito, mas para o direito. O seu fim específico é servir ou assegurar a realização da ordem normativa”.<sup>93</sup> Sendo que para Osna<sup>94</sup>, o Poder Judiciário, na figura do Estado-juiz, é o órgão que juridicamente encarna os interesses públicos. Isto quer dizer que não é o ente estatal que redige as decisões; sua atuação em juízo é materializada por meio de um cidadão investido da função jurisdicional.

Tanto o legislador quanto o governante podem se omitir da decisão. Entretanto, diversamente da decisão legislativa ou da administrativa – as quais, em certas circunstâncias, não precisam ser tomadas –, a decisão do juiz é uma imposição do sistema jurídico. Para o magistrado, a “não decisão” não é uma opção.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**: filosofia, história, direito e de como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p.233.

<sup>92</sup> SILVA, 2015. p.113.

<sup>93</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p.491.

<sup>94</sup> OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.70.

<sup>95</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.34.

Segundo Sustain<sup>96</sup>, o trabalho do juiz consiste em decidir controvérsias concretas envolvendo determinadas pessoas e determinados fatos. Mesmo ante a ausência de elementos suficientes para o seu convencimento, o julgador não pode se abster de decidir. É proibido o juízo “*non liquet*”. Inclusive, a Constituição prevê, em seu art. 5º, inciso XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, ao declarar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Neste mesmo sentido, é atestado por Aarnio<sup>97</sup> que “como um contrapeso ao seu poder decisório, o juiz tem a obrigação de decidir todos os casos que são levados até a corte. O julgador deve proferir uma decisão, mesmo que não tenha clareza sobre o apropriado conteúdo da lei”.

O segundo fator diz respeito à independência do Poder Judiciário. Tal independência ampara-se no fato de que, enquanto o Executivo e o Legislativo controlam-se mutuamente e, também, são controlados diretamente pela população por meio das eleições, o Judiciário não sofre controle externo de nenhum dos outros Poderes.<sup>98</sup> Suas decisões não controladas por nenhuma outra instância, exceto pela lei e pela constituição. Ademais, uma das ideias subjacentes ao Estado Democrático de Direito diz respeito ao controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo.<sup>99</sup>

A jurisdição, em suma, é controlada somente por ela mesmo. Aos órgãos jurisdicionais é conferida a missão de promover a tutela dos direitos, que tem interferência direta na liberdade humana. É fundamental, que o Judiciário seja cercado de garantias constitucionais que lhe garantam independência.<sup>100</sup> A manutenção de um Poder Judiciário forte e independente é um mecanismo de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.<sup>101</sup>

Esta independência da judicatura não resulta de decorrência lógica da divisão de poderes. Resulta, na verdade, da necessidade de que certas finalidades socialmente perseguidas sejam concretizadas.<sup>102</sup> Segundo o ensinamento de Mitidiero<sup>103</sup>, promove-se, assim, a objetividade do Direito, isto é, “o controle intersubjetivo na sua interpretação e aplicação,

<sup>96</sup> SUSTEIN, 2018. p.3.

<sup>97</sup> AARNIO 2008. p.1. Tradução livre: “*as a counterweight to his decision-making power, the judge has the obligation to decide all cases that are brought to the court. The judge must make a decision, even if he is not aware of the proper content of the law*”.

<sup>98</sup> SILVA, 2021. p.495.

<sup>99</sup> CAMPILONGO, 2011. p.41.

<sup>100</sup> SILVA, 2015. p. 595.

<sup>101</sup> BARROSO, 2015. p.28 [eletrônico].

<sup>102</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, Dossiê Judiciário n. 21, mar/abr/maio 1994. p.9. Disponível em: <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/curriculo>. Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>103</sup> MITIDIERO, Daniel. Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.29.

evitando-se interferências institucionais e pessoais na decisão judicial”. Além disto, Grau<sup>104</sup> salienta que “ninguém negará que os juízes hão de ser independentes, mas — nas democracias — nos termos e no quadro da Constituição e das leis, garantindo a sua aplicação. Não podem, em hipótese nenhuma, ir além”.

O terceiro fator é que, principalmente nos sistemas de *Civil Law*, ao contrário do que acontece com os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a investidura dos membros do Poder Judiciário não advém da fonte primária da democracia, que é o povo. Seu processo de legitimação não é fruto de eleições. O empossamento ocorre, via de regra, mediante a análise de critérios técnicos, que dispensam a participação popular. Sendo assim, a atividade desempenhada pelo julgador inserido em um Estado Democrático de Direito poderá sempre ser confrontado com o argumento da ausência de justo título democrático.<sup>105</sup>

É advertido por Sustain<sup>106</sup> que “cortes são formadas por seres humanos falíveis, que carecem de um forte pedigree democrático [...]”. Em sentido semelhante, Conte<sup>107</sup> fala que, em comparação aos outros dois Poderes, o Judiciário é o que tem o maior déficit de legitimidade. Em razão disso, a fundamentação “[...] é inestimável fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional”.

O Judiciário não recebe legitimidade *a priori* da sociedade. Por isto, ela deve ser alcançada *a posteriori*. Por meio do voto, o indivíduo controla, previamente, os atos do legislador e do governante. O juiz, por sua vez, presta conta de seus atos com a elaboração de decisão devidamente fundamentada. Sua legitimidade democrática é atuacional, ou seja, é conquistada a cada decisão.<sup>108</sup> Vale recordar as palavras de Câmara<sup>109</sup>:

O que se quer dizer com isso é que, enquanto administrador público e legislador são legitimados previamente, e com base nessa legitimidade, conquistada pelo voto, exercem suas funções, o juiz não recebe sua legitimidade previamente por escolha da sociedade. Daí a necessidade de que o juiz se legitime ato a ato. Cada decisão que um juiz ou um tribunal profere precisa ser constitucionalmente legitimada. [...] Os fundamentos da decisão, portanto, são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais.

<sup>104</sup> GRAU, Eros Roberto. Estado de juízes: aquele jardim, no inferno. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 73-80, 2017. p.73. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68742>. Acesso em: 22 abr. 2021.

<sup>105</sup> BARROSO, 2009. p.285.

<sup>106</sup> SUSTEIN, 2018. p.6. Tradução livre: “*courts consist of fallible human beings, who lack a strong democratic pedigree [...]*”.

<sup>107</sup> CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.228.

<sup>108</sup> NASCIMENTO, 2021. p.235.

<sup>109</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2021. p.282.

Da mesma forma, Ferrajoli<sup>110</sup> explica que esta configuração de legitimidade não guarda relação com as noções de representações popular, típicas da política. Não é oriunda, portanto, da vontade da maioria. Seu fundamento apoia-se na proteção e na promoção dos direitos fundamentais. Para ele, “a jurisdição já não é apenas a simples sujeição do juiz à lei, mas também, uma análise crítica de seu significado como forma de controlar sua legitimidade constitucional”. Cabe ao julgador assegurar as garantias do devido processo legal.

Na concepção moderna de Estado, a ideia de democracia não é reduzida à prerrogativa popular de eleger, por meio de votação, representantes. É dizer: a democracia não se limita ao princípio majoritário. No contexto da democracia deliberativa, o que confere racionalidade e legitimidade às decisões estatais é o respeito aos direitos fundamentais e a concretização de um ambiente institucional em que vigora o livre debate de ideias.<sup>111</sup> Vale a máxima de que, no atual arranjo institucional, “o exercício do poder e da autoridade é legitimado por votos e argumentos”.<sup>112</sup>

Com pensamento análogo, Alexy<sup>113</sup> fala em uma representação argumentativa. De acordo com a sua proposta, cabe ao parlamento representar o cidadão politicamente, ao passo que cabe ao tribunal constitucional representá-lo argumentativamente. Esta representação “[...] dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isto é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas [...]”. Apesar de o autor fazer menção específica ao tribunal constitucional, entende-se que sua ideia admite plasticidade, de maneira a alcançar, também, as atividades desempenhadas por outras cortes.

É importante, também, destacar as considerações de Cappelletti<sup>114</sup>. Segundo o autor, a atividade desempenhada pelos tribunais está sujeita a uma fiscalização pública contínua, visto que seus pronunciamentos se dão por escrito e são apresentados perante a comunidade jurídica. Assim, as cortes objetivam expor abertamente ao público as razões das suas decisões, de forma a assegurar que essas não resultam de capricho ou predileções subjetivas dos juízes.

---

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta Editorial, 2009. p.27 e 68, Tradução livre: *la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional*”.

<sup>111</sup> BARROSO, 2009. p.90.

<sup>112</sup> Id. 2015. p.39.

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.217, p.55-66, jul/set, 1999. p.66. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>114</sup> CAPPELLETTI, 1999. p.98.

Ainda sobre a legitimação democrática, um interessante argumento colacionado por Barroso<sup>115</sup> é que, paradoxalmente, embora os juízes não sejam agente públicos selecionados por eleição, a sua investidura no cargo por concurso público produz um efeito democratizador. Entende-se, portanto, que pessoas advindas de diferentes origens sociais e regiões podem ingressar na magistratura.

O quarto fator é que a comunicação entre os órgãos judiciais e a sociedade é viabilizada pela fundamentação. Para que seja concretizado, o Direito depende de processos discursivos e institucionais claros e operacionais. A partir de enunciados hipotéticos (lei, Constituição, etc.), narrativas são construídas: as partes narram fatos ao juiz; as mesmas são por ele analisadas; no fim do processo, o juiz desenvolve sua própria narrativa, com base em tudo que foi debatido. Cuida-se de uma constante comunicação, a qual caracteriza a dialeticidade constitutiva do processo.

Por esta razão, Barroso<sup>116</sup> aponta que “o mundo do Direito é o mundo da linguagem, falada e escrita. Nós vivemos das palavras: são elas as nossas armas para persuadir, conquistar, vencer”. No entanto, para Zippelius<sup>117</sup>, o discurso jurídico trabalha com argumentos. O autor considera que “as decisões têm de ser tomadas, após uma livre troca de argumentos, de uma maneira fundamentada, racionalmente estruturada e, desse modo, de maneira controlável”.

Frente a este contexto, “a beleza estética da linguagem, conquanto louvável, desde que não obscura, não supre a necessidade de processos discursivos e institucionais indispensáveis à efetividade do Direito”.<sup>118</sup> A fundamentação não é uma simples técnica verbal veiculada por meio de um discurso, em que se pode escrever o que bem entender e como entender.

Fazendo um paralelo, a produção legislativa é, em certa medida, explicada para as pessoas por meio de debates legislativos e coletas de informações que a antecedem; mais explicações podem ser dadas em campanhas subsequentes de reeleição. Para o juiz, contudo, a única explicação possível é a fundamentação de seu pronunciamento, que busca assegurar a sua aceitabilidade perante a população.<sup>119</sup>

Além disso, os legisladores não são obrigados a publicizar o seu raciocínio, isto é, não precisam justificar suas deliberações. As razões que culminam na edição de certa lei

<sup>115</sup> BARROSO, 2015. p.40 [eletrônico].

<sup>116</sup> Id. **O direito, as emoções e as palavras**. Jurisdição Constitucional e Debates Públicos. 2007. p.4. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

<sup>117</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do método jurídico**. Trad. António Franco e António Francisco de Souza. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.42.

<sup>118</sup> ÁVILA, 2014. p.176.

<sup>119</sup> LEFLAR, Robert A. Some observations concerning judicial opinions. **Columbia Law Review**, [s. l.], v. 61. 1961. p.811.

permanecem alheias ao documento legislativo. Os juízes, por sua vez, têm que tornar público o raciocínio interpretativo e argumentativo que o levou a decidir, sendo juridicamente inválida uma decisão carente de fundamentação.<sup>120</sup>

O quinto e último fator diz respeito às atividades interpretativas e argumentativas que são desempenhadas pelos julgadores. Conforme Campilongo<sup>121</sup>, o espaço de criatividade, interpretação e discricionariedade que os textos normativos transferem ao juiz é muito significativo. Nestes termos, cabe ao juiz escolher entre diferentes alternativas de interpretação dos textos. De acordo com Aarnio<sup>122</sup>, não é suficiente, contudo, que a alternativa seja escolhida e a conclusão do julgamento anunciada. Uma justificativa deve ser dada. Assim, para Hoffmann Júnior e Jobim<sup>123</sup>, “mais que dizer por que uma norma jurídica incide, é necessário implementar-se um discurso racional e argumentativo que logre demonstrar, sistematicamente, a razoabilidade de determinada conclusão exegética”.

Dado que o juiz trabalha com uma ampla base a partir da qual elabora argumentos em favor dos significados que atribui às disposições, ele tem uma função justificatória muito clara no sentido de justificar tais significados.<sup>124</sup> Em relação aos esclarecimentos de Barroso<sup>125</sup>, o Judiciário também atua de forma prospectiva diante da ausência de manifestação expressa do legislador, por meio de construções jurídicas argumentativas. Inclusive, em muitas situações – como em relação à dignidade da pessoa humana – o próprio legislador ou o constituinte transfere a decisão final ao juízo valorativo do juiz, tornando menos nítida a distinção entre o Direito e a política.<sup>126</sup> Porto e Schenk<sup>127</sup> concluem que a solução judicial é construída de forma lógico-argumentativa pelo magistrado. Isto posto, “a prolação da decisão, por parte do Poder Judiciário, deve sempre portar uma carga argumentativa capaz de legitimar-se”.

A fundamentação serve como instrumento de controle das operações interpretativas e argumentativas expostas no ato decisório. No Direito, mais especificamente no que diz respeito aos órgãos que detêm poderes decisórios, os limites institucionais da autoridade não são tão

<sup>120</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Trad. Adrian Sgarbi; Frederico Menezes Breyner; e, Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p.209.

<sup>121</sup> CAMPILONGO, 2011. p.103.

<sup>122</sup> AARNIO, 2008. p.1.

<sup>123</sup> HOFFMANN JÚNIOR, Lírio; JOBIM, Marco Félix. A justificação como elemento da sentença. **Revista de Processo**, v. 274, p. 99-157, dez. 2017. p.100.

<sup>124</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica da interpretação jurídica**: breviário para juristas. Trad. Daniel Mitidiero; Otávio Domit; Rafael Abreu; e, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.222.

<sup>125</sup> BARROSO, 2009. p.282.

<sup>126</sup> Id., 2015. p.31 [eletrônico].

<sup>127</sup> PORTO, José Roberto Sotero de Mello; SCHENK, Leonardo Faria. Motivação das decisões: notas sobre seu conteúdo, histórico e algumas contradições do CPC/15. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.19, n.1 p.193-213, 2018. p.201. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod\\_resource/content/1/humberto.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod_resource/content/1/humberto.pdf). Acesso em: 8 nov. 2021.

claros e, por isso, podem ser manipulados. Sem o aludido controle, a atividade jurisdicional transforma-se em simples exercício do poder, circunstância essa que pode fazer com que fundamentos estranhos ao Direito influenciem a decisão judicial.<sup>128</sup>

Para fins deste trabalho, defende-se que os limites da decisão são estabelecidos pelas fontes normativas do sistema, de tal modo que a decisão jurisdicional possa ser reconduzida à ordem jurídica. Contudo, isso não quer dizer que as decisões, ainda que se baseiem nessas fontes, dispensem a prestação de esclarecimentos. É preciso deixar claro que toda e qualquer decisão judicial que não seja fundamentada é uma decisão ilegítima e, por conseguinte, arbitrária.

Muitas das discussões sobre o que é uma decisão fundamentada partem do pressuposto de que o discurso argumentativo – por meio do qual a fundamentação é apresentada – deve conter uma estrutura intersubjetivamente controlável; para que se alcance isso, o discurso precisa ser estruturado de forma sistemática, coerente e de maneira que os métodos interpretativos e as estratégias argumentativas utilizados sejam claros. Só assim é que a decisão fica aberta a críticas.<sup>129</sup> É asseverado por Streck<sup>130</sup> que “o juiz deve controlar a sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública (doutrina, jurisprudência, lei e Constituição”.

De acordo com Aarnio<sup>131</sup>, a ideia central é que o raciocínio subjacente à conclusão da decisão seja aberto à inspeção pública. Alvim<sup>132</sup> salienta, “[...] o decisório de uma sentença não é um ponto a que se chega arbitrariamente: o caminho é racional”. No entanto, para Leal<sup>133</sup>, um juiz que não se explica transfere aos destinatários da decisão o ônus de identificação dos fatos e dos fundamentos jurídicos em que o pronunciamento judicial se sustenta.

A legitimação da decisão judicial, entretanto, não se dá apenas com a identificação e o controle do processo interpretativo e argumentativo por meio do qual a conclusão foi alcançada. O problema da legitimação também se submete a questões relacionadas ao conteúdo da decisão. Conforme já foi comentado, como se decidiu e o que foi decidido são equivalentemente

<sup>128</sup> MITIDIERO, 2019. p.35.

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n.29, p.181-204. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod\\_resource/content/...](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod_resource/content/...) Acesso em: 8 nov. 2021.

<sup>130</sup> STRECK, [s.d.]. p.683.

<sup>131</sup> AARNIO, 1987. p.13.

<sup>132</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?** rev. atual. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.225.

<sup>133</sup> LEAL, Fernando. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o supremo tribunal federal? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 205-236, jan/abr. 2020. p.210.

importantes. Assim, as decisões devem ser percebidas pela comunidade jurídica como aceitáveis também pelo seu conteúdo.

Ainda nesta perspectiva, é ensinado por Campilongo<sup>134</sup> que existem diferenças substanciais entre a comunicação jurídica e a política. Para ele, quando o legislador presta contas de suas opções ao eleitorado, suas justificativas são tecnicamente operacionalizadas pelo código governo-oposição. Os eventuais erros do legislador podem ser sancionados pela sua reprovação eleitoral. Por outro lado, o juiz encontra a consistência de seus atos jurisdicionais no ordenamento jurídico. É preciso que suas justificativas decorram de provas e argumentos avaliados segundo o Direito.

Se no romance “Os irmãos Karamazov”, de Dostoiévski, surge a indagação “se Deus não existe, é tudo permitido?”, pode-se afirmar que, no âmbito jurídico, sem a fundamentação tudo é permitido. Isto em função de a conclusão do ato decisório tornar-se incontestável, pelo fato de não se saber quais as razões em que ela se funda. Nestas circunstâncias, inexistente segurança jurídica. Vale registrar a advertência feita por Sarlet<sup>135</sup>, no sentido de que “com efeito, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vidas pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos [...] em simples instrumentos da vontade estatal”.

Ferraz Jr.<sup>136</sup> esclarece que “a justificação da resposta constitui a questão da sua legitimidade”. Na mesma medida em que a legitimidade empodera a autoridade, a regulação normativa é o preço que a autoridade tem que pagar para manter seu *status* de legítima.<sup>137</sup> É por meio de um raciocínio argumentativo que o juiz legitima o seu poder jurisdicional, de tal modo que a sua atuação, para além da resolução do caso concreto, acaba servindo para a conformação da própria ordem jurídica.<sup>138</sup>

A legitimação das decisões judiciais tem como base a justificação. Esta deve demonstrar à sociedade que os direitos fundamentais estão sendo respeitados para, assim, tentar alcançar um consenso mínimo. O Estado-juiz tem o dever de justificar seus atos, o que significa expor razões de Direito e de fato, uma vez que “[...] o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões por quem tem de servi-los”.<sup>139</sup> Não basta saber o que

<sup>134</sup> CAMPILONGO, 2011. p.105.

<sup>135</sup> SARLET, 2010. p.9 [eletrônico].

<sup>136</sup> FERRAZ JR., 1994. p.310.

<sup>137</sup> ZELDITCH, 2001. p.8.

<sup>138</sup> HOFFMANN JÚNIOR; JOBIM, 2017. p.106.

<sup>139</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.103.

foi decidido; é necessário, também, que se saiba por que se decidiu de determinada forma. Assim é o entendimento de Ávila<sup>140</sup> sobre a temática:

O que deve ficar claro é que não se pode tolerar, num Estado Democrático de Direito, uma “justificação” que, a pretexto de fundamentar uma interpretação, termine por encobri-la. Ora, fundamentar é justamente proporcionar acesso interpessoal às razões que motivaram determinada decisão de interpretação. Esse esclarecimento é possível de ser feito; e deve ser levado a cabo não só pelo Poder Judiciário, mas também pela doutrina. Fundamentar é, pois, como levar alguém para um passeio informando-lhe o ponto de partida e o de chegada, o veículo de transporte e as razões da viagem.

Nestes termos, o pronunciamento judicial deve ser amparado por razões que o justifiquem. A pergunta “Por que o juiz decidiu dessa forma?” precisa ser respondida. Esta é a base de um Estado Democrático de Direito.<sup>141</sup>

Com uma fundamentação adequada da decisão, mostra-se que o resultado do processo não advém da sorte ou de mero capricho de quem julga, revelando ser verdadeiramente justo.<sup>142</sup> Afinal, consoante lição de Canotilho<sup>143</sup> “[...] o próprio procedimento não é um fim em si mesmo, antes desempenha a tarefa de abrir o caminho para soluções intrinsecamente justas”. Um processo que se diga democrático precisa garantir àqueles que participam da relação processual mecanismos que atuem no íntimo do julgador no momento da decisão. Para que tais mecanismos sejam concretizados, o juiz precisa expor quais foram as razões que o levaram a decidir de certa forma ao invés de outra.<sup>144</sup>

Consequentemente, um sistema legal que funciona de forma adequada preza pela apresentação de boas razões no momento da decisão. Na ausência de fundamentação, não há como garantir se as decisões não são arbitrárias. Nestas circunstâncias, as pessoas não conseguem planejar, de forma digna, suas vidas.<sup>145</sup> É notável que a fundamentação carrega em si elementos nucleares de um Estado Democrático de Direito, haja vista que “[...] uma das

<sup>140</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan/fev/mar. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista...> Acesso em: 8 nov. 2021. p.31.

<sup>141</sup> Há que se fazer uma importante observação: a necessidade de fundamentação das decisões judiciais não é aplicada ao Tribunal do Júri. É assinalado por Aury Lopes Jr. que “o jurado decide sem qualquer motivação, impedindo o controle da racionalidade da decisão judicial. [...] A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.853).

<sup>142</sup> TUCCI, Rogério Cruz e. Artigos 485 ao 538. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; e, MITIDIERO, Daniel (Coord). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8. p.105.

<sup>143</sup> CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p.115.

<sup>144</sup> HOFFMANN JÚNIOR; JOBIM, 2017. p.17.

<sup>145</sup> SUSTEIN, 2018. p.155.

características essenciais do exercício do poder em um Estado Democrático de Direito é a controlabilidade dos atos de poder”.<sup>146</sup> Por meio dela, evita-se a produção de um discurso superficial e vazio.

Diante do que foi apresentado, percebe-se que a combinação entre legitimação normativa (viés psicológico) e a legitimação sociológica culmina na formação de uma legitimação discursiva. Em um Estado que se funda em uma legitimação discursiva, os atos jurisdicionais precisam ser produzidos por meio de debate público aberto e transparente. Ao final, para que se alcance a conclusão da decisão, devem ser fornecidas razões subjacentes às opções interpretativas que foram feitas. Isto posto, a legitimação discursiva é projeto de institucionalização da razão e da correção das decisões.<sup>147</sup>

A legitimação, nestes termos, é muito mais do que identificar um artigo de lei para justificar a decisão. O enunciado abstrato do texto acaba sendo produto da sua interação com a realidade, com os fatos subjacentes à sua concretização.<sup>148</sup> Desta forma, a autoridade não leva obrigatoriamente a uma adesão cega à determinada decisão nem à abdicação da razão. A justificação de uma decisão – o que significa apresentar razões – é a forma pela qual o ato decisório jurisdicional se legitima. Tanto a racionalidade quanto a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados dependem de adequada fundamentação.<sup>149</sup> Portanto, o que se pretende demonstrar é que a legitimação da decisão judicial recai sobre a argumentação que será apresentada.

Sintetizando as explicações feitas, procurou-se expor neste capítulo que a legitimação da decisão judicial é alcançada por meio da apresentação de razões. Não há espaço para decisionismo. Mas, afinal: Qual é a natureza destas razões? Elas podem ser controladas? Se sim, como?

---

<sup>146</sup> CÂMARA, 2021. p.83.

<sup>147</sup> BARROSO, 2015. p.40 [eletrônico].

<sup>148</sup> Ibid. p.32.

<sup>149</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. rev. atual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.460.

### 3 A NATUREZA JUSTIFICATIVA DA FUNDAMENTAÇÃO

*“Desde que os envolvidos estejam debatendo, se persuadindo e então avaliando e aceitando ou rejeitando os argumentos – em contraste com, digamos, subornando ou ameaçando uns aos outros para formular palavras vazias –, já será tarde para fazer perguntas sobre o valor da razão”.*

(PINKER, 2022).

#### 3.1 DO RACIOCÍNIO DECISÓRIO AO RACIOCÍNIO JUSTIFICATIVO

Atualmente, a exigência de fundamentação segue o modelo da persuasão racional. Isto quer dizer que as decisões judiciais devem ser tomadas com base nas provas produzidas no processo, bem como nas regras jurídicas existentes. Ao tomar a decisão, cabe ao juiz justificar as razões que o levaram à determinada interpretação de dispositivos e à valoração das provas.<sup>150</sup>

Um discurso justificativo é racionalmente construído, o que nem sempre foi claro para a Teoria do Direito. Em sentido oposto à ideia de que a fundamentação da decisão judicial é um discurso racional e intersubjetivamente controlável está o “decisionismo”; este corresponde à negação da racionalidade do ato decisório. Em outras palavras, é a premissa de que as decisões judiciais não podem ser intersubjetivamente controladas.<sup>151</sup>

Por algum tempo, sustentou-se que o decisionismo era algo insuperável no campo jurídico. Tal crença foi levada adiante, principalmente, pelos adeptos do realismo jurídico norte-americano, movimento responsável por propagar a ideia de que os argumentos apresentados pelos juízes em suas decisões não retratavam os reais motivos que os levaram a decidir de determinada maneira. Seguindo esta vertente de pensamento, os juízes nunca aplicam um Direito pré-existente;<sup>152</sup> o subjetivismo torna-se absoluto e o Direito só surge, de fato, com a decisão do julgador.<sup>153</sup>

Este movimento intelectual foi concebido nos Estados Unidos por um grupo de professores e advogados entre as décadas de 1920 e 1930. Os estudiosos do “realismo” propunham uma visão – com o perdão da redundância – realista sobre como juízes decidem casos. Para eles, a grande pergunta a ser respondida era esta: E se fatores alheios à legislação e à doutrina fossem decisivos em uma decisão jurisdicional? O que realmente acontecia, segundo

<sup>150</sup> VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p.163.

<sup>151</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.22.

<sup>152</sup> LAMEGO, José. **Elementos de metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2018. p.94.

<sup>153</sup> ASCENSÃO, 1977. p.499.

os realistas, era que os juízes decidiam os casos de acordo com a forma pela qual os fatos os tocavam, sendo indiferente o que as normas legais prescreviam.<sup>154</sup>

O que importa não era a realidade sonhada ou ideal do Direito, mas sim, aquela que é declarada pela corte ao analisar o caso concreto. Tendo em vista que “todo direito efetivo é direito elaborado pelo Poder Judiciário”.<sup>155</sup> Para que se saiba, realmente, o que é o Direito, os realistas entendiam ser necessário averiguar de perto a conduta dos juízes, visto que o Direito real não era aquele que consta das normas. O Direito “real”, ao contrário, “[...] é aquele que os juízes efetivamente fazem, independentemente do que expõem em suas sentenças”.<sup>156</sup> Não haveria, assim, um nexo de correspondência entre as disposições normativas em que o julgador baseou sua decisão e as reais razões que o motivaram. Um traço marcante do movimento é “a acentuação particularmente forte dos componentes psicológicos e irracionais de que se sublinhavam a presença na “real natureza” da decisão”.<sup>157</sup>

Por esta perspectiva, ao invés de primeiro analisar o texto normativo e depois decidir, primeiro decide-se e somente na sequência consulta-se a lei para fundamentar o pronunciamento. Alguns realistas (como Jerome Frank e Joseph Hutcheson) sustentavam que, tal como um advogado – que tem como ponto de chegada um posicionamento favorável para seu cliente e a partir disto direciona seus argumentos em um mesmo sentido –, o juiz, desde o primeiro contato com o caso, já o decide; só depois disso é que busca os fundamentos legais para tanto.<sup>158</sup>

Para Leiter<sup>159</sup>, o pensamento seminal do realismo jurídico norte-americano pode ser assim descrito:

---

<sup>154</sup> LEITER, 2010. p.249.

<sup>155</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.76.

<sup>156</sup> Ibid. p.77.

<sup>157</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.102.

<sup>158</sup> SCHAUER, 2009. p.128.

<sup>159</sup> LEITER, Brian. Positivism, formalism, realism. **Columbia Law Review**, [s. l.], v. 99, n. 1138. 1999. p.1151. Apesar de o pensamento realista norte-americano contar, de maneira geral, com algumas premissas básicas em que se funda, é difícil traçar um mapeamento completo desse movimento, haja vista que entre seus próprios autores havia divergências em relação a suas motivações e orientações. José Lamago aponta que “[...] os autores agrupados neste movimento denotam a influência da jurisprudência sociológica de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) e Roscoe Pound (1870-1964) e do pragmatismo filosófico de William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952), atribuindo à magistratura judicial uma função de social engineering”. (LAMEGO, 2018. p.100). É explicado, também, por Brian Leiter, que todos os realistas norte-americanos compartilhavam a ideia de que, antes de analisarem as normas legais aplicáveis, os juízes voltavam-se para seus próprios motivos íntimos de decisão. O grande ponto de divergência entre os pensadores realistas diferença diz respeito à maneira pela qual os juízes reagem aos fatos. Uma minoria, formada por Jerome Frank e Joseph Hutcheson, entendia que as idiosincrasias do julgador eram determinantes para o resultado do julgamento; por outro lado, a maioria dos realistas seguia uma vertente sociológica e sustentava que o “tipo de situação” era o fator que determinava o resultado. (LEITER, op. cit. p.1151).

Como um juiz reage em relação aos fatos de um caso específico é determinado por diversos fatores psicológicos e sociológicos, tanto consciente quanto inconscientemente. Então, a decisão final não é um produto do Direito propriamente dito, mas da combinação desses fatores de ordem psicológica, que vão desde as preferências políticas do julgador até as características de sua personalidade. Assim, o legado deixado pelo realismo na prática e no ensino do direito consiste em um fenômeno como este: advogados agora reconhecem que os juízes são, sim, influenciados por elementos que ultrapassam a esfera jurídica; juízes e advogados levam em conta as implicações políticas de normas legais e decisões; textos normativos consideram os contextos econômico, político e histórico da decisão judicial.<sup>160</sup>

Os autores vinculados a esta corrente teórica viam no “formalismo” o seu principal alvo. Em relação a isso, Priel<sup>161</sup> esclarece que:

A narrativa basilar dos advogados americanos tem os formalistas como seus vilões. Essas figuras desinformadas acreditavam que a construção da decisão jurisdicional envolvia dedução mecânica a partir de princípios legais que já existiam, mas que ainda não haviam sido descobertos pelo intérprete; que moral, política, história, sociologia e psicologia eram irrelevantes para o Direito; que esse era uma ciência objetiva.

Este formalismo que se buscou combater é caracterizado pelo modelo silogístico de decisão. De acordo com o pensamento formalista, o ato de decidir era mecânico, cabendo ao julgador somente aplicar a premissa maior (lei) à menor (caso concreto) para que a solução judicial fosse encontrada. Preponderava, neste contexto, a negação de que os juízes têm discricão ao julgar. Ainda, os formalistas defendiam a racionalidade determinada do Direito, bem como a absoluta autonomia do raciocínio jurídico.<sup>162</sup> A correção do pronunciamento tinha como ponto de referência o encaixamento da decisão dentro da simétrica estrutura jurídica.<sup>163</sup>

Com base nisto, é “formalista” a justificção de uma decisão que não se funda em fatos, interesses, consequências, valores, nem objetivos, mas apenas no texto normativo, de modo a

<sup>160</sup> Tradução livre: “*How a judge responds to the facts of a particular case is determined by various psychological and sociological factors, both conscious and unconscious. The final decision, then, is the product not so much of “law” (which generally permits more than one outcome to be justified) but of these various psychosocial factors, ranging from the political ideology to the institutional role to the personality of the judge. Thus, the legacy of realism in both the practice and teaching of law consists of phenomena like these: lawyers now recognize that judges are influenced by more than legal rules; judges and lawyers openly consider the policy or political implications of legal rules and decisions; law texts now routinely consider the economic, political, and historical context of judicial decisions. In this sense, it is often said that “we are all realists now”.* (LEITER, Brian. American legal realism. In: PATTERSON, Dennis. **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. p.249).

<sup>161</sup> PRIEL, Dan. The return of legal realism. In: DUBBER, Markus D.; TOMLINS, Christopher (eds). **The oxford handbook of Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 456. Tradução livre: “*The founding narrative of American lawyers has the formalists as its villains. These benighted figures believed that legal decision-making involved mechanical deduction from legal principles that existed throughout waiting to be discovered; that morals, politics, history, sociology, and psychology were all irrelevant to the law; that law was an objective science*”.

<sup>162</sup> LEITER, 1999. p.1146.

<sup>163</sup> GILMORE, Grant. Legal realism: its cause and cure. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 70, n. 7. 1961. p.1038.

desconsiderar todo e qualquer elemento extratextual. Uma justificação antiformalista, por outro lado, trabalha com argumentos que fazem menção expressa aos valores ou fins perseguidos pelo intérprete, que orientaram sua tomada decisão.<sup>164</sup>

É explicitado por Lamego<sup>165</sup> que “o realismo jurídico norte-americano admite como argumentos jurídicos válidos não apenas aqueles que decorrem da concepção clássica das “fontes” do Direito, mas também juízos morais, econômicos ou políticos, os sentimentos de justiça [...]”. Foi sustentado por Abellán<sup>166</sup> que a argumentação jurídica seria, na verdade, um ato formado por elementos que não diziam respeito à racionalidade, mas sim, à ideologia, experiências, vontade, paixões e intuições. De acordo com Ascensão<sup>167</sup> a lei, nestes termos, passaria a servir como um mero esquema orientador, pois o magistrado não estaria vinculado aos juízos de valores legais, podendo sempre controlar o resultado do julgamento da forma que melhor lhe conviesse.

Isto é equivalente a dizer que “os juízes (ou os jurados) não justificam – nem poderiam justificar propriamente – suas decisões, e sim as adotam de forma irracional – ou então sem a participação da razão – e depois as submetem a um processo de racionalização”.<sup>168</sup>

Uma consideração salutar para que se possa compreender o embate travado entre o realismo e o formalismo diz respeito à autonomia do Direito. Sob o enfoque formalista, o Direito é um sistema fechado, com conceitos definidos e ideias coerentes que devem ser utilizadas para responder as dúvidas jurídicas. No entanto, à medida que o Direito se aproxima de outras disciplinas seu conteúdo vai sendo esvaziado, tornando-se algo diverso daquilo que deveria ser; esta concepção é contestada pelos realistas norte-americano, os quais afirmavam que o Direito não é autônomo.<sup>169</sup>

Neste quadro teórico, os formalistas entendiam que a decisão jurídica era alcançada por deduções mecânicas que tomavam por base elementos jurídicos pré-existentes ao ato decisório. O Direito era visto como uma ciência objetiva, para a qual era irrelevante questões atinentes à história, sociologia e psicologia. Além disto, pelo fato de o Direito gozar de autonomia, era constituído por um conjunto selecionado de conceitos e formas específicas de raciocínio.<sup>170</sup> Toda esta miscelânea de ideias foi duramente confrontada pelos realistas norte-americanos, para os

<sup>164</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.158.

<sup>165</sup> LAMEGO, 2018. p.99.

<sup>166</sup> ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. **La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales**. Lima: Palestra Editores, 2003. p.60.

<sup>167</sup> ASCENSÃO, 1977. p.499.

<sup>168</sup> ATIENZA, 2003. p.24.

<sup>169</sup> PRIEL, 2018. p.459.

<sup>170</sup> Ibid.

quais, raramente, o resultado de um julgamento era determinado pela aplicação de normas legais.<sup>171</sup>

Uma das teses realistas é no sentido de que os resultados das decisões judiciais são, sim, previsíveis, mas que tal previsibilidade não deve ser examinada a partir de elementos jurídicos. A posição majoritária entendia que, na prática, a previsão dos resultados jurisdicionais só poderia ser alcançada por meio de rigorosos testes empíricos, a fim de que se verificasse o que fazia a real diferença na hora de decidir.<sup>172</sup>

Esta percepção sobre o Direito acaba por reduzir a importância das formulações normativas como fatores determinantes da decisão judicial, ao passo que joga luzes sobre a relevância de fatores sociais e psicológicos que podem orientar a conduta do julgador.<sup>173</sup> Entretanto, preconiza Schauer<sup>174</sup>, “o realismo é muito mais do que a vulgar caricatura de que o julgamento depende ‘daquilo que o juiz comeu no café da manhã’, bem como muito mais do que o empirismo não sofisticado que pode ter marcado alguns de seus métodos”. Atienza<sup>175</sup> também suscita a possibilidade de que:

[...] as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceito; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível.

Enquanto o pensamento propagado pelo realismo ganhava proeminência – no sentido de que os julgamentos eram fruto de elementos que nada tinham a ver com o Direito – Wasserstrom<sup>176</sup> propôs algo diferente: na visão dele, era preciso inserir no campo jurídico a já conhecida distinção oriunda das Ciências Naturais entre o contexto de descoberta (*context of discovery*) e o contexto de justificação (*context of justification*). Quanto ao tema, convém referir a lição de Kochem<sup>177</sup>:

A epistemologia, entendida como o estudo da reconstrução racional do pensamento, corresponderia não à forma pela qual a conclusão é tomada (subjetiva), mas à forma pela qual o processo de pensamento é comunicado para outras pessoas (intersubjetiva). Assim, ela estaria ocupada com a construção do contexto de justificação, mas não do contexto de descoberta. [...] segundo a utilização da distinção, algo é inicialmente descoberto e somente posteriormente justificado.

<sup>171</sup> SCHAUER, 2009. p.135.

<sup>172</sup> Ibid. p.134.

<sup>173</sup> LAMEGO, 2018. p.202.

<sup>174</sup> SCHAUER, op. cit. p.134. Tradução livre: “[...] *Legal Realism is thus far more than the vulgar ‘what the judge had for breakfast’ caricature and far more than the unsophisticated empiricism that may have marked some of their methods*”.

<sup>175</sup> ATIENZA, 2003. p.23.

<sup>176</sup> WASSERSTROM, 1961. p.23-30.

<sup>177</sup> KOCHEM, Ronaldo. **Fundamentando decisões**. Londrina: Thoth, 2021. p.62.

Wasserstrom<sup>178</sup> destaca o principal questionamento que pretende resolver: O que, afinal, deve constituir um procedimento jurisdicional de decisão? É a partir daí que ele formula seus argumentos. O autor reconhece que, com relação à fundamentação das decisões judiciais, a lógica formal é insuficiente. É incorreto, porém, inferir disto que todos os problemas legais que não possam ser resolvidos pela lógica impeçam um controle fundado em critérios racionais. Logo, se por um lado não faz sentido defender a suficiência de deduções para a resolução de todo e qualquer impasse, por outro, não basta dizer que isto impede que as decisões sejam racionalmente fundamentadas. É a partir disto que ele inclui no debate dois processos distintos: o de conhecimento e o de justificação.

Buscando iluminar o debate acerca da atividade desenvolvida pelas cortes, Wasserstrom<sup>179</sup> esclarece que não importa quais são os motivos íntimos que levam o juiz a tomar a decisão; o que interessa, na verdade, são as razões jurídicas que são apresentadas para justificá-la. Este é o primeiro passo da decisão à razão.

Em vista disto, no Direito, a expressão “raciocínio” pode denotar duas operações distintas: uma é o processo mental por meio do qual a decisão é alcançada; a outra, o discurso argumentativo com o qual se justifica a decisão. Então, uma coisa são os motivos da decisão e outra, diversamente, são as razões que a sustentam.<sup>180</sup> É a segunda operação que interessa para este estudo. Somente com as razões que são apresentadas é que se torna possível a análise do convencimento do julgador, bem como o controle do ato decisório. Conclui-se, portanto, que a fundamentação não funciona como uma fiel reprodução do caminho mental percorrido pelo juiz até a decisão.

Encontram-se, neste cenário, duas concepções opostas acerca da fundamentação: de um lado, a psicologista; do outro, a racionalista. Sob uma perspectiva psicologista, concebe-se o ato de fundamentar como um discurso linguístico descritivo que indica os motivos que levaram à tomada de decisão. Dentre estes motivos são considerados elementos como cultura de quem julga, classe social, preconceitos, etc. Cuida-se de um discurso que visa expor o *iter* mental que levou ao convencimento do juiz. A concepção racionalista, por sua vez, concebe a fundamentação como uma expressão linguística das razões que justificam a decisão adotada, nada tendo a ver com os fatores causais.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> WASSERSTROM, 1961. p.24.

<sup>179</sup> Ibid. p.25.

<sup>180</sup> GUASTINI, 2019. p.205.

<sup>181</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, [S. l.], n. 34, p.87- 07, abr. 2011. p.93-102.

Quanto a isso, “[...] o debate a respeito do modo pelo qual as decisões são tomadas torna-se mera curiosidade, irrelevante juridicamente”.<sup>182</sup> Sendo assim, é desnecessário saber quais foram os reais motivos que levaram o juiz a acolher a tese “A” ao invés da “B”.<sup>183</sup> O que vale é que sejam apresentadas razões (argumentos) que possam ser reconduzidas à ordem jurídica.<sup>184</sup>

É isto que dá peso à decisão e confere legitimidade à ela. A fundamentação, caso compreendida como uma prestação de contas psicológica, forneceria, tão somente, uma explicação da decisão, mas não uma justificação na acepção jurídica do termo.<sup>185</sup> Logo, dizer que o juiz decidiu “X” com base em crenças religiosas, por exemplo, significa dar um motivo, uma razão explicativa; por outro lado, dizer que a decisão jurisdicional se embasou na Constituição significa dar uma razão justificadora.<sup>186</sup> O discurso que fundamenta a decisão tem natureza justificativa.

### 3.2 OS DOIS NÍVEIS DE JUSTIFICAÇÃO

O ato interpretativo que constrói a decisão é fruto de um processo lógico-argumentativo justificado, que é formado por dois níveis: a justificação “interna” (lógica) e a justificação “externa” (argumentativa). Essa contribuição foi dada por Wróblewski.

Tal como Wasserstrom, a preocupação de Wróblewski não é direcionada aos motivos íntimos do juiz na tomada de decisão; o que lhe interessa são as razões que a sustentam. Segundo ele, a justificação precisa ser verificada em todas as “pequenas” decisões que compõem o julgamento final. Para fins de complementação desta tese, Wróblewski<sup>187</sup> destaca três classes de decisões judiciais: a classe da “decisão interpretativa”, que define o significado aplicável ao texto legal; da “decisão de prova”, responsável por determinar se os fatos narrados no processo acontecerem ou não; e, a da “decisão final”, que fixa as consequências resultantes

<sup>182</sup> KOCHEM, 2021. p.78.

<sup>183</sup> Não se desconhece – embora tal tema não seja explorado neste estudo – que o inconsciente e as emoções do julgador exercem um forte papel de influência na tomada de decisão. Afinal, nenhum juiz é uma folha em branco e, assim como qualquer ser humano, carrega em si convicções pessoais, ideologias e experiências de vida. A temática já foi abordada por diferentes pesquisas, como, por exemplo: AVNAIM-PESSO, Liora DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan. Extraneous factors in judicial decisions. PNAS, [s. l.], v. 108, n. 17, Apr. 2011; KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. Bias is a big problem. But so is “noise”. New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/05/15/opinion/noise-bias-kahneman.html>.

<sup>184</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. rev. ampl. atual. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p.422.

<sup>185</sup> TARUFFO, 2015. p.125.

<sup>186</sup> ATIENZA, 2003. p.20.

<sup>187</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, [s. l.], **Logique et Analyse**, n. 14, 1971. p.11.

da conexão entre um certo fato e uma certa norma. Cada uma dessas decisões precisam ser justificadas. Daí em diante foi construído o esquema de justificação interna e externa.

A justificação interna tem a ver com a validade das inferências extraídas de certas premissas e com a relação dessas com o julgamento final. A decisão é internamente justificada se tais inferências são válidas e se a solidez das premissas não é testada; este nível de justificação assenta-se na lógica formal dedutiva. Já a justificação externa ultrapassa as barreiras dos métodos lógico-subsuntivos. Neste nível externo, a solidez das premissas – para além da validade das inferências – também é posta à prova. É levado em conta o controle da racionalidade dos argumentos vinculados ao caso, de modo que se busca a solução justa e a aceitabilidade por parte do povo.<sup>188</sup>

Desta forma, não se procura apenas a correção lógica dos argumentos formulados na decisão, mas, também – e sobretudo –, a correção das premissas nas quais se baseia o julgador ao decidir. Assim, não basta que os argumentos sejam logicamente válidos, pois devem, também, ser sólidos.<sup>189</sup> Em síntese, “uma decisão é “internamente” justificada quando segue dedutivamente das premissas; é “externamente” justificada quando as próprias premissas, por sua vez, são fundamentadas”.<sup>190</sup>

### 3.3 A RACIONALIDADE DO DISCURSO JUSTIFICATIVO

Conforme Bobbio<sup>191</sup>, existem duas formas diferentes de se pensar a relação estabelecida entre a razão e o Direito: uma diz respeito à criação do Direito (atividade legislativa); a outra, à aplicação do Direito nos casos concretos (atividade jurisdicional). Cuida-se de uma contraposição entre a razão legisladora e a julgadora. Da combinação entre os dois termos (razão e Direito) nascem dois campos de estudos distintos. É com foco na racionalidade no momento de aplicação do Direito que este tópico se desenvolve.

Bobbio<sup>192</sup> prescreve que, na expressão “razão legal”, a palavra razão é predominantemente usada em um sentido “fraco”, significando a capacidade de raciocinar em diferentes contextos em que se possa falar em “raciocínio” no sentido de inferência, cálculo e argumentação. Quando o conceito é trazido para a prática jurídica, “[...] a razão tem a tarefa subordinada de executar o

<sup>188</sup> LAMEGO, 2018. p.76.

<sup>189</sup> BELTRÁN, 2011. p.95.

<sup>190</sup> GUASTINI, 2019. p. 231.

<sup>191</sup> BOBBIO, Norberto. Reason in law. **Ratio Juris**, [s.l.], v.1, n.2. 1988. p.99. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/...> Acesso em: 3 maio 2022.

<sup>192</sup> Ibid. p.101. Tradução livre: “[...] and the lower place where reason has the secondary or subordinate task of carrying out what is already laid down, of making explicit what is implicit, of linking principles with consequences, of drawing conclusions from premises, of advancing arguments which are either for or against a thesis”.

que já foi estipulado, de explicitar o que está implícito, de vincular princípios com consequências, de tirar conclusões de premissas, de avançar argumentos que são a favor ou contra uma tese”. Ainda, pontua que:

Toda a história do pensamento jurídico foi dominada pela ideia de que o uso da razão e a prática do Direito estão ou devem estar inseparavelmente ligados porque apenas o uso da razão como um órgão de verdades evidentes, de certas conclusões, de essência das coisas ou da ordem teleológica do universo assegura que a prática jurídica não é arbitrária e que atinge o fim que lhe é próprio, que é o de guiar o homem para boa sociedade (A boa vida de Aristóteles).<sup>193</sup>

A racionalidade, conforme Pinker<sup>194</sup>, pode ser definida como “a capacidade de empregar o conhecimento para atingir objetivos. O conhecimento, por sua vez, é tipicamente definido como crença verdadeiramente justificada”. Para ele, não seria atribuído a um indivíduo a qualidade de “ser racional” se tal pessoa orientasse sua conduta com base em crenças notadamente falsas ou que não pudessem ser justificadas. Aarnio<sup>195</sup> por sua vez, conclui que hoje, as relações humanas desenvolvem-se de tal forma que se espera que as pessoas ajam racionalmente, fazendo com que a racionalidade seja um atributo onipresente nas interações sociais.

Como ficou claro no tópico anterior, a racionalidade é essencial para a investigação acadêmica ora proposta, pois a fundamentação da decisão judicial tem uma função racionalizadora do ato decisório. É atribuída legítima racionalidade apenas ao ato discursivo que é capaz de justificar-se, de prestar contas.<sup>196</sup> Se não fosse possível analisar problemas jurídicos sob uma perspectiva racional, estariam abertas as portas para o capricho, as preferências pessoais e as intuições. Neste sentido, Gascón e García<sup>197</sup> observam que “[...] gosto não se discute e, logo, não se argumenta. Afinal, como se pode contestar alguém que prefere sorvete de chocolate ao de baunilha”. Com base em entendimento semelhante, é explicado por Ferraz Jr.<sup>198</sup>:

A ideia de razão como relacionar preside, no desenvolvimento do Ocidente, o estabelecimento de diversos princípios de correção, como os do pensamento correto (lógica), da pesquisa correta (metodologia), do correto comportamento em face de situações existenciais (prudência ou sabedoria prática), da correta justificação das

<sup>193</sup> Tradução livre: “*All of the history of legal thought was dominated by the idea that the use of reason and the practice of law are or must be indissolubly bound because only the use of reason as an organ of the evident truths or of the certain conclusions or of the essence of things or of the teleological order of the universe guarantees that the practice of law is not arbitrary and that it achieves the aim proper to it, that of guiding man towards good society (Aristotle's good life).*”. (BOBBIO, 1998. p.106).

<sup>194</sup> PINKER, Steven. **Racionalidade**: o que é, por que parece estar em falta, porque é importante. Trad. Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022. p.52.

<sup>195</sup> AARNIO, 1987. p.194.

<sup>196</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.47.

<sup>197</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.60. Tradução livre: “[...] y sobre gustos no se discute, no se argumenta: ¿qué puedo objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla?”.

<sup>198</sup> FERRAZ JR., 1994. p.352.

avaliações (retórica). Neste sentido, aos poucos a razão acabou por tornar-se para o homem uma espécie de núcleo de sua própria natureza (*animal rationale*), um valor em si que incorpora a própria dignidade humana, não constituindo um meio para a obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido aos demais.

Também é colocado por Streck<sup>199</sup> que “a decisão judicial não é fruto do pensamento pessoal ou da consciência do julgador”. De acordo com Abellán e Figueroa<sup>200</sup> para compreender a fundamentação das decisões como sendo um ato racional implica em concebê-la como uma expressão da razão em oposição a um mero ato de vontade ou de força. Segundo Aarnio<sup>201</sup>, a racionalidade comunicativa constitui a base da compreensão humana e, ainda, a base da aceitabilidade social. Consoante os ensinamentos de Ferraz Jr.<sup>202</sup>, o discurso racional atua de modo duplo: destrutivamente, visto que toda autoridade pode ser questionada; e, construtivamente, na medida em que nenhuma ação linguística é ignorada. Um discurso irracional, por seu turno, é aquele que se fecha em si mesmo e, muitas vezes, não abre as portas para o debate.

É evidente que toda esta discussão envolvendo a racionalidade da fundamentação acaba por refletir no plano processual. E, o responsável por fazer a ligação entre as ideias construídas por Wasserstrom e Wróblewski e o processo foi de Taruffo<sup>203</sup>, segundo o qual a fundamentação deve ser compreendida “como instrumento de comunicação, inserido dentro de um procedimento comunicativo que tem origem no juiz e encontra-se direcionado a informar as partes – e também o público em geral – a respeito daquilo que o juiz quer exprimir”. É um discurso formado por um conjunto de argumentos, pelo qual o julgador expõe as razões fáticas e jurídicas que o levaram a decidir de determinada forma, tornando racionalmente válida, legítima e aceitável a sua decisão. Por discurso entende-se uma entidade linguística fundada em argumentos com validade tendencialmente intersubjetivos e logicamente estruturados.<sup>204</sup>

Este discurso é finito, assim como o número de proposições que o compõem e, conseqüentemente, os limites materiais de sua extensão são identificáveis. Além do mais, se trata de uma estrutura fechada, por duas razões: a primeira, porque há um conteúdo material limitado que nela pode ser abordado na decisão; a segunda, porque após ser expressa na forma escrita, fica fixada de maneira definitiva, restando preclusa – salvo exceções – toda e qualquer possibilidade de modificação.<sup>205</sup>

<sup>199</sup> STRECK, 2020. p. 683.

<sup>200</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.65.

<sup>201</sup> AARNIO, 1987. p.189.

<sup>202</sup> FERRAZ JR., op. cit. p.46.

<sup>203</sup> TARUFFO, 2015. p.114.

<sup>204</sup> Ibid. p.15.

<sup>205</sup> Ibid. p.54.

De acordo com Taruffo<sup>206</sup>, “[...] a racionalidade da justificação é uma função da estrutura do discurso com o qual essa é externada, no qual as escolhas e as respectivas concatenações desempenham um papel de ‘argumentos’ e de ‘razões’ de validade da decisão”. Esta racionalidade do discurso justificativo pode ser alcançada por meio de dois planos estruturais distintos, que viabilizam o um exame crítico: o plano lógico-argumentativo e o plano da aceitabilidade. Lógico-argumentativo é observado na medida em que os argumentos apresentem certos requisitos de coerência e de ordem lógica. É focado nos aspectos estruturais e formais do discurso; é necessário que sejam respeitadas as considerações de uso de cada argumento, que a justificação argumentativa seja logicamente possível e que não contenha vícios capazes de invalidá-la.

Ademais, o discurso não pode ser qualificado apenas sob o ponto de vista da eficácia. Caso contrário, qualquer tipo de argumento seria permitido para que o convencimento do destinatário fosse obtido. Este tipo de justificação, todavia, tem um nível mínimo de objetividade e racionalidade, o que impede que a validade dos componentes estruturais da fundamentação seja apurada.<sup>207</sup> O campo jurídico não é um “vale-tudo”.

Nota-se que tanto a colocação da fundamentação no plano puramente lógico-dedutivo quanto no plano retórico-persuasivo apresenta problemas: a primeira, por propor uma visão redutiva do fenômeno jurídico, além de adotar cânones de racionalidade extremamente rígidos e restritos; a segunda, por impedir uma valoração racional do discurso argumentativo.

O plano da aceitabilidade tem como objeto o conteúdo específico do discurso; assim, busca valorar as escolhas feitas pelo juiz, tendo como ponto de referência as expectativas, as finalidades e as ideologias dos destinatários da fundamentação.<sup>208</sup>

Uma outra importante contribuição teórica de Taruffo<sup>209</sup> é a distinção entre a função endoprocessual e a extraprocessual. Aquela visa servir às partes, para que estas possam valorar a decisão e, em sendo o caso, impugná-la; por seu turno, a função extraprocessual é conexa ao Estado Democrático de Direito e tem como finalidade permitir um controle externo – ou seja, para além das partes litigantes – das razões pelas quais o julgador decidiu de determinada forma. É a partir dessa concepção que a fundamentação assume um valor político, permitindo que a sociedade conheça e analise os argumentos do órgão jurisdicional.

---

<sup>206</sup> TARUFFO, 2015. pp. 202 e 249.

<sup>207</sup> Ibid. p.250.

<sup>208</sup> Ibid. p.252.

<sup>209</sup> Ibid. p.21.

É importante esclarecer que esta pesquisa não busca defender uma associação rígida entre norma jurídica (no sentido de dispositivo legal) e legitimidade. Tal posicionamento, aliás, não seria sustentável, pois o julgador integra o ordenamento jurídico com suas valorações, sendo coparticipante da criação do Direito. Ademais, a solução para muitos problemas jurídicos não está pré-contida na norma; ela precisa ser construída argumentativamente pelo intérprete.<sup>210</sup>

#### 3.4 O CARÁTER INTERPRETATIVO E ARGUMENTATIVO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

É recorrente, no meio jurídico, ouvir-se que “o Direito não é matemática”. Claramente, a expressão carrega em si um tom jocoso; o Direito, porém, realmente não é matemática, ou melhor dizendo, não funciona como tal. Logo, não pode ser submetido aos parâmetros epistemológicos das ciências matemáticas.<sup>211</sup> Para Aristóteles<sup>212</sup>, “pedir demonstração lógica de um orador seria tão absurdo quanto permitir a um matemático servir-se das artes da persuasão. Não se pode exigir o mesmo grau de precisão em todas as discussões”.

Como ensina Scarparo<sup>213</sup> existem dois diferentes modelos para a busca de conclusões racionais, na demonstração (modelo aplicado na matemática), utiliza-se uma linguagem artificial, “[...] provendo seu aplicador de um encadeamento de raciocínios, por dedução, capaz de conferir validade ao resultado apreendido”.

Da eventual aplicação desse modelo no âmbito jurídico decorre a conclusão de que a solução normativa de um certo problema precisa ser alcançável de forma completa, acrítica e descontextualizada. É, em outras palavras, admitir que a resolução do caso pode ser obtida mediante longas cadeias dedutivas. Caso se compreenda o Direito como uma ciência exata, as soluções judiciais seriam, obrigatoriamente, “certas ou erradas”, como se fossem a resposta para um problema matemático. Não se entende, neste trabalho, que tal visão deva prevalecer. Afinal, o fenômeno jurídico é fruto da cultura e lida, portanto, com verdades superáveis, situando-se muito distante da matemática.<sup>214</sup> Inevitavelmente, uma consequência direta do uso do modelo demonstrativo no Direito seria o desenvolvimento de um pensamento autoritário e

<sup>210</sup> BARROSO, 2015. p.32 [eletrônico].

<sup>211</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 4, jan/dez. 2006. p.1.

<sup>212</sup> ARISTÓTELES. Citação. In: FRANCO, Gustavo; GIAMBIAGI, Fabio. **Antologia da maldade**: um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p.92.

<sup>213</sup> SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Ensaio de retórica forense**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 22.

<sup>214</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p.28.

a adoção de uma postura que desprestigia o debate.<sup>215</sup> É aí que surge a necessidade da argumentação; esta, ao contrário da demonstração, pressupõe um raciocínio aberto, um livre debate de argumentos, de discursos.

Em um plano institucional ideal, o legislador conseguiria antever todos os possíveis problemas da vida em sociedade e, antecipadamente, estabelecer todas as disposições normativas necessárias para solucioná-los. Não bastasse isto, ainda seria capaz de redigir suas soluções de forma tão clara e concisa, que todos os indivíduos seriam capazes de, facilmente, perceber qual o comando normativo contido nos textos legais; o ordenamento jurídico seria completo, claro e coerente.

Neste contexto, as soluções corretas para cada caso estariam contidas em normas específicas, de tal modo que poderiam ser identificadas e aplicadas pelo tomador da decisão mediante uma operação silogística.<sup>216</sup> E, melhor ainda, neste plano ideal, a precisão linguística dos enunciados normativos não assumiria uma rigidez classificatória que viesse a comprometer a resolução justa de cada caso.

O Direito, entretanto, não trabalha com condições ideais, sendo uma ciência que lida com incertezas. Em consequência, os processos decisórios desenvolvem-se, também, em condições não ideais.<sup>217</sup> A partir de enunciados hipotéticos (lei, constituição, etc.), narrativas são construídas, sendo que as partes narram fatos ao juiz; as narrativas são por ele analisadas; e no fim do processo, o juiz desenvolve sua própria narrativa, com base em tudo que foi debatido. Cuida-se de uma constante comunicação, a qual caracteriza a dialeticidade constitutiva do processo. É por isso que Barroso<sup>218</sup> aponta: “o mundo do Direito é o mundo da linguagem, falada e escrita. Nós vivemos das palavras: são elas as nossas armas para persuadir, conquistar, vencer”. O discurso jurídico trabalha, portanto, com argumentos. Em virtude disto, Zippelius<sup>219</sup> conclui: “as decisões têm de ser tomadas, após uma livre troca de argumentos, de uma maneira fundamentada, racionalmente estruturada e, desse modo, de maneira controlável”.

Da mesma forma, a compreensão de Carvalho<sup>220</sup> é no sentido de “[...] a lógica da linguagem persuasiva ou da linguagem que prepara a decisão é a lógica da argumentação, isto é, uma lógica da interpretação para decidir ou lógica dialógica orientada para a decisão”.

<sup>215</sup> SCARPARO, 2020. p.36.

<sup>216</sup> LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.16. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9262>. Acesso em: 26 abr. 2022.

<sup>217</sup> Ibid. p.17 [eletrônico].

<sup>218</sup> BARROSO, 2022. p.4 [eletrônico].

<sup>219</sup> ZIPPELIUS, 2016. p.42.

<sup>220</sup> CARVALHO, 2010. p.300 [eletrônico].

Fundamentar, interpretar e argumentar são atividades intelectivas umbilicalmente conectadas. Para decidir, o julgador precisa interpretar; para que a decisão seja legítima, ele precisa fundamentá-la; e, para que ela seja juridicamente construída, ele precisa apresentar argumentos que deem suporte à sua interpretação. Uma decisão judicial é formada por diferentes operações interpretativas e argumentativas e, conforme enaltece Guastini<sup>221</sup> o controle dessas operações é elementar:

Na tradição teórica e dogmática prevalente – de origem iluminista e juspositivista – o direito é certo se, e somente se, cada um pode prever com precisão as consequências jurídicas das próprias ações, ou, da mesma forma, se pode conhecer *ex ante* os limites e os modos do exercício dos poderes coercitivos do estado. [...] As normas, de seu turno, são cognoscíveis não somente quando os textos normativos são inteligíveis em virtude de sua formulação, mas, sim, quando sua interpretação é guiada por métodos interpretativos e estratégias argumentativas conhecidos e controláveis intersubjetivamente. [...] O direito é calculável quando – sendo cognoscível, inteligível e confiável – os cidadãos, conhecendo a prática interpretativa e argumentativa, possuam uma elevada capacidade de antecipar as alternativas interpretativas [...] Componente essencial da certeza jurídica é, por conseguinte, o controle racional da arbitrariedade interpretativa.

Ainda, para Guastini<sup>222</sup> a indeterminação do Direito se deve, em parte, à equivocidade da linguagem. Pois, o Direito é duplamente indeterminado: por um lado, o próprio ordenamento jurídico é indeterminado, pois é duvidoso quais normas existem, quais estão vigentes e quais, de fato, pertencem ao ordenamento; por outro lado, cada norma considerada individualmente é indeterminada, visto que não se sabe, com clareza, quais casos estão no seu campo de aplicação. O autor adverte que ambas as indeterminações existem por razões distintas: a primeira, em virtude da equivocidade dos textos normativos; a segunda, pela vagueza dos enunciados linguísticos.

Por conta desta dupla indeterminação, a argumentação assume uma feição elementar para o Direito, tornando-o uma verdadeira prática social argumentativa. Mais importante do que dizer por que um dispositivo incide sobre determinado caso é apresentar um discurso racional e argumentativo que busque demonstrar a razoabilidade de determinada conclusão exegética.<sup>223</sup> A interpretação e a argumentação se complementam, como se fossem dois lados de uma mesma moeda.

---

<sup>221</sup> GUASTINI, Riccardo. Prefácio. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2019. p.21-22.

<sup>222</sup> Ibid. p.43-55.

<sup>223</sup> HOFFMANN JÚNIOR; JOBIM, 2017. p.12.

Sendo assim, a ciência jurídica deve tentar reduzir ao mínimo a inevitável pluralidade de diferentes significados normativos. Nas palavras de Mitidiero<sup>224</sup>, “a interpretação converte-se em um momento permanente – e, portanto, não episódico – na via do direito. A constituição é na verdade a interpretação da constituição, a lei é na verdade a interpretação da lei [...]”.

Todas as palavras – sejam elas utilizadas em conversas informais, textos normativos ou decisões judiciais – são instrumentos derivados da linguagem natural e por isso, carecem de uma precisão absoluta. O problema ocorre quando a linguagem, ao invés de comunicar, acaba por confundir; quando a veracidade dos argumentos, em vez de comprovada, é meramente presumida; e, quando os argumentos, ao invés de serem estruturados de forma consistente, são empregados de forma inválida. Nesta hipótese, a discussão crítica é sufocada, pois ficam comprometidas a racionalidade e a justificação do discurso.<sup>225</sup> Nas argumentações legítimas – ao contrário do que se verifica nos exemplos mencionados – é possível oferecer razões que atestem a veracidade do argumento, como, por exemplo, por meio de evidências.<sup>226</sup> Apenas se fundamenta aquilo que se compreende e, em razão disso, a confiabilidade precisa ser demonstrável na decisão.

Traçando um paralelo entre diferentes profissões, Gidi<sup>227</sup> conjectura que:

Um pedreiro, cirurgião ou vaqueiro precisa apenas saber realizar a tarefa; ele não precisa explicar a ninguém o que está fazendo nem convencer ninguém de que ele está certo. Para o jurista, porém, não é suficiente saber a resposta certa, pois o seu conhecimento só tem utilidade se ele puder fundamentá-lo e comunicá-lo a outros.

Conforme Sustain<sup>228</sup>, “os bons juízes não se limitam apenas a tomar boas decisões; eles também são bons em explicar porque suas decisões são boas”. Frente a este contexto, é elucidado por Ávila<sup>229</sup> que “a beleza estética da linguagem, conquanto louvável, desde que não obscura, não supre a necessidade de processos discursivos e institucionais indispensáveis à efetividade do Direito”. A fundamentação não é uma simples técnica verbal veiculada por meio de um discurso, em que se pode escrever o que bem entender e como bem entender. Em um Estado Democrático de Direito, é necessário a criação de mecanismos que tenham como finalidade a limitação do exercício do Poder do Estado, mantendo viva a garantia do

<sup>224</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.57.

<sup>225</sup> ÁVILA, 2014. p.162.

<sup>226</sup> PINKER, 2022. p.110.

<sup>227</sup> GIDI, Antonio. **Redação jurídica**: estilo profissional. Forma, estrutura, coesão e voz. Salvador: JusPODIVM, 2022. p.31.

<sup>228</sup> SUSTAIN, 2018. p. 59. Tradução livre: “*The best judges do not merely make good decisions: they are also good at explaining why their decisions are good*”.

<sup>229</sup> ÁVILA, 2014. p.176.

contraditório e do princípio democrático.<sup>230</sup> O Estado deve constantemente ter suas decisões aprovadas pelos seus cidadãos, o que só pode ser feito mediante justificativas válidas.

A forma escrita é modelo padrão pelo qual se dá a produção normativa, tanto nas prescrições legais quanto nas decisões judiciais. Essa escrituralidade do Direito foi determinante para o desenvolvimento da interpretação. Afinal, partindo-se do pressuposto de que o ele está, substancialmente, contido em textos que visam regular as condutas sociais, é necessário, em primeiro lugar, compreender o que estes textos estão prescrevendo. É nesta atividade de compreensão e construção de sentido que surge a interpretação e, na sequência, a argumentação.<sup>231</sup>

A interpretação do Direito é a interpretação dos textos, mas, também, da realidade. Assim, “como nem os fatos e nem o direito independem de interpretação, o material com que trabalha o juiz no processo é o resultado de uma operação interpretativa”.<sup>232</sup> Grau<sup>233</sup> ao fazer uma distinção entre artes autográficas e alográficas, defende que a interpretação jurídica tem a natureza alográfica. Segundo ele, nas artes autográficas, como é o caso de pinturas e romances, a contribuição individual do autor, por si só, já basta para a realização da obra. Quando se vai ao museu do Louvre e se vê a Mona Lisa, a obra já está ali, completa, concretizada. Embora cada pessoa possa interpretar a famosa pintura de Da Vinci de maneira diferente, suas interpretações não contribuem para a realização do quadro que ali se encontra. Tanto a interpretação de pinturas quanto de romances depende só de compreensão. Assim, “a obra, objeto da interpretação, é completada apenas pelo seu autor. A compreensão visa à fruição de emoção estética independentemente da mediação de um intérprete”.

A interpretação jurídica, por sua vez, assemelha-se a obras alográficas, tais como a música e o teatro. Neste caso, a obra precisa do binômio compreensão mais reprodução para que possa ser interpretada.<sup>234</sup> Apenas a compreensão não é suficiente. Imagine-se, para efeitos de ilustração, a apresentação de uma orquestra sinfônica. Cada um dos músicos conta com uma partitura, isto é, com uma representação escrita das músicas que serão tocadas. A existência da obra (partitura), por si só, não produz efeitos. Ela reclama um intérprete (no caso, o músico)

<sup>230</sup> REICHEL, Luís Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, v. 197, p. 127-143, jul. 2011. p.128.

<sup>231</sup> MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020. p.252. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1282/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

<sup>232</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.421.

<sup>233</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. ed. refundida do ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.37.

<sup>234</sup> *Ibid.* p.38.

capaz de primeiro compreendê-la e, na sequência, reproduzi-la, produzindo, desta forma, emoção estética.

Quando se traz isto para o âmbito jurídico, a ideia é que o enunciado normativo (texto) não se completa apenas com o sentido nele expresso pelo legislador. A completude se dá quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete como nova forma de expressão.

Ademais, a linguagem dos juristas não serve só para descrever a linguagem do legislador. A fundamentação é formada por um discurso argumentativo com efeito prático que envolve, para além da mera descrição, a adscrição ou, até mesmo, a criação de significados referentes ao texto legal.<sup>235</sup> Com isto se quer dizer que a significação do texto não preexiste ao interpretativo; deve ser construída pelo intérprete.<sup>236</sup> Como aponta Passos<sup>237</sup>:

O ordenamento jurídico é o texto jurídico em bruto, produzido sob a pressão dos fatos políticos, econômicos, etc. e é esse texto bruto que deve ser submetido ao refinamento e reelaboração pela ciência do direito, gerando-se um novo texto que reflete o primeiro e ao mesmo tempo o complementa. [...] Esse conjunto de textos é que se torna o material com que vai trabalhar o cientista do Direito e seu papel é construir algo com um mínimo de coerência e capa de nortear a atividade do jurista prático, de modo a maximizar a segurança jurídica e minimizar o arbítrio e o casuísmo.

A fundamentação tem como principal finalidade a redução dos labirintos interpretativos. O destinatário do comando contido na decisão judicial precisa ter acesso ao núcleo da atividade interpretativa que foi desenvolvida, de modo que possa verificar se a interpretação está em consonância com as provas produzidas e com as normas jurídicas ou se, ao contrário, se embasa em visões de mundo particulares daquele que julga.<sup>238</sup> O cerne do discurso jurídico é intersubjetivar aquilo que, em princípio, é subjetivo.<sup>239</sup>

Portanto, para que seja realizado na prática, o Direito depende de processos discursivos a partir dos quais se possa verificar as estruturas argumentativas utilizadas para a qualificação dos textos normativos, bem como os critérios de identificação, classificação e valoração dos argumentos – não sendo suficiente o uso de expressões imprecisas, ainda que rebuscadas.<sup>240</sup> Isto

---

<sup>235</sup> ÁVILA, 2014. p.172.

<sup>236</sup> Id. 2010. p.8 [eletrônico].

<sup>237</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 24, out-nov-dez. 2010. p.6-7. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/j-j-calmon-de-passos/o-magistrado-protagonista-do-processo-jurisdicional>. Acesso em: 5 jun. 2022.

<sup>238</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. Fundamentação das decisões judiciais: inteligibilidade, justificação (interna e externa) e verificabilidade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 6, p. 1266-1283, 2019. p.1272. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>. Acesso em: 3 jun. 2022.

<sup>239</sup> ÁVILA, op. cit. p.30 [eletrônico].

<sup>240</sup> Id. 2014. p.161.

quer dizer que o seu conteúdo não é identificado de forma direta e imediata pelo intérprete sem a necessidade de construções argumentativas. Neste caminho, Reichelt argumenta:

Se a esperança na reforma do texto da lei é a esperança no aprimoramento do sistema, isso não significa, por certo, que os problemas hoje verificados (e os que ainda virão!) acabarão sendo resolvidos apenas através da publicação de um novo texto no Diário Oficial da União. A norma sempre pressupõe a intervenção humana para fins de sua aplicação, e essa aplicação deve ser atenta e prudente.<sup>241</sup>

Em síntese, a fundamentação das decisões sempre envolve intermediação discursiva por parte do intérprete. Em decorrência da já referida indeterminação, incumbe a quem decide construir argumentos a partir de dispositivos normativos e definir a aplicação aos fatos.<sup>242</sup>

É válido realçar o entendimento de Waldron<sup>243</sup>:

Eu não acho que uma concepção sobre o Estado de Direito que deixa de lado a importância da argumentação pode realmente fazer justiça ao valor que nós atribuímos ao governo ao tratar cidadãos comuns com respeito como centros ativos de inteligência. [...] Cortes, audiências e debates – esses elementos jurídicos não são opcionais, mas sim, partes fundamentais sobre como o sistema jurídico funciona [...]. Dizer que nós deveríamos valorizar aspectos de governança que promovem clareza e determinação das regras em prol da liberdade individual, mas não as oportunidades de elaborar argumentos que um indivíduo livre e consciente provavelmente exigirá é cortar ao meio o núcleo duro do Estado de Direito: o respeito pela liberdade e dignidade de cada pessoa.

Levando em conta que o juiz deve escolher uma dentre diferentes soluções normativas para o mesmo caso, é imperioso que tal decisão seja produzida em um contexto discursivo adequado, que forneça instrumentos suficientes para que o ato de julgar conte com o maior grau de racionalidade possível.<sup>244</sup> Conforme defendido, a legitimação da decisão judicial recai sobre a argumentação articulada pelo julgador. Só que esta não é irrestrita, visto que não é qualquer argumento que pode servir como justificativa válida para uma decisão.

Surge nesta esfera uma pergunta essencial: Alguns argumentos são aceitos na maior parte da sociedade, mas inaceitáveis para o Direito? Esta indagação, no fundo, versa sobre a

---

<sup>241</sup> REICHELT, 2011. p.134.

<sup>242</sup> ÁVILA, op. cit. p.192.

<sup>243</sup> WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the importance of procedure**. In: FELMING, J. *Getting to the rule of law*. New York: New York U. Press, Nomos, 2011. p.23. Tradução livre: “*I don’t think that a conception of law or a conception of the Rule of Law that sidelines the importance of argumentation can really do justice to the value we place on government treating ordinary citizens with respect as active centers of intelligence. [...] Courts, hearings, and arguments — those aspects of law are not optional extras; they are integral parts of how law works, and they are indispensable to the package of law’s respect for human agency. To say that we should value aspects of governance that promote the clarity and determinacy of rules for the sake of individual freedom but not the opportunities for argumentation that a free and self-possessed individual is likely to demand, is to slice in half, to truncate, what the Rule of Law rests upon: respect for the freedom and dignity of each person as an active intelligence*”.

<sup>244</sup> SCARPARO, 2020. p.19.

abrangência do arsenal argumentativo do qual dispõe o juiz ao proferir a decisão. Há que se identificar, inicialmente, quais são as fontes decisórias válidas em um ambiente discursivo macro, ou seja, quais são as formas de argumentos aceitáveis na sociedade; no momento seguinte, é preciso fazer um filtro, de modo a estabelecer quais dessas fontes de decisão são válidas, também, no Direito. O atual estágio do desenvolvimento civilizatório não tolera o exercício arbitrário de jurisdição e nem que a decisão seja forjada por bases irracionais pautadas por critérios incontroláveis.<sup>245</sup> Para MacCormick<sup>246</sup>, “[...] na medida em que o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre, conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva”. O que se sustenta aqui é que essa não possa ser alcançada a qualquer custo, devendo sempre respeitar o contexto decisório jurídico em que estiver inserida.

Argumentos socialmente válidos não são, necessariamente, válidos sob o prisma jurídico; isto não significa que sejam argumentos errados ou ruins, mas sim, que se encontram além dos limites do que é validado no discurso jurídico. Cumpre esclarecer que o termo “validade” é utilizado com o único propósito de mostrar a diferença entre o que um indivíduo ou instituição poderia utilizar no ambiente não jurídico e o que este mesmo indivíduo ou instituição poderia utilizar quando inserido em um contexto de deliberação judicial.<sup>247</sup> Entende-se que esta demarcação entre o que é ou não válido contribui favoravelmente para a promoção da segurança jurídica.

O juiz, assim como as partes, não é inteiramente livre ao elaborar argumentos. Isto ocorre porque o quadro decisório está dentro de uma moldura mais ampla, que é a ordem jurídica estabelecida e institucionalizada. Uma argumentação solta e sem limites não pode ser admitida. O fato de que as justificativas apresentadas precisam ser reconduzíveis a normas jurídicas acaba reduzindo o arsenal argumentativo que pode ser utilizado em uma deliberação judicial. De acordo com o que defende MacCormick<sup>248</sup>:

Isso faz com que o uso de instituições jurídicas como agências de solução de disputas seja prático e conveniente, pois tal uso requer que as partes delimitem o conflito dentro de termos controláveis e restrinjam, minimamente, o âmbito das soluções justificáveis.

---

<sup>245</sup> MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p.47.

<sup>246</sup> MACCORMICK, 2018. p.21.

<sup>247</sup> SCHAUER, Frederick. The Limited Domain of the Law - Virginia Law Review, v. 90, p. 1909-1956. 2004. p.1915.

<sup>248</sup> MACCORMICK, op. cit. p.200.

Alexy<sup>249</sup> também adota uma postura parecida, pois defende que se deve buscar modelos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões jurídicas.

Uma decisão que reconhece a validade de quaisquer fundamentos, independentemente de sua natureza, fica comprometida, pois seu resultado pode ser facilmente manipulável e direcionado para a finalidade específica que o julgador venha porventura a desejar. A argumentação jurídica, neste cenário, torna-se um “vale-tudo”, podendo seus parâmetros de correção serem constantemente modificados, a depender das circunstâncias do momento e dos interesses em jogo. Conforme esclarecem Oliveira e Mitidiero<sup>250</sup>, “[...] ao órgão jurisdicional mostra-se lícito, desde que atento ao problema e, em um procedimento discursivamente justificado, transbordar da lei, da mera legalidade, nunca, todavia, abre-se-lhe a possibilidade de soltar-se do justo, da juridicidade estatal”.

O objetivo deste estudo não é definir o limite que deve demarcar aquilo que deve ficar dentro ou fora do discurso jurídico. É uma questão absolutamente complexa e que demandaria um aprofundamento específico. De toda sorte, acredita-se que a aludida limitação dificulta o uso de algumas estratégias argumentativas que tem o potencial de subverter o dever de fundamentação por meio de meros caprichos ou desejos individuais. Assim, vale demonstrar, a título de exemplo, quatro dessas estratégias.

A primeira delas é o consequencialismo, estratégia na qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito de acordo com as consequências práticas que busca evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa que realmente deve ser aplicada.<sup>251</sup>

A segunda estratégia é o populismo, mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito a depender do sentimento social do momento. O raciocínio subjacente a esta estratégia é de que se a maioria da população acredita que se deve decidir em um determinado sentido é isto que deve ser feito. Neste modelo, “julga-se com o ouvido nas ruas”.<sup>252</sup>

Sob esta perspectiva populista, o indivíduo toma alguma proposição como verdadeira pelo simples fato de muitas pessoas acreditarem que ela o é. A vontade popular é o que fundamenta a decisão.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.348.

<sup>250</sup> MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010. p.126.

<sup>251</sup> ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p.61.

<sup>252</sup> Id. 2001. p.68.

<sup>253</sup> KELLEY, David. **The art of reasoning**: an introduction to logic and critical thinking. Fourth edition. W. W. Norton & Company, Inc: New York, 2014. p.106.

A terceira estratégia é o idealismo. Caracteriza-se por moldar o conteúdo ou a força do Direito segundo o modelo ideal de ordenamento jurídico que o intérprete quer copiar ou aproximar do seu próprio ordenamento. Este formato desconsidera as peculiaridades de cada sistema; a estrutura normativa pátria é relativizada por conta de uma outra estrangeira.<sup>254</sup>

A quarta estratégia que deve ser combatida é o emotivismo. O intérprete, ao adotá-la, utiliza palavras com elevada carga conotativa, que têm como propósito persuadir seus destinatários por meio da provocação de emoções. Os argumentos são construídos de forma tão obscura a ponto de não ser possível refutá-los.<sup>255</sup>

Um indivíduo que adota esta estratégia busca a persuasão por meio da emoção, não de provas. Espera, assim, que as pessoas aceitem uma determinada proposição com base em um sentimento que ele introduziu nelas com seu discurso.<sup>256</sup>

Como esclarece Barroso<sup>257</sup>, “[...] o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica”. Esta norma, porém, não está limitada ao texto normativo, em razão da existência de outras espécies normativas, isto é, de outras fontes aceitáveis de orientação decisória. Esta recondução serve para maximizar a segurança jurídica e minimizar o arbítrio e o casuísmo. Se não fosse assim, não seria possível submeter o exercício jurisdicional a controles de correção.

Existe, é claro, subjetividade na atuação do juiz, fato este que, talvez, seja insuperável. Conforme pontua Ferraz<sup>258</sup>, “a subjetividade está e sempre esteve presente nas decisões judiciais. Oculta nas escolhas, inclusive pelo manejo mais ou menos eficiente de técnicas argumentativas”. Hoje, sabe-se que o cérebro opera de maneira extremamente complexa, de modo que as reais razões que embasam o julgamento humano podem, muitas vezes, ficarem escondidas. Esta dimensão subjetiva, contudo, não pode ser entendida como mero capricho; ela decorre do adequado entendimento dos institutos jurídicos e da compreensão, à luz do espírito de sua época.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> ÁVILA, 2001. p.74.

<sup>255</sup> Ibid. p.75.

<sup>256</sup> KELLEY, 2014. p.107.

<sup>257</sup> BARROSO, 2015. p.34 [eletrônico].

<sup>258</sup> FERRAZ, 2018. p.37.

<sup>259</sup> BARROSO, op. cit. p.36 [eletrônico].

Por isto, acredita-se que o julgador dispõe de um espaço discursivo restrito para argumentar quando comparado a outros agentes. Conclui-se, assim, que o julgador sempre terá uma margem de discricção ao decidir; os limites dessa margem, todavia, são delineados pelo próprio ordenamento, o que impede que o campo da juridicidade seja ultrapassado.<sup>260</sup>

Como será mostrado a seguir, até chegar no seu estágio atual, a noção de jurisdição passou por alguns desdobramentos que devem ser mencionados.

---

<sup>260</sup> SILVA, 2004, p.272.

## 4 OS DIFERENTES PAPÉIS DOS JUÍZES NO QUADRO DA JUSTIÇA CIVIL BRASILEIRA

*“O Direito - a afirmação é bem esclarecida na sua filosofia - não é uma ciência de verdades demonstráveis, mas é uma ciência de verdades consensuais, convencionadas e justificáveis. Verdades compartilháveis, portanto”.*

(BUENO, 2022).

### 4.1 DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA JURISDIÇÃO

Falar em jurisdição significa refletir sobre o papel que o juiz exerce ao aplicar o Direito. Existem diferentes concepções acerca da natureza desta atividade; no decorrer dos anos, ela foi sendo reformulada, até chegar no que hoje se entende por jurisdição. Como se verá, o dinamismo da evolução histórica conduziu a uma releitura desse instituto, que foi fundamental no processo civil.

As concepções sobre a jurisdição que viriam a se tornar clássicas (começando por Chiovenda e passando por Carnelluti e Calamandrei) estavam intimamente relacionadas à ascensão do positivismo jurídico a partir do século XIX até meados do século XX na cultura jurídica ocidental. A propósito, “não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural. O conceito de jurisdição, naturalmente, não escapa à contingência histórica”.<sup>261</sup> Os conceitos de jurisdição propostos por estes autores foram forjados com base em duas ideias principais: o cognitivismo interpretativo (formalismo) e o logicismo na aplicação do Direito. Tais ideias foram dois marcos do pensamento jurídico oitocentista.

No final do século XVIII, a vitória da burguesia sobre o regime absolutista resultou na criação de um sistema jurídico-político que ficou conhecido como Estado Liberal de Direito. Neste novo regime, a proteção dada à segurança de cada indivíduo foi infinitamente maior do que aquela dada anteriormente. Enquanto no Estado Absolutista a lei fora pensada apenas para valer entre particulares, isto é, proteger os indivíduos uns dos outros, no Estado Liberal, a ordem jurídica passou a ter como finalidade precípua a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado.<sup>262</sup> Era preciso que o século das luzes se separasse, definitivamente, dos tempos das trevas, que foram marcados por dominação, desigualdade social e obscurantismo religioso.<sup>263</sup>

<sup>261</sup> MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010. p.121.

<sup>262</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.15.

<sup>263</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p.65.

O Estado Liberal traduz-se em um Estado Legal porque de acordo com este arranjo institucional, apenas a lei era capaz de promover garantia, liberdade e segurança. Conseqüentemente, critérios extra ou supraleais eram considerados um perigo para a ordem jurídica, na medida em que ameaçava a separação dos poderes idealizada por Montesquieu. Desta forma, o liberalismo europeu procurou fazer da prática jurídica uma ciência sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas ciências matemáticas. Foi deste contexto que surgiu a suposição de que a lei fosse uma proposição análoga às verdades matemáticas. Dois fatores contribuíram para que a estrita vinculação do juiz à lei assumisse a condição de postulado central: a desconfiança que pairava sobre os magistrados e a adoração pela lei, impulsionada pelo espírito racionalista do período.<sup>264</sup>

Até o poderoso ente estatal deveria se curvar à lei. A filosofia liberal é caracterizada pela desconfiança no poder político, o que explica o seu objetivo de impor-lhe limites. Conforme explica Flach<sup>265</sup>, “o iluminismo constitui, todavia, momento de convergência irrecusável no qual o dever de motivar está posto a serviço da submissão do poder dos juízes ao desígnio do legislador”. Para Mello<sup>266</sup> a redução do Direito à lei, a onipotência do legislador, o objetivismo normativo e a exclusão da moralidade do fenômeno jurídico eram pressupostos teóricos fundamentais.

Entendia-se que a desvinculação com o passado só poderia ser alcançada por meio da segurança fornecida pela lei escrita; o texto, assim, constituiria uma única solução para cada situação, dispensando a necessidade de interpretação pelos magistrados.<sup>267</sup> Estes elementos conduzem à conclusão de que, por ser impensável que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica continha, necessariamente, um sentido unívoco. Caberia ao intérprete, neste sentido, resolver o problema quase “algébrico” da descoberta de sua vontade, com base na neutralidade de um matemático.<sup>268</sup>

Na experiência francesa oriunda da Revolução, os juízes eram concebidos como agentes inanimados que exerciam um poder inexistente.<sup>269</sup> De acordo com Arenhart, Marinoni e Mitidiero<sup>270</sup>, era inexistente porque serviam como meros “boca da lei”, responsáveis por aplicar

<sup>264</sup> SILVA, 2004. p.252.

<sup>265</sup> FLACH, Daisson. **Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p.52.

<sup>266</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.25.

<sup>267</sup> TOVAR, 2020. p.65.

<sup>268</sup> SILVA, op. cit. p.93.

<sup>269</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.25.

<sup>270</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.7.

de forma mecânica os textos legais. Esta ideia decorre da obra “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu. A tarefa a ser efetivada pelo magistrado era de ordem puramente silogística. Tratava-se de um modelo de “legislação sem jurisdição”. Como afirma Mello<sup>271</sup>, “a juridicidade era monopólio da legalidade”, de tal modo que as Constituições só tinham uma função macroestrutural e procedimental dentro do sistema jurídico.

O Estado Liberal tinha como objetivo frear o poder estatal. Em razão disto, erigiu o princípio da legalidade como seu principal fundamento, de modo que tanto a administração pública quanto os juízes ficariam impedidos de justificar suas ações com razões que não decorressem expressamente do texto legal.<sup>272</sup> Na esfera jurídica, o principal anseio era garantir o maior grau possível de vinculação do juiz à lei. Acreditava-se que, só assim, seria possível evitar decisões arbitrárias, caracterizadas por apenas serem justificadas pela íntima – e muitas vezes arbitrária – convicção do julgador. Pregava-se, neste cenário, uma absoluta divisão entre as atividades de criação do Direito e de sua aplicação. Caso contrário, estar-se-ia autorizando uma deturpação da função jurisdicional.

O Estado Legislativo assentava-se, sobretudo, na atividade legislativa, por conta da ruptura histórica advinda com a Revolução Francesa. A crença na capacidade do legislador em resolver todos os problemas sociais através dos textos normativos representava uma projeção, no campo do Direito, da ideologia racionalista característica da “Era das Revoluções”, que era filosoficamente baseada na física e na matemática.<sup>273</sup>

Considerando os ideais perseguidos por este modelo de Estado, ganhou força a teoria cognitivista (ou formalista) da interpretação, segundo a qual, a interpretação é um ato somente de descoberta ou de conhecimento, nunca de decisão ou escolha; o discurso produzido pelo intérprete é descritivo, o que torna possível apurar a sua falsidade ou veracidade; há, em relação a cada dispositivo legal, apenas uma interpretação correta.<sup>274</sup> Afinal, com base nos valores daquele momento histórico, “se interpretar a lei é quase sempre corrompê-la, então é necessário evitar a todo custo que os juízes a interpretem”.<sup>275</sup>

Logo, a atividade jurisdicional era marcada por um traço puramente cognitivo, visto que cabia ao juiz conhecer ou descobrir o verdadeiro (unívoco e determinado) significado do dispositivo legal ou acertar a verdadeira (unívoca e determinada) intenção do legislador ao

---

<sup>271</sup> MELLO, 2004. p.25.

<sup>272</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.25.

<sup>273</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.21.

<sup>274</sup> GUASTINI, 2005. p.160.

<sup>275</sup> MITIDIERO, 2021. p.47.

elaborar o dispositivo legal.<sup>276</sup> Dito de outra forma, a aplicação era puramente cognitiva, pelo fato de o Direito estar completamente descrito no texto da lei, restando ao seu aplicador (o juiz) ser fiel a um conjunto de preceitos integral e univocamente pré-constituídos. Cuidava-se, portanto, de uma função não volitiva, não criativa, não arbitrária, mas sim, técnica, avaliativa e politicamente não comprometida.<sup>277</sup>

Esta visão, ao limitar o exercício da jurisdição, refletia também na interpretação jurídica, reduzindo-a a uma atividade de conhecimento dos textos e aplicação do Direito como procedimento estritamente lógico de subsunção dos fatos à norma aplicável.<sup>278</sup> A interpretação era apenas um dos atos necessários para que a vontade da lei fosse declarada ou para que a justa composição da lide fosse alcançada. O outro ato era o estabelecimento de uma conexão entre o dispositivo e o caso concreto, por meio do qual a vontade legislativa deveria ser concretizada ou em que se efetivaria a justa composição da lide. Acreditava-se que a lógica dedutiva bastava para que tal conexão fosse feita.<sup>279</sup>

Pressupunha-se que texto e norma eram a mesma coisa; portanto, “o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma preexistente para solução do caso concreto”.<sup>280</sup> Toda esta importância foi depositada na lei porque esta passou a ser compreendida como sendo o resultado da cooperação entre a sociedade; o império da lei representava, na verdade, o império da representação popular.

Com a promulgação do *Code Napoléon* (1804), os juristas da época passaram a estudá-lo, principalmente, por meio de uma análise textual. Buscavam explicar artigo por artigo, detalhadamente; porém, por conta dessa metodologia, acabavam por fornecer um exame isolado e acrítico do código, retirando-o do contexto histórico e social em que tinha sido elaborado.<sup>281</sup> Havia a crença de que este código seria uma obra completa e acabada, não havendo necessidade de interpretação por parte do magistrado. Tendo em vista a clareza e a completude da codificação, eventuais apontamentos de omissão ou obscuridade do texto seriam, na verdade,

<sup>276</sup> CHIASSONI, 2020. p.224.

<sup>277</sup> Id. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Trad. Heleno Torres; Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p.322.

<sup>278</sup> LAMEGO, 2018. p.74.

<sup>279</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev. ampl. atual. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. p.47.

<sup>280</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 61-78, abr. 2012. p.62.

<sup>281</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p.516.

resultado de um erro do seu aplicador, o qual, nestes casos, deveria consultar o legislador.<sup>282</sup> Sobre esta suposta completude do código, vale mencionar a lição de Silva<sup>283</sup>:

Torna-se fácil compreender as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustentou esse propósito foi a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a Retórica, enquanto ciência argumentativa, do campo do Direito, basicamente do campo do Processo. A ideia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi denunciada por Agnes Heller, ao mostrar o pathos tirânico, consequentemente antidemocrático, desse modo de compreender o direito. O Direito “perfeito” elimina qualquer tentativa de questionamento. É direito do tirano.

Também é esclarecido por Reichelt<sup>284</sup>:

[...] é possível identificar nos diplomas processuais editados ao longo dos séculos XVII e XVIII traços próprios das novas orientações em sede de lógica imperantes naquela realidade histórica. O influxo do pensamento ramístico (e, mais adiante, cartesiano) traz consigo a aplicação do método matemático no ordenamento jurídico traduzido de diversas maneiras.

Neste cenário, a dogmática libertou o magistrado do absolutismo monárquico, mas ao mesmo tempo o aprisionou ao texto legal; além disso, por meio da certeza do Direito institucionalizada pelo Código Napoleônico, dificultou as tentativas de as classes dominadas insurgirem-se contra a ordem estabelecida. Aliás, Napoleão, como gênio político que era, não tinha dúvidas de que a interpretação – entendida como criação jurisprudencial do Direito – iria roubar-lhe uma significativa parcela de poder, de tal modo que “a ‘sua’ interpretação do Direito acabaria democratizada, transformando-se a interpretação do ‘outro’ coletivo”.<sup>285</sup>

O formalismo – considerando sua vertente legalista e exegética – era amplamente defendido e ensinado pela Escola da Exegese, a qual predominou na doutrina civilista francesa e belga na primeira metade do século XIX. Seus adeptos defendiam a máxima adesão ao texto previsto no *Code Napoléon*.<sup>286</sup> Isto ocorria porque toda matéria civil pré-vigente ao código havia sido encerrada, pondo fim ao particularismo jurídico que dominara o Antigo Regime; o Direito, neste trilhar de ideias, estava previsto em um número definido de enunciados, redigidos

<sup>282</sup> BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil *law e o common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, p. 9-52, nov. 2010. p.14.

<sup>283</sup> SILVA, 2004. p.93.

<sup>284</sup> REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.6.

<sup>285</sup> SILVA, 2004. p.25.

<sup>286</sup> LAMEGO, 2018. p.96

de forma clara, sendo o Código Napoleônico o eixo de todo o sistema. Chiassoni<sup>287</sup> explica que a locução Escola da Exegese pode significar duas coisas: a primeira, o grupo de juristas franceses e belgas que, no decorrer do século XIX, dedicaram-se ao estudo do Código Napoleônico e a segunda as doutrinas formuladas por tais juristas.

Quando se adota uma concepção cognitivista da interpretação, a fundamentação das premissas normativas tem pouca relevância, pois a fixação destas, ampara-se no fato de que o sentido de cada artigo é unívoco e preexistente à interpretação.<sup>288</sup> Segundo o ensinamento de Lamego<sup>289</sup>:

O modelo logicista (dedutivista) não trata do problema empírico de como os juízes estabelecem as premissas (normativas e fáticas) da decisão nem de como efetivamente decidem: diz respeito, tão somente, à estrutura racional do processo de aplicação do Direito. [...] tem que ver apenas com a correção formal da decisão, não com sua justificação “material”, isto é, com sua conformidade a um certo sistema de valores.

Afinal, quem apenas declara uma verdade preexistente não tem o que fundamentar. Não é que não existia argumentação, mas esta era tautológica, pois não havia necessidade de que as razões de decidir fossem apresentadas, a não ser aquelas que estavam, exclusivamente, contidas na própria legislação.<sup>290</sup> Para que uma decisão judicial fosse considerada fundamentada bastava que decorresse única e exclusivamente de premissas lógicas. Este quadro teórico é sintetizado por Mitidiero, Marinoni e Arenhart<sup>291</sup> em dez tópicos:

A uma, o direito era visto desde uma perspectiva imperativista, isto é, o direito seria basicamente um conjunto de comandos e vedações. A duas, era visto como um sistema, como algo necessariamente dotado de plenitude, isto é, um todo ordenado, completo e coerente. A três, era visto como uma ciência, nos mesmos moldes das ciências da natureza, sendo o discurso jurídico avalorativo. A quatro, era encarado como algo artificial, vale dizer, tão somente como um produto da convivência social. A cinco, como um sistema artificial de imperativos cuja eficácia depende invariavelmente do uso da força, sendo o direito apenas aquilo que pode ser sancionado coercitivamente. A seis, diante do seu caráter necessariamente sancionatório, o direito era visto como algo sempre ligado ao estado – estatismo jurídico –, na medida em que apenas o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força. A sete, por ser necessariamente de origem estatal, o direito sempre deveria ser veiculado pela legislação, sendo a lei a fonte exclusiva ou ao menos preponderante de todas as manifestações do direito. A oito, sendo o direito artificial e estando a sua validade ligada tão somente à sua origem e à forma com que exteriorizado – formalismo jurídico –, esse teria uma moralidade contingente, não sendo a assunção de determinada moral condição de validade do discurso jurídico. A nove, pressupondo-se a norma como algo pré-existente à atividade interpretativa do juiz, o

<sup>287</sup> CHIASSONI, 2017. p.336.

<sup>288</sup> KOCHER, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 59-83, jun, 2015. p.9.

<sup>289</sup> LAMEGO, 2018. p.96.

<sup>290</sup> TOVAR, 2020. p.71.

<sup>291</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016b. p.45.

positivismo clássico enxergava na interpretação uma atividade puramente cognitiva, cujo objeto estava em declarar o correto significado da norma. A dez, por fim, o positivismo clássico pressupunha que a ligação entre a norma e o caso concreto ocorreria mediante um juízo puramente lógico-dedutivo, em que figuraria como premissa maior a norma, premissa menor o caso e como conclusão a solução jurídica verdadeira para a causa.

Ao não enfrentar questões fundamentais como interpretação e discricionariedade judicial, o sonho puramente racionalista acabou indo de encontro ao que a filosofia liberal procurara promover. Isto porque a perspectiva de Direito que foi propagada durante o século XVIII carregava em si um traço notadamente autoritário, “correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático [...]”.<sup>292</sup> Desta forma, era impossível conter os abusos legislativos.

O problema da arbitrariedade dos aplicadores ao interpretarem o Direito acabou sendo relegado pelo formalismo. Isto indica que não foram enfrentadas questões referentes à inevitável margem de discricionariedade que tem o intérprete ao examinar um texto normativo.<sup>293</sup> Aliás, esta margem é institucionalmente ausente na jurisdição apenas declaratória.<sup>294</sup>

Quando se reconhece que a norma jurídica se assemelha a uma proposição algébrica é impensável cogitar que ela tenha duas vontades, bem como que seus aplicadores possam gozar de algum grau de discricionariedade. Ficava excluída qualquer possibilidade de compreensão hermenêutica do texto. Como explica Silva<sup>295</sup> uma das principais premissas era a de que “como não necessitamos de eloquência argumentativa para convencer aos demais da correção com que elaboramos uma equação matemática, assim também a “verdade” haveria de surgir, nas controvérsias forenses, com a evidência própria dos silogismos”.

A doutrina formalista foi determinante para a configuração do processo civil. Uma das principais consequências foi a ausência de acréscimo de dados normativos ao sistema por meio das decisões jurisdicionais, dado que a jurisdição e o processo tinham como finalidade apenas resolver casos concretos, a partir da declaração da norma incidente e aplicável.<sup>296</sup> Destarte, Silva<sup>297</sup> argumenta que:

---

<sup>292</sup> SILVA, 2004. p.25.

<sup>293</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Teoria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016. p.22.

<sup>294</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 9-19, abr. 2008. p.14.

<sup>295</sup> Id. 2004. p.24.

<sup>296</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016b. p.48.

<sup>297</sup> SILVA, 2008. p.12.

O sonho da Ilustração europeia de transformar o direito numa ciência exata, segundo os padrões epistemológicos das matemáticas, determinou que o processo civil se tornasse uma ciência rigorosamente formal; uma ciência abstrata, de fórmulas puras e normas vazias, preparadas para uma jurisdição cuja tarefa estaria reduzida a verbalizar a “vontade” do legislador, ou a vontade do Poder. Uma espécie de oráculo da Lei.

Estimulado pelas ideias jurídico-filosóficas que prevaleciam no século XIX, Chiovenda<sup>298</sup> defendia uma divisão absoluta entre a função de criar a lei e a de aplicá-la. A finalidade da atuação do magistrado seria a própria atuação da lei, realizando o ordenamento jurídico. Ele partia da premissa de que as leis italianas conseguiriam regular, de forma detalhada, as relações jurídicas existentes. Inserido neste contexto, Chiovenda<sup>299</sup> compreendia a jurisdição como: “[...] uma função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”. Segundo Vitorelli e Osna<sup>300</sup>, o processo seria satisfatório se alcançasse uma declaração final, pois o que importava era dizer o Direito, não o realizar.

Por seu turno, Carnelutti<sup>301</sup>, acreditava que a jurisdição consistia na justa composição da lide, mediante sentença de natureza puramente declaratória. Com base nisto, sem lide não haveria atividade jurisdicional. Carnelutti entendia que a sentença tornava concreta a norma abstrata e genérica, de modo a fazer particular a lei para os litigantes. Como explica Marinoni<sup>302</sup>, “[...] Carnelutti via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz – no conflito de interesses – a característica que deveria conferir corpo à jurisdição”.

Em sentido semelhante, segundo a concepção de Calamandrei<sup>303</sup>, apenas a função declaratória seria verdadeira jurisdição. Ele sustentava, ainda, que a lei se individualiza por meio da sentença. De acordo com estas visões (sobretudo de Carnelutti e Calamandrei) o processo jurisdicional servia como um instrumento de eliminação da lide, mediante a declaração do direito no caso concreto. Isto contribuiu para a formação individualista da mentalidade jurídica, ou seja, focada essencialmente no indivíduo, não na coletividade. A propósito, Silva<sup>304</sup> aponta que:

<sup>298</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.31.

<sup>299</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998. p. 8.

<sup>300</sup> VITORELLI, 2022. p.378.

<sup>301</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1. p.32.

<sup>302</sup> MARINONI, 2013. p.36.

<sup>303</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia; Sandra Barbery. v.1. Campinas: Bookseller, 1999. p.156.

<sup>304</sup> SILVA, 2004. p.56.

A influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias que de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno [...].

As teorias clássicas da jurisdição voltadas ao direito processual civil foram claramente inspiradas no modelo institucional de Estado de matriz liberal, dando continuidade ideológica ao pensamento dos juristas do século XIX.<sup>305</sup> Sendo assim, o modelo de juiz que foi construído a partir da concepção cognitivista era ideológico e adequado para o momento histórico em que foi concebido. A crença absoluta no legislador representava uma projeção, no campo jurídico, de uma ideologia racionalista. Conforme lição de Guastini<sup>306</sup> “não é difícil ver em contraluz, por trás da teoria cognitivista, uma ideologia, isto é, uma doutrina que busca não tanto descrever aquilo que acontece, como prescrever aquilo que deveria acontecer”. Segundo Silva<sup>307</sup> o modelo de juiz “neutro” proposto por Montesquieu, por exemplo, não correspondia a uma descrição empírica da realidade; era, na verdade, uma prescrição daquilo que se desejava que acontecesse.

Logo, as teorias que foram forjadas dentro do processo civil não devem ser consideradas erradas, pois precisam ser lidas à luz do modelo estatal em que foram nutridas. A busca pela vontade da lei foi, por certo período, “[...] capaz de produzir frutos numa sociedade homogênea e estável como foi a Europa do Século XIX [...]”.<sup>308</sup>

No entanto, na virada do século XIX para o XX, esta corrente de pensamento passou a ser duramente criticada, pois o caráter valorativo – e não só mecânico – da atividade jurisdicional foi aos poucos sendo reconhecido. Um exemplo disto foi o movimento realista norte-americano, mencionado na seção anterior deste estudo.

Para fins de melhor compreensão, é preciso esclarecer que o formalismo jurídico se revelou de maneira diferente no quadro da cultura jurídica do *Civil Law* e no quadro metodológico do *Common Law*. Neste último, o formalismo caracterizou-se, principalmente, pela adesão ao precedente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* e a aplicação mecânica da *ratio* a futuros casos análogos, ao passo que, no âmbito do *Civil Law*, o formalismo restou identificado como a redução da interpretação jurídica a uma atividade de conhecimento dos textos e aplicação do Direito como procedimento estritamente lógico de subsunção dos fatos à norma aplicável.<sup>309</sup>

---

<sup>305</sup> MARINONI, 2013. p.34.

<sup>306</sup> GUASTINI, 2019. p.360.

<sup>307</sup> SILVA, 2004. p.273.

<sup>308</sup> Id. 2008. p.9.

<sup>309</sup> LAMEGO, 2018. p.204.

Em ambas as vertentes, o núcleo era semelhante, pois a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente com fundamento no *Common Law*, no caso inglês, e na lei, no caso francês. Consequentemente, a aplicação do Direito era lógico-dedutiva.<sup>310</sup> Como aponta Mitidiero<sup>311</sup> o cognitivismo amparava-se em duas soluções mitológicas, sendo que a experiência jurídica inglesa agarrava-se à crença de que os juízes eram oráculos do Direito, materializando provas vivas da existência do *Common Law*; na experiência francesa, por sua vez, os juízes eram considerados seres inanimados, aos quais cabia executar um poder inexistente.

Na Europa Continental, a reação antiformalista pode ser justificada pela chegada de um novo contexto social. Como dito, o formalismo foi configurado em um momento cultural caracterizado por sua inflexibilidade, visto que as instituições jurídicas e as normas legais conseguiam administrar as estruturas sociais e políticas daquele período. Isto foi sendo alterado à medida que várias mudanças sociais começaram a surgir. Nos países mais avançados, por exemplo, as Revoluções Industriais promoveram uma abrupta modificação no modo de funcionamento da vida em sociedade, de modo que se passou a exigir a troca das já ultrapassadas leis, cujo propósito era garantir os interesses da classe burguesa.<sup>312</sup>

Foi natural o aparecimento de críticas ao modelo formalista, na medida em que se defendia a necessidade de que o Direito – também por meio da interpretação – refletisse acerca da realidade do contexto histórico em que se vivia, tornando-se capaz de atender às novas demandas sociais. Constatou-se que a complexidade social ultrapassava a capacidade do legislador de regulá-la, pois muitos conflitos não se enquadravam nas normas existentes, bem como pelo fato de a linguagem jurídica ser imprecisa, o que servia para enaltecer a importância da interpretação.<sup>313</sup>

Dois fatores foram determinantes para o redimensionamento das funções do juiz: o primeiro foi o reconhecimento da insuficiência do texto normativo, a qual decorre de contradições, omissões, redundâncias, vagueza, ambiguidade, etc; o segundo foi a submissão do magistrado – e também da lei – à Constituição, de tal sorte que o caso concreto deveria ser resolvido mediante uma aplicação constitucional da lei. Em virtude de as normas

---

<sup>310</sup> LAMEGO, 2018. p.26.

<sup>311</sup> MITIDIERO, 2021. p.25.

<sup>312</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.106.

<sup>313</sup> Ibid.

constitucionais terem um caráter aberto, o juiz precisaria decidir com base em diferentes valores e princípios.<sup>314</sup> É esclarecido por Ávila<sup>315</sup> que:

Como o Poder Legislativo edita normas gerais, e como a linguagem é, em larga medida, indeterminada, caberá ao Poder Judiciário a imprescindível função de adequar a generalidade das regras à individualidade dos casos, bem como escolher, dentre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se conforme à Constituição.

A partir do momento em que a lei passou a submeter-se à Constituição, a jurisdição avocou para si a função de controlar a validade da lei em relação aos direitos fundamentais. Em razão disto, foi pulverizada a crença de que o juiz seria capaz de resolver as controvérsias jurídicas mediante um processo unicamente lógico, seguindo um método de subsunção entre as situações concretas e as hipóteses abstratas do ordenamento.<sup>316</sup> A artificialidade do Direito foi exposta e, por consequência, admitiu-se que os textos precisavam ser interpretados. Outro ponto que merece destaque é que o constitucionalismo jogou luzes sobre o seguinte fato: o poder estatal, ao ser exercido, precisa levar em conta a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, reconhecendo esta preservação como uma diretriz a ser perenemente seguida.<sup>317</sup> Restou absolutamente abalada a busca pela vontade legislativa, que acabou se tornando uma distante fantasia.<sup>318</sup>

Oportuno recordar que o fenômeno jurídico é fruto da cultura. Nas palavras de Jobim<sup>319</sup>, “[...] o processo e o Direito devem se adaptar àquela determinada cultura na época ou na sociedade na qual se vive, assim como esta adaptar-se às inovações porventura trazidas por aqueles”. No mesmo sentido, Osna<sup>320</sup> assinala que “não há reforma processual que não se encontre influenciada pelo seu pano de fundo contextual”.

Percebeu-se que “a adoção de uma perspectiva argumentativa no exame dos fenômenos processuais permite compreender, dentre outras coisas, qual a influência exercida pela bagagem cultural das partes e do juiz no processo de interpretação [...]”.<sup>321</sup> A evolução da história deu

<sup>314</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.38.

<sup>315</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan.-fev.-mar. 2009. p.17. Disponível em: [https://revistas.unifacs.br/...](https://revistas.unifacs.br/) Acesso em: 19 nov. 2022.

<sup>316</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. El precedente interpretativo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 2, p.423-451, 2017. p.116. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017\\_02\\_0423\\_0451.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0423_0451.pdf). Acesso em: 22 ago. 2022.

<sup>317</sup> PEREIRA; ZANETI JR., 2016. p.22.

<sup>318</sup> SILVA, 2008. p.9.

<sup>319</sup> JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.90.

<sup>320</sup> OSNA, 2017. p.38.

<sup>321</sup> REICHELTL, 2009. p.86.

fim ao sonho iluminista que imaginara o Direito contido inteiramente em seu texto. A construção do Estado Constitucional relaciona-se ao rompimento com regimes políticos autoritários, renovando a organização política a partir de um novo modelo de legitimidade.<sup>322</sup>

Com o final da Segunda Guerra Mundial, a metodologia jurídica tradicional entrou em crise. Consoante a lição de Bustamante<sup>323</sup>, “o período do pós-guerra é marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à aplicação de um direito inteiramente moldado pelo legislador”. Havia, em especial, um desprestígio em relação à lógica formal no pensamento jurídico. Além disto, as duas guerras mundiais contribuíram para que a comunidade jurídica rejeitasse a visão de que qualquer conteúdo normativo pudesse ser compreendido como Direito. Tudo isto fez com que, por volta da segunda metade do século XX, o raciocínio jurídico começasse a ser visto como um procedimento dialógico, o que gerou o enfraquecimento dos pressupostos teóricos até então consolidados. Veja-se a lição de Wambier e Talamini<sup>324</sup>:

Ao longo do século XX, uma série de fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais alteraram profundamente os traços das sociedades e Estados contemporâneos. Graves episódios – notadamente o advento de regimes totalitários e as duas grandes guerras mundiais – impuseram uma reação positiva: a consolidação de um modelo de ordenamento jurídico que confere primazia à Constituição. É o que se tem no atual direito brasileiro [...]. Diante desse cenário, a jurisdição assume papel de imensa importância nos atuais Estados de Direito. Cabe-lhe permanentemente identificar e concretizar os valores fundamentais estabelecidos na Constituição. Fica descartada a ideia de que a jurisdição consista na atividade de aplicação pura e automática da lei ao caso concreto (concepção essa discutível mesmo antes). Reconhece-se que a interpretação e aplicação do direito, especialmente dos princípios constitucionais, envolve necessariamente uma atividade que é em certa medida construtiva.

Neste sentido, fatores de diferentes ordens – frutos da modernidade – acabam por expor o anacronismo de sistemas processuais “[...] que ainda se encontram ancorados na esperança iluminista de construir uma ordem jurídica isente de valores, na qual o magistrado seria uma entidade neutra e passiva [...]”.<sup>325</sup> É preciso assimilar a relação entre a legislação e a jurisdição como dinâmica e cooperativa, na qual há um espaço retórico. Foi nesse momento histórico que foi promovida a crença de que a existência de um Poder Judiciário independente é essencial para a preservação de instituições democráticas e de direitos fundamentais.<sup>326</sup>

<sup>322</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.22.

<sup>323</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, jul/set. 2004. p.153-155. Disponível em: <https://www.academia.edu/...> Acesso em: 23 ago. 2022.

<sup>324</sup> TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. rev. ampl. atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.125.

<sup>325</sup> SILVA, [s.d]. p.10 [eletrônico].

<sup>326</sup> BARROSO, 2015. p.28 [eletrônico].

Fica evidente que o declínio do normativismo legalista foi acompanhado por uma alteração na forma pela qual o Direito vinha sendo aplicado; passou-se a decidir com base em princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade. Ou seja, passou-se a formular decisões a partir da incerteza, da indeterminação. Consequentemente, a função jurisdicional transformou-se em uma peça-chave para o processo de concretização normativa. Afinal, “é no seio da atividade jurisdicional que se desenvolve o processo civil”.<sup>327</sup>

Assim, a produção jurídica deverá atender requisitos não apenas de ordem formal, mas também, substancial. Sob o aspecto formal de legitimidade, as normas e os atos de poder precisam emanar de órgãos competentes, além de respeitar as condições para a sua vigência; sob o aspecto substancial, instala-se um modelo axiológico de normas constitucionais que deve ser observado.<sup>328</sup>

Como argui Oliveira<sup>329</sup>, “na época atual o direito não pode mais ser concebido apenas como um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo”. Didier Jr.<sup>330</sup>, refere que diante das mudanças pelas quais passou a organização do Estado ao longo da história, não é mais possível utilizar uma noção de jurisdição concebida para um modelo de Estado que não existe mais. Neste sentido, Medina<sup>331</sup> informa que hoje, a jurisdição deve ser compreendida como a função conferida a um terceiro imparcial para realizar o Direito de maneira imperativa e criativa (reconstrutiva). No entanto, o juiz não está autorizado a – na acepção literal do termo – “criar” o Direito, na medida em que deve formular a solução para o caso concreto dentro do sistema jurídico.

Atualmente no Brasil, o caráter adscritivo da interpretação é amplamente reconhecido, admitindo-se a distinção entre texto e norma, bem como a natureza reconstrutiva da jurisdição. Por conseguinte, isto dá ênfase à atividade das Cortes Supremas de dar unidade ao Direito, de modo que “a tarefa confiada aos juízes de descobrir a ‘vontade da lei’ tornou-se uma trágica quimera”.<sup>332</sup>

<sup>327</sup> TALAMINI; WAMBIER, 2016. p.107.

<sup>328</sup> ABELLÁN; FIGUEROA, 2003. p.34.

<sup>329</sup> OLIVEIRA, 2008. p.81.

<sup>330</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. atual. v.1. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.155.

<sup>331</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.141.

<sup>332</sup> SILVA, 2008. p.13.

#### 4.2 O MODELO DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O dever de fundamentação, no Brasil, não é algo novo.<sup>333</sup> Desde 1988, o texto constitucional dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.<sup>334</sup> Porém, até a entrada em vigor do CPC/15 – primeira codificação no plano processual criada no Estado Democrático de Direito –, tal dever não havia sido densificado por uma norma infraconstitucional. Até então, na prática, a exigência de fundamentação cumpria um papel mais formal do que substancial, pois não se sabia ao certo o que significava fundamentar. Sabia-se, apenas, qual era o efeito da não fundamentação: nulidade da decisão. Faltavam parâmetros mínimos para que se pudesse dizer se uma decisão estava fundamentada ou não.

O CPC/39 foi a primeira codificação que tentou unificar e disciplinar, em nível nacional, os institutos e regras processuais. O documento normativo objetivava dar centralidade ao Estado no que tocava à resolução de litígios, por meio da figura do juiz. Assim, “[...] ao juiz caberia uma atividade solitária de condução do processo para afirmar a vontade do Estado [...]”.<sup>335</sup> Esta legislação processual foi concebida durante o Estado Novo (fase ditatorial da Era Vargas), ou seja, durante um governo autoritário e ultranacionalista, cujos principais traços eram o assistencialismo e o populismo.

O CPC/39 não se aprofundou sobre a temática da fundamentação, entretanto, não pode dizer-se que não tenha referido a sua necessidade. Neste sentido, o art. 118, parágrafo único, previa que “o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”. Havia, ainda, a determinação do art. 280, II, no sentido de que a sentença deveria ser elaborada de forma clara e precisa, contendo os fundamentos de fato e de Direito.

De maneiras semelhante, o CPC/73, em diferentes dispositivos, reconheceu o dever de fundamentação. Constava do art. 131 que, embora o julgador pudesse apreciar livremente a

---

<sup>333</sup> Convém registrar que foi com a Constituição de 1988 que a fundamentação passou a ter seus contornos atuais, sendo concebida como uma obrigatoriedade direcionada aos juízes e uma garantia assegurada aos cidadãos. No entanto, desde as ordenações do reino de Portugal, o dever de fundamentação está presente na tradição jurídica brasileira. João Luiz Rocha do Nascimento explica que “é na perspectiva do direito lusitano que o tema da fundamentação das decisões judiciais ingressa em terras brasileiras, pois como é público e notório, desde o período colonial que o processo civil no Brasil foi regulado por leis provenientes das terras lusitanas, fenômeno que vai se repetir mesmo depois de o país se tornar independente, visto que, por um bom período, continuou a ser regido pelas leis de Portugal” (NASCIMENTO, 2021. p.215).

<sup>334</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 93, inciso IX. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/constituicao>. Acesso em: 19 nov. 2022.

<sup>335</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Baccha e. Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro: o código de processo civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, p.49-69, set. 2017. p.52.

prova dos autos, deveria indicar, na sentença, os motivos que contribuíram para o seu convencimento. Por sua vez, o art. 165 assinalava que, ainda que de modo conciso, as demais decisões – para além da sentença – também seriam fundamentadas; por fim, era referido no art. 458 que os fundamentos eram um dos requisitos essenciais da sentença.

O CPC/73, em que pese tenha sido elaborado quase um século após a derrocada da Escola da Exegese, mantinha em seu texto nítida influência da teoria cognitivista da interpretação. É apontado por Mello<sup>336</sup> que:

O exame das normas do Código de Processo Civil de 1973 que regulavam a decisão judicial sugere que o estatuto agora revogado se filiava a uma concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominava a cultura jurídica brasileira à época da sua edição. O sistema jurídico era compreendido como uma ordem composta basicamente de leis editadas pelo poder legislativo e se caracterizava pela capacidade de oferecer solução para todos os fatos da vida que de alguma maneira haviam sido regulados pelas normas previstas nos textos legais. A decisão judicial compunha-se da investigação dos fatos demonstrados no processo judicial, da interpretação dos documentos normativos e da aplicação das normas interpretadas aos fatos apurados. A interpretação parecia compreendida como uma tarefa essencialmente cognitiva, ou seja, a tarefa do juiz limitava-se a conhecer o significado dos enunciados normativos contidos na legislação. O legislador não demonstrou preocupação com a atividade de conhecimento do significado dos textos legais. De fato, o Código de 1973 sugere um legislador confiante na capacidade dos documentos normativos de possuírem um significado suficientemente claro, determinado e preciso, plenamente apreensível pela mente do juiz. Não há evidência de qualquer suspeita de que o juiz, ao interpretar os textos, pudesse se deparar com problemas de incerteza, ambiguidade ou indeterminação semântica de seus enunciados, ou que fosse constrangido ou induzido a fazer escolhas, a realizar juízos valorativos, que pudesse recorrer à sua vontade ou a concepções subjetivas suas ao sentenciar um processo. Tudo indica que o legislador de 1973 confiava na premissa de que a ordem jurídica é potencialmente completa e coerente, sendo composta de normas semanticamente precisas e de fácil interpretação por parte de seus aplicadores.

Tal codificação estava ligada a uma corrente formalista do pensamento jurídico, que contemplava o ordenamento como um sistema fechado, formado por normas rígidas e poucas cláusulas gerais. Preponderava uma visão liberal que almejava, acima de tudo, a segurança jurídica. Haja vista a importância da cultura para o fenômeno jurídico, convém lembrar que o Código Buzaid surgiu no âmbito de uma ditadura militar, o que fez com que seu texto normativo desse muita importância ao fator técnico, deixando de lado o plano axiológico.<sup>337</sup>

Conseqüentemente, construiu-se um processo civil de natureza essencialmente liberal, que buscava um juízo de certeza na prolação da decisão, guiando-se por um pensamento quase

<sup>336</sup> MELLO, 2016. p.63-64.

<sup>337</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e codificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 179, p.261-272, jan. 2010. p.261.

matemático. Para Jobim e Vieira<sup>338</sup>, tecnicidade, rigidez e formalidade são três palavras que servem bem para qualificar o Código de 1973. Medina<sup>339</sup> afirma que a participação do juiz e das partes na criação do Direito era pequena, visto que preponderava o entendimento de que bastava alinhar a lide com a lei.

Em 1988, com a edição da Constituição, foi feito um novo desenho valorativo do quadro processual da época, o que implicou uma “[...] ruptura ideológica em relação à mentalidade liberal do CPC/73, na medida em que a dignidade da pessoa humana e a tutela dos direitos fundamentais passaram a figurar como valores centrais do ordenamento jurídico brasileiro [...]”.<sup>340</sup> Medina<sup>341</sup> ensina que “o levar a séria a Constituição impõe que sejam revistas e, em alguns casos, abandonadas estruturas jurídicas”.

Inspirado em modelos legislativos e correntes doutrinárias da Europa Continental, foi questão de tempo para que se notasse que o CPC/73 estava em contradição com as diretrizes do sistema constitucional brasileiro. Em decorrência da evolução social, política e jurídica – que resultou diretamente da Constituição de 1988 – reconheceu-se que algumas mudanças processuais civis deveriam ser implementadas no Código Buzaid. Várias destas foram promovidas, modificando o texto processual. Na sequência, iniciaram-se as tratativas de se repensar um novo e contemporâneo Direito Processual Civil, com a elaboração de um novo Código. A nova legislação deveria ser permeada de valores constitucionais e comprometida com uma efetiva e justa pacificação social.<sup>342</sup>

Nas atas documentais das reuniões realizadas pela comissão de juristas incumbida de elaborar e apresentar o anteprojeto do novo código, nota-se uma preocupação geral no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais. Prevalcia, entre os membros da comissão, o entendimento de que, tanto as regras de conteúdo vago ou indeterminado quanto as cláusulas gerais, tinham potencial para encobrir decisões judiciais subjetivas. Pretendia-se, por conta disso, obrigar o juiz a expor as razões que influenciaram o seu convencimento.<sup>343</sup>

O novo código veio “carregado de esperança de um futuro melhor, envolto na pretensão de fazer o que a legislação que o precedeu não conseguiu”.<sup>344</sup> A sua edição representou uma

---

<sup>338</sup> JOBIM, Marco Félix; VIEIRA, Isabelle Almeida Vieira. Exposição de motivos do código de processo civil de 2015: breve apanhado histórico dos motivos que determinaram a edição dos códigos de processo civil brasileiros. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 327, p. 83-107, maio, 2022. p.85.

<sup>339</sup> MEDINA, 2015. p.68.

<sup>340</sup> JOBIM; VIEIRA, op. cit, p.87.

<sup>341</sup> MEDINA, op. cit. p.72

<sup>342</sup> OLIVEIRA, 2010. p.263.

<sup>343</sup> MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 59-84, ago. 2015. p.61.

<sup>344</sup> REICHEL, 2016. p.1.

importante mudança de paradigma, não apenas da estrutura procedimental do processo, mas, principalmente, das bases elementares da função jurisdicional, que encontra na fundamentação o seu núcleo. Para Theodoro Júnior<sup>345</sup>, “o atual Código foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores”.

O formalismo interpretativo foi rejeitado pelo CPC/15, o qual buscou regular a decisão judicial baseando-se em uma concepção muito mais sofisticada e exigente acerca da interpretação. A preocupação com a fundamentação das decisões é verificada em diferentes dispositivos do novo texto normativo. Contudo, para Mello<sup>346</sup>, o epicentro da nova regulação legislativa da decisão judicial, é o art. 489, §§ 1º e 2º. Para Hoffmann Júnior e Jobim<sup>347</sup> este dispositivo colocou a nova legislação processual em consonância com a atualizada teoria do Direito sobre a dissociação entre texto e norma. Fala-se em um dever de fundamentação analítica. Nesta esteira, Kochem<sup>348</sup> pontua que:

A racionalidade das decisões judiciais é entendida como a possibilidade de realizar uma recongnição analítica da decisão, isto é: a possibilidade de reconhecer na decisão judicial, analiticamente, as diferentes operações realizadas (ou melhor: justificadas) pelo intérprete e, tendo em conta o método de cada uma dessas operações, de aferir a correção das operações. [...] Somente dessa forma, a imputação de consequências jurídicas pode ser tida como não arbitrária.

Segundo Kochem<sup>349</sup>, a nova codificação criou os mecanismos necessários para que o juiz apresente fundamentos para o seu pronunciamento, “[...] utilizando os argumentos trazidos pelas partes e acabando com o mito de que a decisão judicial é fruto de uma consciência discricionária (ou convicção) exclusiva e subjetiva”. Taruffo<sup>350</sup> ao considerar os inúmeros significados que podem ser atribuídos ao vocábulo “motivação”, pondera que “não tem sentido, portanto, propor-se de perquirir uma definição geral, positiva, absoluta do significado da motivação: faz sentido, porém, aproximar-se do fenômeno mediante definições negativas”. Tal assertiva é claramente confirmada pelo art. 489 do CPC/15, pois em tal dispositivo são elencados exemplos do que são consideradas decisões não fundamentadas:

---

<sup>345</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.634.

<sup>346</sup> MELLO, 2016. p. 63-65.

<sup>347</sup> HOFFMANN JÚNIOR; JOBIM, 2017. p.12.

<sup>348</sup> KOHEM, 2015. p.5.

<sup>349</sup> BAHIA; PEDRON; SILVA, 2017. p.54.

<sup>350</sup> TARUFFO, 2015. p.122.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 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.<sup>351</sup>

O primeiro inciso revela que o julgador não apenas descreve significados estabelecidos pelo legislador, mas também os adscrive e cria, sendo a sua atuação limitada e suscetível de controle intersubjetivo. Para Ávila<sup>352</sup> os pronunciamentos jurisdicionais são intersubjetivamente controláveis se “forem estruturados sistematicamente, consistentes, seguirem a força dos argumentos e forem abertos à crítica, bem como respeitarem as condições de racionalidade lógica e do discurso [...]”. Ademais, oportuno registrar o comentário de Didier Jr.<sup>353</sup>:

Durante muito tempo, calcado na pretensão universalizante da lógica formal, o pensamento dogmático, sobretudo na seara processual, tendeu a afirmar que toda decisão judicial contém um silogismo, porque é composta de uma premissa maior (a lei), de uma premissa menor (os fatos trazidos no caso concreto e de uma conclusão lógica (solução). Ou seja, a solução do problema seria uma pura e quase automática decorrência da incidência da lei sobre os fatos concretos. Como se o magistrado fosse um autômato e toda solução viesse adrede preparada e embalada, no texto da lei.

Com o CPC/15, esta concepção mudou radicalmente, pois se reconhece que, para decidir, o juiz precisa interpretar os enunciados normativos em que os fatos supostamente se enquadram. O sentido fim do ato interpretativo não é algo dado, mas algo construído pelo julgador.<sup>354</sup> Logo, sempre que se invocar um determinado artigo para resolver o problema jurídico, é preciso mostrar qual significado está sendo empregado no caso concreto, bem como quais são os efeitos jurídicos que dele são extraídos.<sup>355</sup>

Além do mais, Braga, Didier Jr. e Oliveira<sup>356</sup> comentam que “cumprido o chamado roteiro semasiológico – processo de atribuição de sentido às alegações de fato e ao texto

<sup>351</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art. 489 do CPC/15. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

<sup>352</sup> ÁVILA, 2013. p.195 [eletrônico]

<sup>353</sup> BRAGA; OLIVEIRA; DIDIER JR., 2016a. p.334.

<sup>354</sup> Ibid. p.336.

<sup>355</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.617.

<sup>356</sup> BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Arts. 489 a 495. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). **Comentários ao novo código de Processo Civil**. 2.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016b. p.711.

normativo –, é preciso analisar se e de que modo a norma jurídica extraída do texto incide sobre aqueles fatos”. A importância deste primeiro inciso reside no fato de que ele alerta o juiz sobre a necessidade de que o ato decisório dê conta de demonstrar qual é a interpretação que ele fez do texto normativo, dos fatos e das provas que sustentam seu convencimento.

O segundo inciso do § 1º, do art. 489 do CPC/15, joga luzes sobre a indeterminação no Direito. Como assinalam Arenhart, Marinoni e Mitidiero<sup>357</sup>, “é muito comum o emprego pelo legislador de termos propositadamente vagos (‘função social’, ‘boa-fé’, ‘dignidade’, ‘medidas necessárias’, ‘repercussão geral’ e outros)”. Por conta da dupla indeterminação do Direito, o julgador precisa de atenção redobrada quando tem diante de si uma norma cujo conteúdo normativo não é facilmente apreendido. É dito por Braga, Didier Jr. e Oliveira<sup>358</sup>:

O fenômeno da textualização normativa aberta busca atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem a inevitável evolução social e valorativa que se dá com o passar do tempo. O texto normativo composto por conceitos indeterminados tende a durar mais tempo, atendendo a um número maior de casos, presentes e futuros; tende a adaptar-se mais facilmente a novas realidades; tende, enfim, e justamente por isso, a propiciar um ganho normativo ao sistema jurídico, em termos de justiça e coesão. A indeterminação do texto normativo pode ater-se apenas aos conceitos e termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista (ou hipótese de incidência), ou pode ir além, atingindo também a consequência jurídica da incidência normativa. Quando isso acontece, temos as chamadas cláusulas gerais. Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Ela se caracteriza por apresentar um grau de indeterminação maior que o texto normativo que contém apenas conceitos indeterminados. Isso porque ela, além dos conceitos vagos que compõem a sua hipótese de incidência, é indeterminada também quanto à consequência jurídica da própria incidência. Em outras palavras, no enunciado que contém conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago; nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem) como também de efeitos.

É incorporado pela nova codificação o reconhecimento da indeterminação de enunciados legais. Com base nisto, espera-se que o juiz enfrente a abertura semântica do texto, determinando, com precisão, o seu conteúdo no caso concreto. Não basta transcrever um artigo de lei para dizer que ele deve ser aplicado.<sup>359</sup>

Estes dois primeiros incisos têm muito a contribuir para a fundamentação no Direito *pátrio* porque uma característica presente em muitas decisões brasileiras é que – ainda que se parta da premissa de que texto e norma não são sinônimos – os juízes não costumam construir argumentos

<sup>357</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.617.

<sup>358</sup> BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016b. p.712.

<sup>359</sup> Id. 2016a. p.339.

quando entendem que o texto legal é suficiente para justificar a decisão. Dito de outra forma, entendem que fazer menção a determinado dispositivo normativo é o mesmo que fundamentar.

Hoje, todavia, fica mais claro do que nunca que a aplicação de uma regra legal, sem a articulação de argumentos, não serve para fundamentar a resposta jurisdicional. É incompatível com a nova legislação processual a emissão de pronunciamentos apenas formalmente fundamentados, isto é, que depositam no texto normativo a suficiência da fundamentação. Um exemplo clássico é o pronunciamento judicial que indefere o pedido de efeito suspensivo aos embargos “em razão da ausência dos requisitos exigidos pelo art. 919, 1º, do CPC/15” ou a decisão que indefere a tutela liminar por “não estarem previstos os requisitos legais do art. 300 do CPC”. Uma decisão que segue esse formato se vale de um discurso vago e que não justifica o porquê de os requisitos não estarem presentes. As premissas adotadas não ficam claras, o que inviabiliza, por completo, o controle intersubjetivo da decisão.

O terceiro inciso mostra que recai sobre o juiz o dever de proferir uma decisão personalizada, que respeite as propriedades individuais da causa em juízo. Fux<sup>360</sup> salienta ser essencial “que os pronunciamentos sejam efetivamente fundamentados, não se contentando com a invocação de fórmulas argumentativas genéricas ou alegações universais que não se voltam à apreciação dos contornos específicos [...]”. Assim, Arenhart, Marinoni e Mitidiero<sup>361</sup> manifestam que, “se a fundamentação é redigida de tal maneira que se presta para justificar qualquer decisão, então se considera que inexistente fundamentação”. Câmara<sup>362</sup> certifica que:

Tenha-se claro este ponto: ao Judiciário incumbe julgar os casos que lhe são submetidos. E cada caso é um caso, por mais que existam casos iguais, muitas vezes em quantidades impressionantes. Os casos podem até ser iguais, mas não se trata sempre do mesmo caso. E é preciso que a decisão justifique até mesmo os motivos que levam a se considerar que aquele caso em julgamento é igual a outros já julgados, demonstrando-se que realmente as circunstâncias fáticas deles são idênticas. Não sendo feita essa demonstração, a decisão será nula por vício de fundamentação, pois não estará adequadamente fundamentada.

Neste caso, o juiz desconsidera as peculiaridades do caso concreto, construindo um discurso que poderia servir como embasamento de qualquer outra decisão.

O quarto inciso consagra o dever de debate no processo civil brasileiro, ao indicar que todos os argumentos suscitados pelas partes precisam ser apreciados pelo órgão jurisdicional. É uma ligação entre o dever de fundamentação e o contraditório. Partindo-se da premissa de que texto e norma não se confundem, é essencial que as partes tenham a chance de contribuir

<sup>360</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.467.

<sup>361</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.617.

<sup>362</sup> CÂMARA, 2021. p.285.

para a formação do resultado da interpretação judicial, que é a norma jurídica. Esta é fruto de um processo colaborativo entre o juiz, o legislador e a sociedade civil.<sup>363</sup>

O contraditório, a partir do CPC/15, passou a ser um mecanismo de debate não apenas sobre os fatos, mas também, sobre o próprio Direito. A influência das partes sobre a decisão deve alcançar a escolha, a interpretação e a aplicação do Direito à causa, em um ambiente de participação. Sobre isso, Abreu<sup>364</sup> declara:

Não haveria sentido em franquear o debate a respeito do Direito, se o juiz operasse como verdadeiro autômato, declarando normas preexistentes, fornecidas pelo legislador. Ao assumir uma mudança do que significa interpretar, reconstrói-se o conceito de jurisdição [...]. Se a interpretação não significa tão somente declarar uma norma preexistente, mas, ao contrário, conhecer e decidir acerca de significados, a amplitude do debate (incluídas as partes) a respeito do produto da interpretação (a norma aplicável ao caso) interessa ao processo. É nessa medida que se passa a franquear às partes o direito acerca do Direito aplicável à causa. [...] o processo valorativo e volitivo de escolha de sentidos por parte do intérprete também deve ser controlado (assim como sempre se defendeu quanto à valoração probatória).

Portanto, as partes concorrem para a definição da interpretação mais adequada em cada caso. O processo se configura como “uma prática institucional dialógica e respeitosa da autonomia argumentativa dos seus participantes”.<sup>365</sup>

Vale esclarecer que, na hipótese de existirem vários fundamentos e apenas um deles for suficiente para a procedência ou improcedência dos pedidos, basta que o julgador examine este fundamento suficiente em seu convencimento, ficando dispensado de apreciar os outros.<sup>366</sup> Isto ocorre, por exemplo, quando o juiz constata prescrição ou decadência, restando prejudicadas as outras alegações. Por questão lógica, o juiz não precisa apreciar os argumentos que estiverem prejudicados pelo acolhimento de alguma preliminar de mérito.

Neste cenário, o ideal é que o julgador analise cada um dos fundamentos apresentados pelas partes e, a partir disto, defina quais argumentos são corretos ou incorretos. Caso sejam examinados apenas os argumentos da parte vencedora, a parte derrotada jamais saberá por que perdeu. Segundo Osna e Vitorelli<sup>367</sup>, “o conforto mental do derrotado só pode derivar de uma análise exauriente, por parte do juiz”.

<sup>363</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.617.

<sup>364</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. Opções do CPC/2015 em matéria de teoria da interpretação: contraditório, motivação e ação rescisória. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1178-1180.

<sup>365</sup> MELLO, 2016. p.65.

<sup>366</sup> BRAGA; OLIVEIRA; DIDIER JR., 2016a. p.343.

<sup>367</sup> VITORELLI; OSNA, 2022. p.170.

O quinto inciso aponta para a ausência de fundamentação de uma decisão que se limita a referir um precedente ou um enunciado de súmula sem que as razões determinantes sejam identificadas e que sejam desenvolvidos argumentos que mostrem a correlação dos fundamentos com o caso sob julgamento. Portanto, a mera invocação de uma súmula ou de um precedente não decide o caso. Tal dispositivo sinaliza, mais uma vez, que a atividade jurisdicional não corresponde à reprodução de textos normativos. Por certo, os precedentes, assim como as súmulas, ajudam no grau de certeza e de compreensão do Direito; contudo, isto não faz com que a mera transcrição deles seja suficiente para fundamentar uma decisão.

É comum que as sentenças brasileiras contem com diversos fragmentos (denominados ementas) de decisões anteriores. Estas normalmente, servem para expor entendimentos pacificados em tribunais. O problema é que alguns entendimentos se perpetuam no tempo por conta de uma aplicação mecânica do julgamento passado. Forma-se, assim, um regresso circular infinito: decido assim, no presente, porque o tribunal 'X' decidiu assim, no passado. O ato de julgar passa a ser automatizado, desconsiderando as peculiaridades de cada caso. Na prática, isto implica um uso – em muitos casos – irrefletido dos julgados, sem que sua relação ao caso em exame seja realmente apurada. Leal<sup>368</sup> assinala que:

[...] como consequência perversa, a mera transcrição de uma ementa se limita, no máximo, a simplesmente transferir para os destinatários da decisão os ônus de (i) identificação dos fatos e fundamentos jurídicos relevantes do caso precedente, (ii) de aproximação do caso precedente ao caso atual e (iii) de aplicação neste da resposta atribuída àquele.

Ainda, conforme esclarece Theodoro Júnior<sup>369</sup>:

O juiz tem de demonstrar a semelhança do caso concreto com o precedente utilizado ou com o quadro fático que ensejou a elaboração de súmula, para justificar sua utilização. Incumbe-lhe, enfim, demonstrar a pertinência com o caso concreto. É claro que o juiz, ao aplicar, nos fundamentos da sentença, a súmula ou o precedente, não precisa repetir todo o histórico e todo o debate que conduziram à formulação da tese jurisprudencial consolidada. A fundamentação terá como ponto de partida a referida tese, que já ultrapassou a discussão de seus pressupostos. O julgador terá de preocupar-se com o enquadramento ou não da nova causa nos moldes do precedente invocado. A operação é de interpretação e aplicação racional da tese pretoriana já assentada, e, por conseguinte, apenas de demonstração de sua adequação fático-jurídica ao objeto da nova causa sob exame.

Alegar a existência de precedente/súmula é apenas o primeiro passo para a sua aplicação. Depois de alegado, é necessário examinar se a precedente/súmula realmente se aplica

---

<sup>368</sup> LEAL, 2020. p.210.

<sup>369</sup> THEODORO JÚNIOR, 2022. p. 634.

ao caso que está sendo debatido. Este exame pressupõe a sua interpretação e, ato contínuo, a fundamentação do ato interpretativo.<sup>370</sup>

O sexto inciso do § 1º, do art. 489 do CPC/15, serve como uma complementação do anterior, pois para deixar de aplicar súmula, jurisprudência ou precedente, o julgador também precisa fundamentar a sua decisão. Neste ponto, ele protege a confiança, pois impede que o juiz despreze certos enunciados normativos – exibidos pela parte como reforço argumentativo – sem que seja explicado o porquê destes não serem aplicados ao caso concreto.

A doutrina dos precedentes apoia-se nestes pilares: identificação de quais precedentes são suficientemente similares para confrontarem o caso a ser decidido à luz do que restou determinado pela Corte Suprema; identificar qual é o fundamento jurídico contido no caso anterior que pode ser utilizado para solucionar o caso atual; e, examinar a condições particulares que permitem que o órgão ordinário se afaste do julgamento vinculante.<sup>371</sup> É necessário que tais operações sejam verificáveis na decisão.

É certo que, dentro do possível, a decisão judicial precisa ser coerente com o todo da prática jurídica, dado que cabe ao Direito rejeitar casuísmos. Por outro lado, também é certo que as distinções e particularidades de cada caso exigem, a depender das circunstâncias, respostas individualizadas.<sup>372</sup> Neste sentido, cabe ao magistrado expor a existência de singularidade no caso que não autorize o seu enquadramento à moldura do precedente, da súmula, ou da jurisprudência (*distinguishing*), bem como a eventual superação destes enunciados pelo próprio tribunal que o editou (*overruling*).

A ideia por trás da operacionalização dos precedentes é que, em casos que contenham as mesmas hipóteses fático-jurídicas, a solução encontrada para a controvérsia seja a mesma. Não se exige exata identidade entre o caso-precedente e o caso-atual. Basta que entre os casos haja semelhanças relevantes ou identidade essencial, ou seja, um núcleo comum de fatos jurídicos essenciais.<sup>373</sup>

A distinção é uma técnica que “permite ao julgador realizar juízo para diferenciar um caso concreto de outros que geraram um enunciado de súmula, ou uma jurisprudência ou, ainda,

<sup>370</sup> MITIDIERO, 2021. p.316.

<sup>371</sup> ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1194.

<sup>372</sup> CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes**. Londrina: Thoth, 2021. p.190.

<sup>373</sup> MITIDIERO, 2021. p.318.

um precedente”.<sup>374</sup> Não se trata de recusa do precedente. Não havendo similitude entre os casos, o que existe é a própria distinção, não recusa.

Ao contrário do que acontece nos casos em que a técnica da distinção é necessária, existem situações em que o precedente deveria ser aplicado, mas existem relevantes razões para que não o seja. Nestas hipóteses, ocorre a superação do precedente. Por meio da superação, permite-se que os precedentes sejam pensados e repensados durante o curso do tempo.<sup>375</sup>

A superação (*overruling*) é uma técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.<sup>376</sup> O dever de estabilidade que embasa a doutrina do *stare decisis* não impede a alteração de entendimento; impede que esta alteração seja feita de forma injustificada.

Neste sentido, “os precedentes não podem servir de algema para o futuro, impedindo a evolução do Direito, em um aprisionamento definitivo do direito ao passado (cristalização definitiva da razão)”.<sup>377</sup>

A superação total de um precedente é uma resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua formação. No caso de superação parcial, o precedente pode ser reescrito ou transformado.<sup>378</sup>

O que os incisos V e VI do § 1º, do art. 489 do CPC/15 fazem é impor ao julgador o ônus argumentativo de fazer uma efetiva verificação de compatibilidade entre os casos colocados em comparação. Conforme explica Cunha<sup>379</sup>, “[...] não é dado ao juiz julgar casos idênticos de forma diferente; por isso, deixar de aplicar uma orientação pretérita cobra do órgão jurisdicional a justificação quanto à diferença”. Em sentido semelhante, Mello<sup>380</sup> argumenta que:

A fundamentação de uma decisão judicial não pode se manter no nível da generalidade e da abstração. O juiz deve demonstrar que os argumentos que está empregando para decidir se ajustam aos fatos objeto do processo que está julgando. Ao utilizar enunciados legais ou precedentes judiciais como fundamentos jurídicos da decisão, o juiz deve explicitar analiticamente por que eles se ajustam às circunstâncias jurídicas e factuais do caso.

Frequentemente, na prática, casos iguais são tratados de maneira diferente e casos diferentes são tratados de maneira igual, “mercê de divergências de ‘entendimento’ a respeito

<sup>374</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de; JOBIM, Marco Félix. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p.77.

<sup>375</sup> Ibid. p.95.

<sup>376</sup> BRAGA; OLIVEIRA; DIDIER JR., 2016a. p.508.

<sup>377</sup> OLIVEIRA JUNIOR; JOBIM, op. cit. p.61.

<sup>378</sup> MITIDIERO, 2021. p.31.

<sup>379</sup> CUNHA, 2021. p.157.

<sup>380</sup> MELLO, 2016. p.65.

do significado do Direito diante de hipóteses similares, que não raro são produtos de veleidades interpretativas”.<sup>381</sup> Os incisos V e VI do CPC/15 visam combater isso.

Ademais, vale mencionar o que art. 489, em seu § 2º, dispõe acerca da ponderação, ao prever que “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”. Acerca deste dispositivo, comenta Streck<sup>382</sup>:

Para além da discussão teórica, o Brasil se tornou o único país a positivar esse método de decisão. [...] Assumida a especificidade do discurso jurídico, a palavra ponderação não pode ser entendida aqui num sentido vulgar. Há uma longa tradição representada pela recepção (à) brasileira da ponderação alexyana. Ocorre que se fala em colisão entre normas. E como regras e princípios são normas, abre-se a possibilidade de tal ‘ponderação de regras’. Com todas as críticas que se podem fazer a Alexy, a ponderação do novo CPC fica muito aquém de sua teoria. Pior que isso: conflita com o artigo 93, inc. X, da CF, e com o resto do próprio CPC/2015.

Como se pode constatar, o art. 489 do CPC/15 trouxe mudanças significativas para o Direito brasileiro, havendo uma clara consciência de que a interpretação jurídica é um fenômeno mais complexo do que supunha o CPC/73.<sup>383</sup> Desta forma, hoje, “já não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial [...]”.<sup>384</sup>

Consagrou-se, de uma vez por todas, a seguinte máxima: o porquê se decidiu de determinada forma é tão importante quanto o que foi decidido. Há uma correlação muito mais clara entre a interpretação e a fundamentação: “[...] fundamentar significa dar razões – razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para formação de precedentes”.<sup>385</sup> Nas palavras de Nascimento<sup>386</sup>:

<sup>381</sup> DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Interpretando precedentes: uma ponte entre a teoria do direito e o processo civil brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito**. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1125.

<sup>382</sup> STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p.261.

<sup>383</sup> MELLO, 2016. p.74.

<sup>384</sup> OLIVEIRA 2010. p.264.

<sup>385</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.616.

<sup>386</sup> NASCIMENTO, 2021. p.329.

[...] a consagração da dimensão jurídica do dever de fundamentação no CPC de 2015 representou um verdadeiro giro copernicano, o que se deveu, em grande parte à superação da ideia muito comum de se confundir proibição de interpretar que, como visto, trata-se de um fenômeno que se impôs como resultado da expansão das grandes codificações no século XIX, com o controle hermenêutico das decisões judiciais que, de modo diferente, trata-se do imperativo que decorre do resultado natural da adoção do modelo de Estado Constitucional e do direito que emerge com as Constituições europeias surgidas após o final da segunda guerra mundial.

Segundo Taruffo<sup>387</sup> três critérios precisam estar presentes para que uma decisão receba a qualificação de justa: primeiro, deve existir um processo adequado de interpretação e de aplicação do Direito; segundo, é preciso que sejam apurados, de forma aceitável, os fatos relevantes do caso; terceiro, deve ser empregado um procedimento justo para que a decisão seja alcançada. Tudo indica que o CPC/15 estabelece diretrizes suficientes para que esta decisão justa seja alcançada.

Contudo, o art. 489, §§ 1º e 2º, não dispensa a atuação dos órgãos jurisdicionais para a conformação do seu efetivo significado e alcance.<sup>388</sup> É essencial que seja definido no que, de fato, consiste a fundamentação analítica, pois a segurança jurídica está diretamente associada à “[...] determinabilidade conteudística da norma”.<sup>389</sup> Quanto mais se alarga o sentido de determinado dispositivo, menor a sua precisão; por outro lado, quanto mais se afina o seu sentido – ou seja, quanto mais especificações a ele são atribuídas – maior a sua precisão.

Não obstante o novo texto legal seja uma importante contribuição para o Estado Democrático de Direito, é preciso ter em mente que o aprimoramento legislativo, por si só, não pressupõe o aperfeiçoamento da aplicação do Direito. Pouco vale o texto se a ele não for atribuído uma interpretação adequada, que garanta a sua vigência e aplicabilidade no plano fático-jurídico.

Já dizia Resende<sup>390</sup> que “no Brasil, lei é como vacina. Um pegam, outras não”. Infelizmente, o destaque que a Constituição e, principalmente, o CPC/15, conferem à fundamentação das decisões judiciais não lhe garante efetividade. Dito de outra forma, parece que a fundamentação analítica ainda “não pegou”.

<sup>387</sup> TARUFFO (citado por ABREU, Rafael Sirangelo de. Opções do CPC/2015 em matéria de teoria da interpretação: contraditório, motivação e ação rescisória. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (Coords.). **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1176.

<sup>388</sup> CHIASSONI, 2020. p.32.

<sup>389</sup> ÁVILA, 2019. p.187.

<sup>390</sup> RESENDE. Citação. In: FRANCO, Gustavo; GIAMBIAGI, Fabio. **Antologia da maldade**: um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.p.174.

Mesmo com as reformas produzidas pela nova codificação, ainda se verifica, na prática, uma certa resistência à sua aplicação. Conforme relata Nascimento<sup>391</sup>, “é como se os juízes ainda estivessem presos à ideia de que, como o ato judicial é ato de autoridade, seja ela terrena ou celestial, não há o que justificar, dado que ele se impõe por si mesmo”.

Como ensina Oliveira<sup>392</sup>, “toda inovação depende de algum tempo para ser assimilada e aplicada na prática judiciária”. Passados 6 anos da entrada em vigor do novo código, parece que o avanço legislativo ainda não provocou mudanças significativas na práxis jurisdicional, dado que muitos julgadores continuam sem observar parâmetros argumentativos ao decidirem.

A fim de identificar a aplicabilidade prática da fundamentação analítica, foi realizada uma pesquisa nos precedentes da corte que é responsável por interpretá-la, o STJ. Foram encontradas diversas decisões nos seguintes termos: “Inexiste afronta ao art. 489 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo”.<sup>393</sup> “Não se verifica violação ao art. 489 do CPC de 2015, tendo em vista que o acórdão recorrido, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia”;<sup>394</sup> “O julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio”.<sup>395</sup>

Diante dos julgados acima evocados, questiona-se: O que o STJ entende por fundamentação analítica? Qual o nível de suficiência exigido para que uma decisão seja considerada fundamentada? O que qualifica uma fundamentação como suficiente ou satisfatória? Quais são os parâmetros que diferenciam uma decisão fundamentada de outra não fundamentada? Quando se consideram violados os §§ 1º e 2º, do art. 489 do CPC/15?

Ao que parece, os argumentos apresentados pela Corte não se prestam a responder quaisquer dos questionamentos feitos. Isso porque ainda não houve, por parte do STJ, adequada

---

<sup>391</sup> NASCIMENTO, 2021. p.219.

<sup>392</sup> OLIVEIRA, 2010. p.264.

<sup>393</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1437504/GO**. Direito civil e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. [...]. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;aresp:2020-05-25;1437504-1947703>. Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>394</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1455925/GO**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e morais [...]. Rel. Min. Raul Araújo, 18 de junho de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859610552/...> Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>395</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1341142/RS**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação cautelar de exibição de documentos [...]. Rel. Min. Marco Buzzi, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/...> Acesso em: 17 out. 2020.

definição do conteúdo normativo do art. 489, §§ 1º e 2º. Tal definição, entretanto, é imprescindível para que se esclareça quando uma decisão está ou não fundamentada. Ao contrário do que se espera, a corte tem buscado preencher o referido conteúdo utilizando termos indeterminados e vagos, fato que não contribui para a elaboração de um padrão interpretativo e argumentativo que poderia ser observado em futuros julgamentos. Em síntese, por mais significativas que sejam as mudanças trazidas pela nova codificação, percebe-se uma carência na fixação de um parâmetro mais claro sobre a fundamentação analítica por meio de precedentes do STJ.

A normatividade da fundamentação das decisões judiciais ainda precisa ser juridicamente desenvolvida pelo intérprete final da legislação infraconstitucional federal: o Superior Tribunal de Justiça. É preciso esclarecer qual a sua densidade e qual a sua extensão, pois, na prática, o que se verifica é um descritório no exame da fundamentação. Por esta razão, corre-se o risco de que o festejado art. 489, §§ 1º e 2º tornar-se um recipiente vazio, uma promessa que não será honrada, um faz de conta. Conforme vaticinava Silva<sup>396</sup>, ainda durante a vigência do CPC/73, “[...] ao exigir fundamentação, o sistema simplesmente deu-se por satisfeito que a fundamentação formalmente existisse, ainda que insuficiente, quando não falsa. Ficamos a meio caminho: nem ausência de fundamentação; nem fundamentação “completa” e harmônica com o “conjunto” da prova”. Este meio caminho já não basta.

#### 4.3 O REDIMENSIONAMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: ENTRE CORTES DE JUSTIÇA E CORTES SUPREMAS

Pelo fato de o Direito ser um fenômeno cultural, não há uniformidade entre os países quanto à estrutura normativa do ordenamento e à primazia das fontes. Assim, “não há direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo”.<sup>397</sup> As fontes servem para dar coesão à ordem jurídica, contribuindo para sua unidade, clareza e segurança.<sup>398</sup> Existem no mundo jurídico ocidental dois grandes modelos de sistema: o *Civil Law* e o *Common Law*. Estas tradições correspondem a experiências culturais distintas, que resultam de diferentes fatores, como, por exemplo, da colonização, visto que os países europeus levaram a sua concepção de Direito para as colônias.

O formato clássico que se tem do *Civil Law* (direitos romanistas do Continente, designação dada pelos ingleses) é de um sistema que se funda em codificações que buscam

<sup>396</sup> SILVA, 2006. p.9.

<sup>397</sup> REALE JR, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.142.

<sup>398</sup> OLIVEIRA JUNIOR, 2021. p.37.

regular toda e qualquer atividade humana, no qual o Direito é feito apenas pelos legisladores e não por juízes. A orientação dos magistrados deve ser guiada só pelos textos normativos, de modo que decisões judiciais anteriores não servem como parâmetro para novas decisões.<sup>399</sup> Trata-se de uma tradição jurídica de origem romano-germânica que se baseia na primazia do processo legislativo, atribuindo valor secundário às demais fontes do Direito.<sup>400</sup> Em outras palavras, a fonte primária do Direito é a lei, o texto legislado.

A partir do século XII, na maior parte da Europa, o ensino do Direito passou a se basear no Direito romano, sobretudo na codificação da época de Justiniano, o chamado *Corpus Iuris Civilis*. Esta forma de Direito caracterizava-se por ser escrita, enquanto diversas regiões da Europa ainda se embasavam em costumes, ou seja, elementos não escritos. A história dos direitos europeus é marcada pelo declínio, nos séculos XIII ao XVIII, do costume em benefício da lei como fonte do Direito.<sup>401</sup>

Como já exposto, a ideia de que o Direito correspondia à lei ganhou força com a Revolução Francesa, momento em que o poder legislativo passou das mãos do rei para as da nação, tornando a lei na expressão da vontade nacional.<sup>402</sup> Os revolucionários tentaram formatar um documento escrito “que funcionasse como instrumento de controle dos poderes instituídos e garantia aos cidadãos contra os arbítrios cometidos pelo Estado absolutista”.<sup>403</sup> Esta mudança tem relação direta com os valores culturais que passaram a integrar o *Civil Law*, sobretudo no que diz respeito à atuação jurisdicional.

O *Common Law*, por sua vez, é um sistema jurídico que foi desenvolvido na Inglaterra, a partir do século XII, que se baseava nas decisões das jurisdições reais. A expressão começou a ser utilizada no século XIII para designar o Direito comum da Inglaterra, representando uma oposição aos costumes locais, que tinham consideráveis diferenças a depender da região. É um sistema essencialmente empírico, pois surge das práticas sociais e dos costumes.<sup>404</sup>

Quando se fala em *Common Law*, é apresentado, muitas vezes, um modelo padrão – ou caricato –, segundo Schauer deste sistema jurídico. Sob este prisma, os juízes decidem os casos de acordo com o seu próprio senso de justiça, sem basearem-se em textos normativos (lei, estatuto, constituição, etc). Porém, esta é uma visão reducionista. Os países que se filiam a tal

---

<sup>399</sup> SCHAUER, 2009. p.124.

<sup>400</sup> REALE JR, 2013. p.142.

<sup>401</sup> GILISSEN, 1986. p.203.

<sup>402</sup> Ibid. p.207.

<sup>403</sup> PEREIRA; ZANETI JR., 2016. p.372.

<sup>404</sup> OLIVEIRA JUNIOR; JOBIM, 2021. p.30.

tradição jurídica herdaram da Inglaterra um sistema em que regras escritas não tem o mesmo peso que decisões proferidas por juízes em julgamentos específicos.<sup>405</sup>

É um *judge-made-law*, ou seja, um direito jurisprudencial, formado por juízes e mantido no tempo graças à autoridade outorgada aos precedentes. Seguindo esta tradição, os precedentes criados pelos julgadores são normas que dão suporte ao Direito.<sup>406</sup> Portanto, os juízes assumem uma figura central em países que adotam o *Common Law*, devendo orientar suas decisões pela máxima do “*treat like cases alike*”, o que significa dizer que casos iguais devem ser tratados de forma igual perante a mesma ordem jurídica em um mesmo espaço de tempo. Tal modelo remonta à tradição anglo-saxônica. Nesta cultura jurídica, os precedentes judiciais são fontes vinculantes e primárias do Direito, assim como as leis o são para o *Civil Law*.<sup>407</sup> Preza-se pelo respeito às decisões anteriores, sendo atribuída à legislação um caráter secundário na aplicação do Direito.<sup>408</sup>

Apesar das diferenças entre as tradições jurídicas, uma apresentação simplista pode levar à conclusão de que elas são inconciliáveis, o que não é verdade. Por um lado, em países de *Common Law*, o uso de leis e outros textos normativos está aumentando. Por outro, em países que seguem a tradição do *Civil Law*, tem sido reforçada a crença de que os juízes têm, sim, um papel importante na interpretação do Direito. Inclusive no *Civil Law*, precedentes estão sendo considerados elementos normativos que podem servir de embasamento para solução de casos.<sup>409</sup>

O fato é que, hoje, existem leis nos países de *Common Law* e existem precedentes no sistema de *Civil Law*. Tanto é verdade que o Brasil combina elementos de *Common Law* (*checks and balances, judicial review e remedies precede rights*) e de *Civil Law* (princípio da legalidade).<sup>410</sup>

Como aponta Abreu<sup>411</sup>, “o advento de um novo diploma processual permite que se reanalisem as bases dogmáticas e teóricas que funcionam como alicerce da ordem processual brasileira”. Mostrou-se que o CPC/15 deu uma nova dimensão ao papel conferido à interpretação judicial, representado uma importante guinada normativa. As mudanças, todavia, não pararam por aí. Uma outra importante alteração diz respeito à positivação da normatividade oriunda das decisões judiciais, o que se relaciona à temática dos precedentes.

<sup>405</sup> SCHAUER, 2009. p.104.

<sup>406</sup> ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014. p.3.

<sup>407</sup> OLIVEIRA JUNIOR; JOBIM, 2021. p.29.

<sup>408</sup> Ibid. p.30.

<sup>409</sup> SCHAUER, op. cit. p.108.

<sup>410</sup> ZANETI JR, op. cit. p.4.

<sup>411</sup> ABREU, 2021. p.1169.

O tema é polêmico, havendo muitas divergências doutrinárias. Do debate teórico travado no Brasil, pelo menos três questionamentos podem surgir, que dizem respeito ao significado de precedente, à sua natureza como fonte primária ou secundária do Direito e à existência ou não de um sistema de precedentes no CPC/15. Por ora, a pergunta a ser respondida é: Existe, no Brasil, um sistema de precedentes?

Este questionamento surge porque desde suas origens, a estruturação do Direito brasileiro teve forte influência das leis e das codificações, herdada da cultura lusitana. Esta tendência refletia um profundo apego à vasta produção legislativa. Ou seja, o Brasil sempre esteve vinculado à tradição de *Civil Law* e “as universidades nunca estiveram preocupadas com o precedente judicial, já que, no máximo, integram os planos de ensino a jurisprudência dominante sobre cada matéria lecionada”.<sup>412</sup>

A construção de um modelo jurisdicional calcado na exata reprodução da lei fez com que os tribunais fossem desenvolvidos para controlar a adequação das decisões das instâncias ordinárias ao texto legislado.<sup>413</sup> Nas palavras de Ferraz<sup>414</sup>:

Em um sistema jurídico essencialmente dogmático, que tem na lei, na sua generalidade e abstração, o centro gravitacional, a tendência do jurista é buscar a justificação interna de seu argumento no raciocínio dedutivo, na pretensão de estabelecer sua conclusão como necessária e certa, ao pressuposto de que a veracidade desta conclusão é decorrência da veracidade das premissas adotadas, que se constituirão, como regra, de uma afirmação normativa (geral) e de uma afirmação factual (particular). A decisão jurídica surge como uma construção silogística, onde a norma (geral) funciona como premissa maior, a descrição do caso como premissa menor e a conclusão como o ato decisório *stricto sensu*. A origem desta forma de decidir parece situar-se muito longe no tempo, nas origens da tradição romano germânica.

Sendo assim, o problema da vinculação ao Direito no Brasil sempre fora pensado a partir da lei, sendo negada à jurisprudência a classificação de fonte do Direito. Portanto, segurança jurídica, liberdade e igualdade foram conceitos normalmente construídos tendo como único ponto de referência a legislação.<sup>415</sup>

A propósito, algo que se nota com relativa frequência no Brasil é uma separação entre o Direito que se pratica no foro e o Direito que é ensinado por manuais doutrinários e

<sup>412</sup> NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.215.

<sup>413</sup> OLIVEIRA JR, Zulmar. Art. 927. In: \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando; et. al. **Comentários ao código de processo civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.1289.

<sup>414</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 419-441, mar. 2017. p.420.

<sup>415</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.79-81.

reproduzidos pela cátedra universitária. Esta realidade ainda é um reflexo da forte influência que o Iluminismo teve sobre a experiência jurídica, pois ao concentrar toda a produção normativa em nível legislativo e retirar dos julgadores a possibilidade de interpretarem os textos, o Direito não foi problematizado durante aquele período. Consequentemente, o exercício jurisdicional não foi confrontado por controvérsias nem incertezas.<sup>416</sup>

A busca pela segurança jurídica que o Estado Liberal promoveu – mediante o uso de metodologias próprias das ciências da natureza ou da matemática – fez com que a doutrina, bem como o estudo universitário não realizassem o exame de casos, eliminando o fato e preocupando-se apenas com a norma.<sup>417</sup> Ante esta conjuntura, “é forte o paradigma que associa e restringe a atividade de julgar a um processo de mera descoberta do significado da lei, que se supõe unívoco, sem espaço para singularidades”.<sup>418</sup> Neste sentido, Ferraz<sup>419</sup> disserta:

O paradigma dogmático sobre o qual se construiu o sistema jurídico e jurisdicional do país contém inúmeras derivações deste modelo. Dele vem o apego às decisões de caráter declaratório, em que o juiz não cria, limita-se a enunciar um direito preexistente, as garantias prometidas por ritos intermináveis, onde haja espaço a mais ampla cognição, na busca da descoberta da única verdade. Juízos de verossimilhança sempre aparecem como desvios do sistema, sendo submetidos às mais variadas ressalvas e meios de impugnação [...] a descoberta plena verdade, que, assim como o direito material, não é construída no processo, é algo a ser pelas revelado ao juiz.

Ainda, apontado por Ferreira<sup>420</sup> que o novo código foi concebido em um ambiente filosófico distinto, que tem como mudanças de paradigma características o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Houve uma superação do paradigma liberal, pois se admite que as cortes definem o sentido dos textos normativos, não sendo mais estabelecida a sua atuação como a exata interpretação da lei.<sup>421</sup>

---

<sup>416</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p.36.

<sup>417</sup> Ibid. p.38.

<sup>418</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.140.

<sup>419</sup> Ibid. p.141.

<sup>420</sup> FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Breves considerações sobre o microssistema de precedentes no novo código de processo civil e a necessidade de monitoramento das demandas repetitivas. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.172.

<sup>421</sup> CUNHA, 2021. p.47.

Há quem defenda a inexistência de um sistema brasileiro de precedentes. Abboud e Streck<sup>422</sup>, por exemplo, argumentam que “a não compreensão de uma crítica hermenêutica do Direito, pode fazer crer que o correto é a estruturação de uma teoria da aplicação dos precedentes no Brasil”. A principal crítica dos autores recai sobre o risco de que os provimentos vinculantes sejam aplicados de forma mecânica, como se dispensassem o ato interpretativo.

Ao tecer críticas sobre o discurso precedentalista no Brasil, Streck<sup>423</sup> afirma que:

Sem se darem conta, os adeptos das ‘Cortes de Precedentes’ no Brasil querem uma volta às cartografias pré-explicativas do mundo. [...] é dar um passo atrás, para que se possa dar mais um passo atrás: é um retorno ao sujeito moderno que valida uma busca por segurança nas cartografias do pré-moderno. Os precedentes e os enunciados representam um retorno ao sujeito que objetifica a realidade que, por sua vez, deseja retornar ao assujeitamento das cartografias que pretendem conter a completude do mundo em si. [...] Se a base dos precedentes é o *common law*, sabemos bem como ele funciona? Se não é o *common law*, então por qual motivo buscam os precedentelistas importar componentes desse sistema? [...] Temos precedentes à *la common law* ou temos um ‘sistema’ *sui generis*? Com certeza, não temos precedentes à *la common law*. Nem mesmo temos um ‘sistema de precedentes’ [grifo nosso].

Seguindo entendimento semelhante, Nery Junior e Nery<sup>424</sup> comentam:

Sáímos, portanto, do perigo e da inconveniência do juiz boca da lei, para ingressarmos no incógnito juiz boca dos tribunais. [...] Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas e subjetivas. Não legislam para todos, com a elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição. [...]. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional [grifo do autor].

Para fins desta pesquisa, o sistema brasileiro de precedentes existe. Afinal, desde a Exposição de Motivos do CPC/15, demonstrou-se preocupação com uma possível – e indesejada – fragmentação do sistema, que poderia advir da oscilação jurisprudencial. Com o surgimento do código, foram incorporadas ao Direito pátrio técnicas de desenvolvimento e de aplicação do direito jurisprudencial, mais precisamente nos arts. 926 a 928.<sup>425</sup>

<sup>422</sup> STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. v.3. Salvador: JusPODIVM, 2015. p.176.

<sup>423</sup> STRECK, 2020. p.352-354.

<sup>424</sup> NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

<sup>425</sup> NUNES; VIANA, 2018. p.195.

Três critérios são exigidos para a existência de um sistema de precedentes: a) a coerência de normas que convergem em prol de uma finalidade específica; b) a estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos; c) a autoridade praticada por tal estrutura. Levando isto em conta, existe, sim, um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Há, em diferentes partes do novo código, enunciados legais que impulsionam a aplicação de precedentes e impõem respeito a decisões de caráter vinculante. Neste sentido, Nunes e Viana<sup>426</sup> ensinam que:

A estruturação indicada pode ser visualizada, por exemplo, pelo disposto no art. 311, II (pois este permite a concessão de tutela provisória de evidência, se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos ou repetitivos ou em súmula vinculante”); art. 332 e seus quatro incisos, ao possibilitarem o julgamento de improcedência liminar e, ainda a título exemplificativo, com a exigência de fundamentação analítica e cotejo, conforme previsão do art. 489, § 1º. Um exame detido do sistema recursal demonstra que ele é todo desenhado para reprimir a dispersão jurisprudencial. Num primeiro momento, pela negativa de admissibilidade em caso de a tese do recorrente ser contrária ao precedente ou, ainda, pela possibilidade de o relator julgar o mérito recursal, monocraticamente, tendo por base o que foi anteriormente decidido. Paralelamente, há reflexos ainda na remessa necessária (art. 496), no cumprimento de sentença (art. 521) e até mesmo nas disposições que versam a ação rescisória, a teor do disposto no art. 966, § 5º.

A legislação processual investe em julgamentos por amostragem, buscando a formação de teses que possam ser aplicáveis em casos futuros. Assim, ao discorrerem sobre a instituição de um modelo de precedentes judiciais, Nunes e Viana<sup>427</sup> também anunciam que:

[...] essa é a perspectiva que melhor se amolda ao direito democrático, pois um sistema de precedentes judiciais tende a trazer consigo o potencial de desenvolvimento de técnicas processuais (dogmática) e teoria (ciência) hábeis a diminuir os entraves que circundam o direito jurisprudencial.

Neste trilhar de ideias, Góes<sup>428</sup> relata que reconhecer a verticalização dos precedentes impulsiona a prática democrática, na medida em que se busca a constante correção do conteúdo das decisões judiciais, por meio do câmbio argumentativo e de sua aceitabilidade racional.

A recente edição da Recomendação n. 134 do Conselho Nacional de Justiça<sup>429</sup> (CNJ) serve como um reforço argumentativo de que o sistema de precedentes brasileiro existe:

<sup>426</sup> NUNES; VIANA, 2018. p.198.

<sup>427</sup> Ibid. p.216.

<sup>428</sup> GÓES, Ricardo Tinoco. O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.165.

<sup>429</sup> BRASIL. **Recomendação nº 134 de 09/09/2022 do Conselho Nacional de Justiça**. (CNJ). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 19 nov. 2022.

Art. 1º O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica. [...] Art. 4º Recomenda-se aos magistrados que contribuam com o bom funcionamento do sistema de precedentes legalmente estabelecido, zelando pela uniformização das soluções dadas às questões controversas e observando e fazendo observar as teses fixadas pelos tribunais superiores e, na falta de precedentes e jurisprudência por parte destes, pelos respectivos tribunais regionais ou estaduais. [...] Art. 9º Recomenda-se que a observância dos precedentes dos tribunais superiores ocorra quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante.

O Brasil não migrou para o *Common Law*. O país continua filiado ao *Civil Law*. Tal fato, no entanto, não é um impeditivo para que se reconheça no país a formação de um modelo de precedentes associada à sua própria cultura e peculiaridades. A observância da lei escrita continua sendo exigida, mas seu complemento – mediante a atuação jurisdicional – é necessária.<sup>430</sup> Neste âmbito, “o papel reservado à Constituição como vértice do ordenamento jurídico implicou na valorização do papel da jurisdição. Portanto, os padrões decisórios são fontes formais na atual conjuntura do direito brasileiro”.<sup>431</sup>

Assim, reconhece-se que o modelo de precedentes estabelecido no Brasil é diferente do modelo clássico, por várias razões, como, por exemplo: os precedentes judiciais foram legalmente instituídos, isto é, originaram-se da legislação; a regulação dos precedentes foi concebida para agir, conjuntamente, com um sistema de gestão de processos, a partir do julgamento de questões comuns e casos repetitivos. O novo sistema está inserido em uma realidade jurídica que conta com cerca de 100 milhões de processos, razão pela qual tem como objetivo lidar com a litigância de massa; foram eleitos procedimentos específicos para que a decisão seja vinculante; mecanismos processuais já conhecidos e existentes no Brasil também foram englobados pela sistemática de precedentes, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de constitucionalidade e das súmulas vinculantes; também é uma medida inovadora a possibilidade de suspensão de processos para a preservação da isonomia.<sup>432</sup>

Ao elaborar o CPC/15, o legislador precisou enfrentar as principais mazelas que acometem o Poder Judiciário brasileiro, “como o excesso de formalidade, o sentimento de

<sup>430</sup> ZANETI JR., 2014, p.302.

<sup>431</sup> CUNHA, 2021, p.69.

<sup>432</sup> FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Sistema brasileiro de precedentes: principais características e desafios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.23, n.3, p.221-237, 2022. p.227-233. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/70539>. Acesso em: 17 nov. 2022.

insegurança jurídica, a lentidão, o crescente aumento da litigiosidade sobretudo ao que pertinente as demandas repetitivas”.<sup>433</sup> Quanto a este nítido caráter de economia processual, Arenhart e Pereira<sup>434</sup> fazem críticas ao modelo que foi implementado:

[...] os instrumentos do Código não têm nenhuma relação com a verdadeira teoria dos precedentes judiciais. São coisas distintas, cuja operatividade exige a avaliação detalhada de seus limites e possibilidades constitucionais, já que implicam patentes restrições a garantias como o contraditório, o acesso à justiça e o devido processo legal. Isso tudo, porém, não exclui a possibilidade de que o Brasil adote [...] a teoria desenvolvida nos sistemas anglo-americanos de precedentes. [...] Sua implementação, porém, demandará muitos outros ajustes no sistema decisório brasileiro, sendo certo que as regras do código foram e são insuficientes para tanto.

Toda e qualquer atividade jurisdicional é fruto de um único poder, decorrente da soberania do Estado, o que leva à conclusão de que a jurisdição é una. No entanto, os seus órgãos de atuação têm diferentes papéis a serem desempenhados no arquétipo institucional.<sup>435</sup> Cada um desempenha uma atividade específica. Como afirma Waldron<sup>436</sup>, “o Direito ganha vida por meio de suas instituições”.

O CPC/15 aponta para um novo desenho da organização judiciária ao conceber os recursos extraordinário e especial como mecanismos que pressupõem que o STF e o STJ atuem como Cortes Supremas, também denominadas Cortes de Precedentes, responsáveis por dar unidade ao Direito. O redimensionamento da atuação das cortes está umbilicalmente ligado à função que é atribuída ao processo civil em um Estado Democrático de Direito. Na medida em que a tutela dos direitos, para alcançar seus objetivos, serve-se de um duplo discurso, faz sentido reconhecer que as cortes assumem posições distintas no ordenamento jurídico, mas que contribuem para a promoção da segurança jurídica. A ideia subjacente ao redimensionamento é o adequado delineamento do papel exercido pelas cortes judiciárias, de modo a dimensionar as funções que devem ser desempenhadas por elas.<sup>437</sup>

Com a superação do formalismo interpretativo, compreende-se a relação entre a legislação e a jurisdição como algo dinâmico e cooperativo, sendo necessário pensar quais são os instrumentos necessários para que esta relação possa promover a unidade do Direito.<sup>438</sup>

<sup>433</sup> FERREIRA, 2016. p.171.

<sup>434</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito**. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1215.

<sup>435</sup> TALAMINI; WAMBIER, 2016. p.112.

<sup>436</sup> Tradução livre: “*Law comes to life in institutions*”. (WALDRON, 2011. p. 9).

<sup>437</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisdição ao precedente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.37.

<sup>438</sup> Id. 2021. p.82.

A questão central é identificar as funções que devem ser exercidas por cada tribunal na ordem jurídica, de modo a definir se todos os órgãos devem, concomitantemente, promover a tutela dos direitos ou, ao contrário, se deve haver uma distribuição interna de tarefas entre os tribunais que compõem a Justiça Civil. A finalidade que deve ser buscada na organização judiciária não é imposta por ela mesma, mas sim, pelo próprio direito processual. Com base nisso, Mitidiero<sup>439</sup> afirma que:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes - ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.

Partindo da premissa de que as tarefas sejam adequadamente distribuídas, os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da produção de decisões justas, ao passo que cabe aos órgãos jurisdicionais extraordinários a promoção da unidade do Direito por meio de seus precedentes. O autor reconhece que todos os julgadores precisam interpretar o Direito. Ademais, o material com que trabalham é muito semelhante. A sutil diferença está na forma pela qual os casos ganham relevo e são colocados no influxo da atividade das cortes. Quando a atuação jurisdicional do tribunal é direcionada à tutela dos direitos mediante uma decisão justa, o ato interpretativo serve como um meio para que tal decisão seja alcançada, colocando um fim justo ao caso. Por outro lado, quando o tribunal se destina a tutelar direitos mediante o uso de precedentes, o caso – ao invés da interpretação – é que serve como um meio. Neste cenário, a formulação adequada da interpretação é o fim.<sup>440</sup>

Com esta divisão de trabalho entre as cortes, acredita-se, ainda, que há um forte estímulo ao debate argumentativo, pois a aplicação do precedente não é mecânica, dependendo de um processo argumentativo que está condicionado à semelhança factual entre casos. Então, após o estabelecimento da decisão vinculante, as Cortes de Justiça devem confrontar os fatos que deram origem ao precedente com os fatos do caso posterior. No fim das contas, é nas instâncias ordinárias que o precedente ganha vida.

Sob tal perspectiva, a adoção e a justificativa de precedentes prescinde de lei, visto que sua legitimação decorre do papel das decisões judiciais, de sua fundamentação e da própria

---

<sup>439</sup> MITIDIERO, 2021. p.38.

<sup>440</sup> Ibid. p.41.

função desempenhada pelas Cortes Supremas.<sup>441</sup> A dinâmica de atuação das mesmas indica que elas visam conferir estabilidade e segurança ao sistema, ultrapassando a instância de resolução de casos concretos. Isto faz com que as Cortes Supremas sejam as principais destinatárias de uma teoria dos precedentes, por serem incumbidas de dar uniformidade à interpretação do Direito. Se os demais tribunais interpretarem o Direito sem a observância da vinculação vertical, este modelo será arbitrário e contrário ao Estado Democrático de Direito.<sup>442</sup>

O presente trabalho apoia-se na tese de que a nova legislação processual faz esta distinção entre Cortes de Justiça e Cortes Supremas. Isto, porém, não quer dizer que esta teoria seja imune a críticas, ou represente uma verdade absoluta no âmbito processual. É uma dentre outras possíveis respostas igualmente plausíveis.<sup>443</sup> Aliás, fazendo um apanhado sobre diferentes construções teóricas que orbitam o Direito brasileiro, Nunes e Viana<sup>444</sup> apontam a existência de ao menos cinco correntes sobre o precedente judicial:

Pela primeira corrente, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronaldo Cramer, de um critério prioritariamente semântico. A segunda corrente, por sua vez, defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo, de fato vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação. A terceira corrente considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos “precedentes” ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime de cada um dos “precedentes”. Pela tese da quarta corrente, a tentativa de estipulação de força vinculativa aos precedentes enumerados no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucional poderia agasalhar outras hipóteses de vinculatidade, a exemplo do que ocorre com os efeitos das decisões em controle direto de constitucionalidade e ainda no caso das súmulas vinculantes. A mera alteração da legislação ordinária (Código de Processo) não teria força para alterar o estado das coisas, exigindo-se, por conseguinte, o atendimento ao devido processo legislativo-constitucional de emenda à Constituição. Os adeptos da quinta e última corrente, por sua vez, não se satisfazem com o rol dos precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Em suma, os precedentes vinculantes/obrigatórios não estão contidos apenas no rol do art. 927, mas, em verdade, decorreriam de qualquer decisão dessas Cortes, sendo as únicas hábeis à formação de precedentes, de modo que a força vinculativa decorreria da autoridade desses órgãos (entendidos como cortes supremas).

---

<sup>441</sup> ARENHART; PEREIRA, 2021. p.1195.

<sup>442</sup> ZANETI JR., 2014. p.309.

<sup>443</sup> Para ver posicionamento contrário ao modelo de Cortes Superiores e Cortes Supremas: NERY JUNIOR; NERY, 2015; STRECK, 2020; NUNES; VIANA, 2018; OLIVEIRA JR, 2022. MEDINA, 2019. CAMPOS Neto, Paulo de Freitas; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; NEJAIM, América Cardoso Barreto. Uma crítica histórico-democrática ao sistema brasileiro de precedentes judiciais em favor da criatividade forense. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.23, n.3, p.343-377, 2022. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/70539>. Acesso em: 12 nov. 2022.

<sup>444</sup> NUNES; VIANA, 2018. p.212.

A reforma legislativa trazida pelo CPC/15 – não obstante represente uma ruptura dogmática em muitos aspectos – não é suficiente para que o redimensionamento seja alcançado. A conquista de tal objetivo está fortemente atrelada a uma reforma cultural.<sup>445</sup> O modelo precedentalista depende de mudança na atitude dos juízes, no sentido de que sejam produzidos julgados modelares, que possam servir de referência, que gerem confiança nos jurisdicionados.<sup>446</sup>

Portanto, o respeito aos precedentes ainda não está incorporado à cultura jurídica brasileira. Muitas vezes, por consequência, as instâncias ordinárias recusam-se a seguir entendimentos firmados pelas Cortes Supremas. Além disso, ocorrem divergências acerca da mesma matéria entre os órgãos fracionários das próprias cortes responsáveis pela criação de precedentes. Fica claro que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Em síntese, com base na perspectiva institucional apresentada, o STF é a corte responsável por dar a interpretação final ao texto constitucional, ao passo que o STJ fica incumbido de dar a interpretação final ao texto infraconstitucional federal. Logo, o caso concreto que é levado à apreciação desses tribunais serve como um pretexto para que eles possam outorgar unidade ao Direito, mediante a sua adequada interpretação.<sup>447</sup>

Vale salientar que a interpretação conferida por tais tribunais não é, obrigatoriamente, a única resposta possível – muito menos a única correta. A questão nuclear, portanto, não é a correção da decisão, mas sim, a função exercida pela Corte. É natural que em qualquer sistema jurídico haja uma pluralidade de interpretações. Por isto, faz-se necessária a existência de uma instância interpretativa com poder de vinculatividade prospectiva.<sup>448</sup>

É hora de retornar a duas perguntas importantes: O que é um precedente? Qual é a sua natureza no Direito brasileiro? O precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que serve como fundamento para a solução jurídica de um outro caso, em um processo posterior.<sup>449</sup> Portanto, em linhas gerais, decidir com base em precedentes significa “[...] se utilizar de uma razão de decidir constante de uma decisão pretérita como forma de subsidiar a tomada de decisão atual”.<sup>450</sup>

É oportuno fazer uma distinção entre os casos: precedente, atual e o futuro. O caso-precedente é o que gerou a fundamentação fático-jurídica que servirá para a solução do caso

---

<sup>445</sup> MITIDIERO, 2017. p.153.

<sup>446</sup> MEDINA, 2015. p.1133.

<sup>447</sup> MITIDIERO, 2021. p.92.

<sup>448</sup> ABREU, 2021. p.1187.

<sup>449</sup> CÂMARA, 2021. p.432.

<sup>450</sup> OLIVEIRA JUNIOR; JOBIM, 2021. p.35.

em exame; o caso-atual é o em que está sendo considerada a aplicação da mesma fundamentação fático-jurídico do caso anterior; o caso-futuro caracteriza-se pela permanente preocupação com a universalização das razões de decidir para os próximos casos análogos.<sup>451</sup>

Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles correspondem à *ratio decidendi* extraível da decisão judicial, isto é, às razões que têm a aptidão de orientar a conduta social e a solução de novos litígios.<sup>452</sup> Caracteriza-se como sendo um conjunto de razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais. Considerando que a norma é o resultado da interpretação, “o precedente não é outra coisa senão o significado outorgado ao direito pelas Cortes Supremas”.<sup>453</sup> Assim, a racionalidade das decisões é garantida pela universalização das razões de decidir para todos os demais casos análogos.

A autoridade do precedente representa a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta. Logo, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, o que faz com que a recusa na sua aplicação seja uma afronta à vinculação jurídica.<sup>454</sup> Dado que o ordenamento jurídico brasileiro, em diferentes disposições, prevê a aplicabilidade de padrões decisórios para a resolução de casos, os precedentes devem ser considerados fontes primárias do Direito.<sup>455</sup> O CPC/15, então, “convolou os precedentes judiciais, de secundárias em fontes primárias do Direito”.<sup>456</sup>

---

<sup>451</sup> ZANETI JR., 2014. p. 296.

<sup>452</sup> MARDER, Alexandre Salgado. **A coerência na construção de um sistema de precedentes: deveres dirigidos às cortes competentes para a formação de precedentes no Brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. p.24.

<sup>453</sup> MITIDIERO, 2021. p.309.

<sup>454</sup> Id. 2021. p.98-100.

<sup>455</sup> CUNHA, 2021. p.65.

<sup>456</sup> FERRAZ, 2017. p.421.

## 5 ANÁLISE NO PLANO NORMATIVO

*“O jurisdicionado, recebendo respostas judiciais diversas para casos semelhantes, passa a olhar com desconfiança para o Judiciário, o que, inclusive, compromete os melhores frutos da pacificação social”.*

(FUX, 2022).

### 5.1 A FIXAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS PELAS CORTES SUPREMAS NO JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

Como já foi referenciado no capítulo anterior, a padronização decisória é uma realidade no Direito brasileiro. O presente tópico destina-se a analisar o que fazem o STF e o STJ ao proferir decisão em sede de julgamento de recursos excepcionais repetitivos. Conforme será explicado, o exercício jurisdicional que é praticado por estas cortes no exemplo do art. 927, inciso III, do CPC/15, não se refere à resolução de litígios massificados, mas sim, à possibilidade de desenvolver o Direito e assegurar a sua unidade.<sup>457</sup> Desta forma, Rosito<sup>458</sup> pontua que “os precedentes judiciais assumem a feição de técnica processual, pois funcionam como meios para serem atingidos certos fins perseguidos, estando a serviço da efetividade, como da segurança jurídica prestada no processo”.

É oportuno mencionar, no que toca ao desenvolvimento de técnicas que buscam a uniformidade do Direito, que a experiência jurídica brasileira pode ser dividida em três grandes momentos. O primeiro caracteriza-se pelo uso de técnicas repressivas durante a vigência do CPC/39, período no qual vigia a perspectiva cognitivista da interpretação. Tais técnicas consistiam, principalmente, em recursos destinados ao controle de erros e acertos cometidos pelos órgãos jurisdicionais.<sup>459</sup>

Em 1963, foram criadas as súmulas de jurisprudência do STF. Originariamente, elas foram concebidas como enunciados cuja finalidade era informar os próprios ministros, de forma rápida e resumida, qual era a orientação da Corte sobre determinada questão. Foram inicialmente pensadas como um método de trabalho. Assim como os recursos, as súmulas contavam com um traço notadamente repressivo.<sup>460</sup>

<sup>457</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.649.

<sup>458</sup> ROSITO, Fernando. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p.193.

<sup>459</sup> MITIDIERO, 2021. p.82.

<sup>460</sup> Ibid. p.83.

O segundo momento caracterizou-se pela utilização de técnicas repressivas e preventivas, que buscavam a uniformidade do Direito. Neste sentido, o CPC/73 não só manteve as técnicas repressivas para uniformidade do Direito, mas também, introduziu técnicas preventivas para tanto. Nesse sentido, foi instituído o incidente de uniformização da jurisprudência, cujo objetivo era obter um pronunciamento prévio que evitasse uma interpretação inadequada de determinada questão pelo órgão encarregado de seu julgamento. Procurou-se, em síntese, evitar julgamentos não uniformes.<sup>461</sup>

Ainda, com a instituição das súmulas vinculantes, elas adquiriram uma função também preventiva, pois deixaram de conter orientações apenas para os Ministros do STF e passaram a veicular normas para todo o Poder Judiciário e para toda Administração Pública. Entretanto, mesmo com estas mudanças, a tônica na legislação como guia dos comportamentos sociais permaneceu.<sup>462</sup>

Por fim, o terceiro momento combina técnicas preventivas e repressivas, que visavam conferir unidade ao Direito. Desta forma, o CPC/15 mistura ambas as técnicas, mas há uma clara proeminência das técnicas preventivas em detrimento das repressivas. Da leitura do novo texto legal, verifica-se o dever das Cortes Supremas outorgarem unidade ao Direito mediante o uso de precedentes (arts. 926 e 927) e o dever das Cortes de Justiça de uniformizar a interpretação das questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), por meio da jurisprudência.<sup>463</sup>

O art. 927 do CPC/15 indica um rol de pronunciamentos que têm natureza vinculante, ou seja, que devem ser observados pelos demais tribunais brasileiros. A força que o próprio código confere a certos pronunciamentos judiciais divide-se em dois planos distintos. O primeiro é o horizontal, segundo o qual o tribunal que profere a decisão fica submetido à sua própria jurisprudência. Consequentemente, os órgãos fracionários ficam comprometidos a respeitar os precedentes formados pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V). Já pela perspectiva do plano vertical, as instâncias ordinárias ficam vinculadas a decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como a súmulas vinculantes; aos julgamentos do STF e do STJ em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos; às súmulas do STF e do STJ; e, por fim, à orientação jurisprudencial relevante dos tribunais

---

<sup>461</sup> MITIDIERO, 2021. p.84.

<sup>462</sup> Ibid. p.84.

<sup>463</sup> Ibid. p.85.

revisores das respectivas decisões, o que contempla as decisões nas resoluções de demandas repetitivas e nos incidentes de assunção de competência.<sup>464</sup>

Importa aqui analisar o inciso terceiro do referido artigo, mais precisamente na parte em que indica que os juízes e tribunais observarão os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Este dispositivo é complementado pelo art. 1.036, segundo o qual sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito serão afetados para julgamento dois ou mais recursos representativos da controvérsia.

O procedimento inicia-se, portanto, com a seleção de recursos que tratem sobre controvérsia idêntica. Isto pode ocorrer por iniciativa do presidente ou vice-presidente dos tribunais locais ou por iniciativa do relator de determinado recurso extraordinário ou especial. Em quaisquer dos casos, o órgão jurisdicional deverá selecionar recursos representativos da controvérsia que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão. A seleção realizada pelo tribunal de origem pode ser complementada pelo relator do recurso no STF ou no STJ. Caso o procedimento seja iniciado pelo presidente ou vice-presidente de tribunal local, ele determinará a suspensão de todos os processos pendentes que tramitem no Estado ou região.<sup>465</sup>

O julgamento de um recurso excepcional repetitivo culmina na elaboração de uma tese jurídica que será seguida pelos demais tribunais, para fins de harmonização da jurisprudência e previsibilidade do Direito. A tese enunciada pela Corte Suprema é um extrato da decisão que resulta do precedente, servindo para indicar a solução jurisdicional – encartada em preceito de caráter normativo – que foi alcançada pelo órgão.<sup>466</sup>

Um fato que merece ser mencionado e que diz respeito à forma dos precedentes brasileiros é que – talvez em virtude da tradição dogmática do direito pátrio – eles “revelam um grau considerável de abstração do direito aplicável frente aos fatos das causas eleitas como paradigmas”.<sup>467</sup>

De modo geral, as teses mais se parecem com um artigo de lei. A título de exemplo, ao julgar o Tema 796 da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário 796.376/SC), o STF fixou a seguinte tese: “a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser

---

<sup>464</sup> THEODORO JÚNIOR, 2022. p.1113.

<sup>465</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.1195.

<sup>466</sup> FERRAZ, 2017. p.419.

<sup>467</sup> Ibid. p.423.

integralizado”.<sup>468</sup> Da leitura da tese, sabe-se o que foi decidido, mas não se identifica o porquê da decisão.

Os precedentes são razões necessárias e suficientes construídas a partir de generalizações empreendidas pela Corte Suprema, representando a sua interpretação acerca de determinada questão controvertida.<sup>469</sup> É explicado por Guastini que a identificação dos fundamentos determinantes é um procedimento de universalização, que se caracteriza por reconduzir, conjecturalmente, uma decisão individual sob uma norma universal que a justifique.<sup>470</sup> No conto “Funes, o memorioso”, Borges<sup>471</sup> argumenta que “pensar é esquecer diferenças, e generalizar, abstrair”. Segundo MacCormick<sup>472</sup>, a ideia subjacente à universalização é semelhante, haja vista que “[...] nenhum conjunto de eventos no mundo pode ser exatamente igual a outro”. Deste modo, o autor elucida que:

O “porquê” da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem. Isso é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal. [...] a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade.<sup>473</sup>

Dizer que uma decisão é universalizável significa reconhecer que ela tem o potencial de ser uma “razão pela qual” em qualquer outro caso.<sup>474</sup> A universalização decorre da ideia de que a fundamentação envolve a fixação de bases racionais apropriadas para decidir e que, assim, pode servir para futuros julgamentos. As razões estabelecidas no precedente acabam por transcender os limites do caso em que foram desenvolvidas.<sup>475</sup>

Uma decisão alcança o caráter universal quando produz um resultado que não aceita apenas reivindicações *ad hoc* ou *ad hominem* das partes envolvidas. Ao decidir, o julgador tem que construir elementos decisórios que sejam replicáveis, igualmente, a quaisquer outras

<sup>468</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 796.376/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=796>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>469</sup> MITIDIERO, 2021. p.101-102.

<sup>470</sup> GUASTINI, 2019. p.236.

<sup>471</sup> BORGES, Luis Borges. Ficções. Trad. Dvair Arrigucci Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p.108.

<sup>472</sup> MACCORMICK, 2018. p.106.

<sup>473</sup> Ibid. p.120.

<sup>474</sup> Ibid. p.106.

<sup>475</sup> MARDER, 2017. p.118.

pessoas que satisfaçam as mesmas qualificações e participem nos mesmos atos nas mesmas circunstâncias.<sup>476</sup> No mesmo sentido, Alexy<sup>477</sup> assinala:

As razões básicas para seguir os precedentes é o princípio da universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal. [...] dois casos não são sempre totalmente idênticos. Sempre é possível descobrir uma diferença. O problema real então muda para o problema de determinar que diferenças são relevantes. [...] Satisfazer a exigência de correção envolve precisamente satisfazer o princípio da universalizabilidade.

Se a aplicação do precedente tivesse por base só a tese fixada, a tarefa certamente seria mais fácil. No entanto, existem elementos de complexidade e generalidade subjacentes à tese. Em sua deliberação, a Corte Suprema não exerce apenas um ato de fala. O acórdão é forjado em um contexto discursivo mais amplo, composto por diferentes discursos. O ato de dar razões para sustentar algum ponto é complexo e se trata de um exercício de generalização. As razões são, geralmente, proposições mais genéricas do que as decisões que elas visam sustentar. O exercício de universalização apresentado por Guastini<sup>478</sup> é assim exposto:

Em um caso célebre, um cervejeiro escocês foi condenado a ressarcir, danos a um consumidor que havia encontrado restos decompostos de caracol em uma garrafa de cerveja. Essa decisão pode ser universalizada estabelecendo-se como seu fundamento, entre outras, as seguintes normas: “Os produtores escoceses de cerveja em garrafa têm a obrigação de tomar o cuidado necessário para evitar que caracóis mortos terminem no produto”, ou então, “Os produtores de cerveja têm a obrigação de tomar os cuidados necessários para evitar que animais mortos terminem no produto”; ou ainda: “Os produtores de alimentos e bebidas têm a obrigação de evitar que substâncias nocivas terminem no produto”; e assim por diante, universalizando. Obviamente, a primeira norma seria aplicada caso o produtor de cerveja fosse galês e/ou nas garrafas se encontrassem restos de lagartixa e/ou a cerveja estivesse dentro de latinhas. A segunda não se aplicaria aos produtores de laranjada. E assim por diante. O aspecto notório aqui é que, como emerge do exemplo, de um mesmo precedente podem ser “extraídas”, mediante universalização, uma pluralidade de normas bem distintas, a partir do nível de abstração escolhido.

A leitura que fica apenas na superficialidade da tese jurídica fixada pode conduzir o julgador a conclusões precipitadas. Isto é, construir uma decisão judicial só com base na tese não é muito diferente de formá-la a partir de um artigo de lei. Ocorre que os precedentes não livram os tribunais do trabalho de reflexão. O juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo precedente, pois não há uma aplicação mecânica daquilo que foi decidido pelas

---

<sup>476</sup> MACCORMICK, 2018. p.197-198.

<sup>477</sup> ALEXY, 2001. p.258.

<sup>478</sup> GUASTINI, 2019. p.236.

Cortes Supremas.<sup>479</sup> Em outras palavras, o magistrado não se torna um autômato, sem alternativa a não ser aplicar o precedente.

A conclusão da Corte – que é exposta na tese – não retrata a complexidade do ato decisório como um todo, não deixando em evidência as pequenas decisões interpretativas e argumentativas que culminaram na decisão final. Isto fica em evidência no aludido Tema 796 da Repercussão Geral, que envolve o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

A tese que restou fixada retrata uma simplicidade ilusória do ato decisório, porque não dá conta de demonstrar como os ministros chegaram a ela. Ao contrário do que faz crer a tese, o STF não se limitou a tratar apenas da imunidade nos casos de integralização de capital social. No precedente, foram expressamente reconhecidas duas formas de imunidade do ITBI. Em diferentes passagens, o Ministro Alexandre de Moraes propôs uma divisão do dispositivo constitucional mencionado, o que implica duas interpretações distintas acerca da imunidade do ITBI, ou melhor dizendo, duas dimensões da mesma.

Segundo o Ministro, o art. 156, § 2º, II, da Constituição, precisa ser analisado em duas partes: a primeira dimensão da imunidade do ITBI alcança a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital. Nesta hipótese, caso o valor venal do imóvel ultrapasse o valor do capital subscrito, incidirá o ITBI sobre este excedente; a segunda, alcança a transmissão de bens ou direitos provenientes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica. Esta imunidade, todavia, está condicionada à não exploração, pela adquirente, preponderantemente, de atividades econômicas de caráter imobiliário, como a compra e venda de imóveis, locação ou arrendamento mercantil.<sup>480</sup>

No julgamento paradigma, foi feita uma distinção entre a imunidade do ITBI na “realização de capital” (integralizações) e a imunidade na “incorporação de bens” (fusão, cisão ou incorporação). Sob esta segunda dimensão, revela-se imune de ITBI, em caso de fusão, incorporação, cisão ou extinção de uma empresa, a incorporação de bem imóvel ao patrimônio de pessoa jurídica, desde que esta não desenvolva, de forma preponderante, atividade econômica voltada ao mercado imobiliário.

A cisão, assim como as demais figuras societárias referidas, nada tem a ver com a integralização de capital – isto já está claro na Constituição e fica ainda mais claro no precedente

---

<sup>479</sup> ABBOUD; STRECK, 2017. p.1199.

<sup>480</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 796.376/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/2020. p. 8-13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=796>. Acesso em: 7 dez. 2022.

do STF. Da verificação da *ratio decidendi* do julgado extrai-se que a transmissão de imóveis derivada de operação de fusão, cisão ou incorporação, é imune ao ITBI.

Esta temática também foi, recentemente, examinada pelo TJRS. Uma empresa gaúcha ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o município de Gravataí. A contribuinte buscava, em síntese, obter a anulação das cobranças municipais referentes ao ITBI excedente ao valor nominal do capital social incorporado por ela. O argumento central da contribuinte era de que ocorrera uma cisão, o que resultou na transferência de vários bens imóveis para a empresa cindida. Ela recebeu os imóveis por incorporação, integralizando-os ao seu capital social. Pleiteava o reconhecimento de imunidade tributária do ITBI.

Porém, no primeiro grau de jurisdição, o juiz entendeu que, à luz da tese fixada no Tema 796 do STF, a contribuinte só teria direito à imunidade no valor do capital integralizado, não sobre o valor excedente. Esta decisão acabou sendo reformada pelo TJRS. O Tribunal gaúcho decidiu que, pela análise da *ratio decidendi* do Tema 796, a transmissão de imóveis ocorrida por conta de cisão parcial – e, na sequência, com incorporação – é imune ao ITBI:

De fato, da leitura do voto condutor do aresto proferido pelo STF no RE nº 796.376/SC, de lavra do il. Ministro Alexandre de Moraes, fica clara a aplicabilidade da tese firmada apenas para a hipótese de incorporação de bens em realização de capital pelos sócios, e não quando da transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, prevista na segunda parte do inc. I do § 2º do art. 156 da CF/88. [...] É dizer, em se tratando de transmissão de bens imóveis decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, a única exceção imposta pela Constituição Federal foi a hipótese de a atividade preponderante do adquirente ser a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. [...]. Por conseguinte, inaplicável ao caso a tese fixada pelo STF no RE nº 796.376/SC (Tema 796), a preceituar: “A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”.<sup>481</sup>

Percebe-se, assim, que as razões que justificam a conclusão alcançada pela corte são fundamentais para que o ato decisório seja adequadamente interpretado. Deste modo, “ainda que do julgamento-paradigma possa ser extraída uma tese jurídica, tal preceito ou enunciado, diferentemente da lei, estará ontologicamente vinculado ao caso de onde se originou e suas circunstâncias contextuais de tempo e lugar”.<sup>482</sup>

<sup>481</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Vigésima segunda Câmara Cível. **Apelação cível n. 50040412020208210015**, julgamento em: 10/03/2022. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> > o-tjrs > orgaos-jurisdicionais>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>482</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli. **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2021. p.1.

Ademais, uma leitura apressada do dispositivo pode dar a entender que a tarefa de Cortes Supremas é a de resolver casos que se multiplicam perante o Poder Judiciário. No entanto, a missão do STF e do STJ não é esta. Ante a tarefa que é desempenhada pelas Cortes Supremas, é equivocado argumentar que há precedentes em casos repetitivos, mas não em casos não suscetíveis de repetição. Frisa-se que, ao decidir um caso, o que STF e o STJ fazem é atribuir sentido ao Direito. Há que se ter clareza quanto a isso, sob pena de que seja preconizada a otimização do julgamento de casos de massa em detrimento da função das Cortes Supremas em um ordenamento jurídico. Portanto, no que tange aos recursos extraordinário e especial, a formação do precedente não depende de a controvérsia jurídica estar replicada em vários outros casos e recursos.<sup>483</sup> Mitidiero<sup>484</sup> justifica tal posicionamento:

Essas Cortes não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso país. Devem dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos – o que obviamente inclui o dever de aplicação isonômica do direito.

Com este fundamento os termos jurisprudência e precedente não devem ser confundidos. O precedente é a última palavra da administração judiciária a respeito de determinado tema, ao passo que a jurisprudência é uma atividade de interpretação desenvolvida pelas cortes para solução de casos, de modo que a reiteração de julgamentos serve como um parâmetro de controle.<sup>485</sup>

Então, o STF e o STJ, ao decidirem pela sistemática de recursos excepcionais repetitivos, não estão apenas fixando um pequeno texto (tese jurídica) que deve ser replicado. Na verdade, está dando uma interpretação sobre a constituição ou a legislação infraconstitucional federal que deverá ser seguida. Isto pode não ficar tão claro da leitura do art. 927, III do CPC/15, já que o legislador fala na observação de “acórdãos” – o que pode induzir à conclusão de que o que deve ser respeitado é o dispositivo decisional do julgado. Contudo, a decisão do precedente não serve apenas como um meio de solução para determinado caso concreto, mas como um meio para a promoção da unidade do Direito.

As Cortes de Justiça têm como função controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do Direito aplicável ao caso concreto, a fim de que seja fomentado o debate

---

<sup>483</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.610-615.

<sup>484</sup> MITIDIERO, 2021. p.93.

<sup>485</sup> Ibid. p.102.

acerca das possíveis soluções interpretativas. Ao contrário disso, cabe às Cortes Supremas a última palavra sobre como deve ser entendido o direito constitucional e infraconstitucional federal no Brasil. Logo, “a partir do exato momento em que esses tribunais dão determinada interpretação, constitui grave infidelidade ao direito deixá-la de lado na aplicação dos casos concretos que recaem em seus âmbitos de aplicação”.<sup>486</sup>

Fica demonstrado, desta forma, que o precedente não vale apenas como a tese que busca retratá-lo. Na lição de Ferraz<sup>487</sup>:

Respeitar um precedente significa respeitar as razões de fato e de direito que lhe serviram de base, as quais não podem de forma alguma ser dissociadas das circunstâncias concretas consideradas e do seu contexto. Invocar tais razões para dar solução jurídica a outros casos exige, não raras vezes, adequação da resposta às respectivas particularidades.

Embora a universalização seja algo fundamental para que os precedentes possam ser úteis – no sentido de fornecerem uma orientação geral a ser seguida –, ela não exclui a necessidade de que todas as considerações do julgado sejam analisadas e avaliadas como relevantes ou não.<sup>488</sup> A padronização e a generalização não se sobrepõem, injustificadamente, às particularidades. Em que pese a tese sirva como uma norma geral, não se pode esquecer que ela está intrinsecamente conectada ao caso de onde surgiu. Por maior que seja o seu grau universalizante, o precedente não tem a generalidade e a abstração da lei, visto que é fruto do exame de circunstâncias concretas, examinadas à luz de um certo contexto. Então, “ainda que dele se possam colher um ou mais preceitos universalizáveis, esses jamais poderão ser totalmente abstraídos dos elementos de fato e de direito que lhe deram fundamento”.<sup>489</sup>

As Cortes Supremas, ao exercerem a atividade descrita no art. 927, inciso III, do CPC/15, não são responsáveis por gerar teses jurídicas que – tais como artigos de leis – sejam utilizadas como premissa maior em julgamentos subsequentes, de modo a permitir um silogismo entre tese e caso atual, tampouco por ficar resolvendo temas jurídicos massificados, atuando como um gestor de demandas repetitivas.

A repercussão geral, portanto, funciona como um expediente legítimo para permitir a seleção de casos em razão da função que o STF tem de desenvolver o Direito. Neste contexto, “o recurso extraordinário sempre depende do reconhecimento de repercussão geral, na medida em que a existência de múltiplos casos ou mesmo recursos obviamente não deveria abrir, só

---

<sup>486</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.1067.

<sup>487</sup> FERRAZ, 2016. p.147.

<sup>488</sup> MACCORMICK, 2018. p.103.

<sup>489</sup> FERRAZ, 2017. p.421.

por isso, oportunidade para o Supremo Tribunal Federal atuar”.<sup>490</sup> Tal qual a repercussão geral, a recente alteração que toca à “relevância” do recurso especial reforça a condição de Corte Suprema do STJ.<sup>491</sup>

Por fim, é importante dizer que o parâmetro de referência para a aplicação do entendimento do STF e do STJ segue sendo a relação com os fatos subsequentes. Logo, a necessidade de universalização não conduz à autorização de abandono, por parte do órgão ordinário, dos fatos que efetivamente ocorreram no caso que tem diante de si. Em outras palavras, o geral não prevalece em detrimento do individual. A universalização, assim, não significa abster-se do exame do caso, tratando-o como ele fizesse parte de um certo conjunto de situações idênticas. Eis a lição de Silva<sup>492</sup>: “o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas afins na essência”. Diante disso, parte-se, na sequência, para uma análise sobre a atividade das Cortes de Justiça ao aplicarem os precedentes emanados das Cortes Supremas.

## 5.2 A APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS PELAS CORTES DE JUSTIÇA

A atividade de aplicação de precedentes a ser feita pelas Cortes de Justiça está longe de ser simples. No que toca ao precedente, Marder<sup>493</sup> mostra que “[...] diante de sua estrutura textual voltada primordialmente para o caso concreto, antes de sua aplicação há a necessidade de sua identificação precisa, o que exige um esforço adicional do intérprete”. Em sentido semelhante, Domit<sup>494</sup> menciona que uma das causas de indeterminação no exame de um precedente é a limitada potencialidade normativa do texto decisório, ou seja, “[...] a potencial dificuldade de identificação de quais textos decisórios e, ulteriormente, quais partes dos textos decisórios selecionados podem ser considerados um enunciado normativo”. Também, é sinalizado por Mitidiero<sup>495</sup> que:

---

<sup>490</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016a. p.649.

<sup>491</sup> A arguição de relevância da questão federal para admissão do recurso especial, conhecida como filtro de relevância, foi incluída na Constituição pela Emenda Constitucional 125/2022. Com essa alteração, o art. 105 da CF de 1988 passa a prever que “No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento”. (FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>). Acesso em: 12 out. 2022).

<sup>492</sup> SILVA, 2004. p.285.

<sup>493</sup> MARDER, 2017.p.32.

<sup>494</sup> DOMIT, 2013. p.1137.

<sup>495</sup> MITIDIERO, 2021. p.101.

[...] os arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, CPC, devem ser interpretados de modo que o verbo ‘observar’ constante do caput do art. 927, CPC, signifique ‘considerar’, ‘aplicar’ e, em sendo o caso, ‘aplicar’. Considerar significa levar em conta os precedentes. Interpretar, adscrever o significado do precedente de acordo com sua moldura fático-normativa. Aplicar, retirar consequências jurídicas para o caso concreto. Só não será o caso de aplicar se, e somente se, houver razão para se proceder à distinção ou, havendo competência, à superação do precedente.

O precedente não pode ser concebido como um conjunto de argumentos desconexos capazes de serem usados da forma como melhor convir ao decisor do caso posterior. Passagens soltas de argumentos são úteis para a construção de várias formas de fundamentação, o que pode levar ao esvaziamento do conteúdo do precedente, pois sua aplicabilidade passa a depender das preferências argumentativas do julgador que a ele recorre. Nesse formato, a *ratio decidendi* não existe, pois a todo e qualquer fundamento pode ser atribuído o mesmo peso. Como refere Knijnik<sup>496</sup>, “apresenta-se-nos relevante não apenas o resultado da convicção, mas o processo inferencial, a infra-estrutura lógico argumentativa pela qual ela fora atingida”.

O uso seletivo de determinadas passagens jurisprudenciais é parecido com o que ocorre – com bastante frequência –, no debate forense, quando um advogado, no afã de corroborar a tese que está sustentando, colaciona várias ementas que refletem, só, a ideia que ele deseja defender. O problema desse uso seletivo, todavia, é que ele acaba distorcendo as razões de decidir, direcionando-as no sentido da própria vontade do intérprete. Convém ressaltar que de modo algum esse é um *modus operandi* só de advogados.

Muitos julgadores brasileiros costumam decidir casos atuais de acordo com julgamentos anteriores. Nessas hipóteses, o convencimento da adequação da resposta jurisdicional para o caso atual é construído por decisões passadas. É comum, nesse contexto, que as sentenças brasileiras contem com diversos fragmentos (ementas) de decisões anteriores. Essas ementas, normalmente, servem para expor entendimentos pacificados em tribunais. Vários acórdãos contam com páginas e mais páginas de fragmentos jurisprudenciais. O problema é que a mera transcrição de uma ementa transfere para o destinatário da decisão o ônus de identificar o material fático-jurídico relevante do caso precedente.<sup>497</sup>

Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais; não se confundem, porém, com essas decisões. Disso decorre o fato de que

<sup>496</sup> KNIJNIK, Danilo. Os “*standards*” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2022.

<sup>497</sup> LEAL, 2020. p.201.

“nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem efeito vinculante”.<sup>498</sup>

Para uma adequada aplicação de precedentes, é preciso identificar a *ratio* do julgado paradigma, avaliá-la e distinguir, dentro do seu contexto fático-jurídico, aquilo que foi determinante para a tomada de decisão, bem como o que foi só circunstancial. Essa ação depende do domínio de técnicas que, no Brasil, ainda são pouco conhecidas no exercício jurisdicional.<sup>499</sup>

A compreensão acerca da *ratio decidendi* é fundamental para que se possa definir, com o maior grau de precisão possível, o alcance de um enunciado jurídico. Isso viabiliza o aproveitamento dos fundamentos para além da controvérsia que foi decidida.<sup>500</sup> Nas palavras de Guastini<sup>501</sup>:

Para identificar a *ratio decidendi*, é necessário identificar o “núcleo” do raciocínio realizado pelo juiz, e, mais precisamente, a premissa normativa da justificação interna. [...]. Constitui *ratio decidendi* qualquer norma jurídica que tenha sido expressamente ou - como acontece mais frequentemente - tacitamente utilizado pelo julgador para chegar à sua conclusão.

Esta *ratio* decorre de abstrações que são realizadas, a partir de questões relevantes do caso, pelo julgador, sendo constituída pelo material recolhido na fundamentação. A *ratio decidendi* pode ser caracterizada como uma norma geral, obtida do precedente, que serve como “premissa normativa de um silogismo judicial (*modus ponens*) suficiente para, em conjunto com uma premissa fática, resolver a questão principal do caso ou uma questão necessária para a resolução do caso”.<sup>502</sup> A respeito das dificuldades que podem ser enfrentadas pelo tribunal de origem, Ferraz<sup>503</sup> arrazoia:

O caminho do intérprete e aplicador do direito até a *ratio* não é tão simples. Faz-se necessária a leitura de toda a decisão candidata a precedente, das principais peças do processo que o originou. É preciso identificar qual a principal questão que estava sendo solucionada pela corte do precedente e, para tanto, será necessário conhecer o conflito, saber quais as questões de fato e de direito que foram debatidas naquele caso, até que a Corte chegasse a uma decisão. Neste processo, o jurista terá que indagar como e em que medida os fatos do caso julgado influenciaram na construção do princípio jurídico que conduziu à decisão e distinguir todas as questões jurídicas enfrentadas para que a decisão fosse tomada. Será fundamental, ainda, examinar o julgado candidato a ser paradigma à luz de outras decisões, da mesma Corte ou de corte superior, de forma a delimitar seus efeitos, conhecer as tendências daquele tribunal e saber se o precedente ainda está vigente.

<sup>498</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.1.065.

<sup>499</sup> FERRAZ, 2017. p.428.

<sup>500</sup> Id. 2021. p.9.

<sup>501</sup> GUASTINI, 2019. p.236.

<sup>502</sup> DOMIT, 2013. p.1146.

<sup>503</sup> FERRAZ, op, cit. p.428.

Por conta das infinitas peculiaridades que podem existir entre diferentes casos, é evidente que qualquer universalização construída a partir de um caso específico deve ser feita com cuidado. Isto porque diferentes situações - a depender das circunstâncias envolvidas - podem atrair a incidência de exceções, bem como de qualificações que não haviam surgido no caso precedente.<sup>504</sup>

Nestes termos, “[...] quando se julga uma ação particular, é necessário ponderar as circunstâncias em que se verificou [...]”.<sup>505</sup> Por outro lado, parte fundamental da segurança jurídica é poder prever minimamente em que sentido as autoridades decisórias vão decidir. Para que isso seja alcançado, a universalização é necessária. A *ratio*, então, “é destinada a ser a porção transcendente de uma decisão, aquela se abstrairá da casa de origem, para ser fundamento à decisão de casos futuros”.<sup>506</sup>

Levando isto em conta, não é todo o texto contido no precedente que vincula, mas apenas a *ratio decidendi* do julgado. Consequentemente, existem fragmentos da fundamentação que não vinculam, aos quais é atribuída a denominação *obiter dictum*. Nas palavras de Marinoni<sup>507</sup>:

*Obiter dictum* é tudo que não diz respeito ao fundamento que determina o resultado ou o que não está inserido no “ponto” que permite o alcance da decisão. Afirma-se que são passagens que não têm relação com o resultado, que não são conectadas com os fatos do caso ou que são relacionadas a ponto não arguido por nenhuma das partes.

Como não há precedente que não tenha sido formado pelo órgão colegiado, um dos obstáculos que precisa ser enfrentado pela Corte de Justiça ao aplicar o precedente diz respeito ao modelo de formação da decisão judicial por órgãos colegiados no Brasil (modelo *seriatim*). Esse formato de julgamento caracteriza-se por não disponibilizar à sociedade a voz uníssona do órgão decisor. Na prática, são somadas as conclusões dos votos proferidos pelos integrantes

---

<sup>504</sup> MACCORMICK, 2018. p.118.

<sup>505</sup> MONTAIGNE, Michel de, **Ensaíos**. Tradução: Sérgio Milliet São Paulo: Editora 34, 2016, p.435.

<sup>506</sup> FERRAZ, 2021. p.6.

<sup>507</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.45.

do órgão colegiado para que se possa verificar qual foi o resultado do julgamento.<sup>508/509</sup> É argumentado por Vale<sup>510</sup>:

O modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série” em um texto composto – aí está o significado do termo em latim *seriatim*. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da corte, mas como uma proclamação sucessiva de das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o dever de realizar [...].

O modelo de deliberação dos tribunais dificulta a identificação das razões porque podem existir vários argumentos diferentes que acabem por alcançar o mesmo resultado. Nem sempre os fundamentos adotados pelos julgadores são convergentes. É difícil, uma vez configurada essa hipótese, identificar o que está sustentando a tese firmada. Pode ocorrer, assim, de os argumentos tornarem-se confusos, fazendo com que a própria posição institucional do órgão julgador fique prejudicada. Câmara afirma que “só se pode, portanto, considerar vinculante o fundamento que tenha, no acórdão, sido acolhido – expressa ou implicitamente – por um número de votos suficientes para formar maioria”.<sup>511</sup>

Da mesma forma, para Domit<sup>512</sup>, “apenas as razões de decidir que contem com o suporte ao menos da maioria dos julgadores que o compõem podem ser havidos como manifestações do próprio órgão colegiado [...]”. Cunha<sup>513</sup> aduz que nem toda decisão leva a um precedente,

<sup>508</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2022. p.257.

<sup>509</sup> A propósito, convém mencionar que o **Projeto de Lei nº 4311, DE 2021**, tenta regular a forma de deliberação nos tribunais brasileiros, de modo a facilitar a compreensão das razões determinantes. O projeto deixa claro que busca promover a segurança jurídica, a cognoscibilidade, a previsibilidade e a estabilidade das decisões proferidas por colegiados. O projeto foi inspirado no artigo intitulado “Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais”, publicado pelos processualistas Marcelo Mazzola e Luís Manoel Borges do Vale. O que visa enfrentar são “os problemas advindos da falta de uniformidade no modo como os diversos Tribunais do País tratam da questão da divergência de votos, quantitativa ou qualitativa, o que leva à dificuldade de se compreender, com exatidão, o que tenha sido efetivamente decidido pelo colegiado”. (BRASIL. Senado Federal. Senador Rodrigo Cunha. **Projeto de Lei nº 4311, de 2021**. Altera os arts. 941 e 1.038 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para uniformizar regras sobre a contagem de votos divergentes nas decisões colegiadas e promover o expreso pronunciamento dos fundamentos determinantes em decisões de observância obrigatória. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151151>. Acesso em: 4 out. 2022).

<sup>510</sup> VALE (citado por CÂMARA, 2022. p.256).

<sup>511</sup> CÂMARA. 2022. p.276.

<sup>512</sup> DOMIT, 2021. p.1142.

<sup>513</sup> CUNHA, 2021. p.151.

pois, “quando não há maioria em relação aos fundamentos determinantes da decisão, não se pode admitir a formação de uma *ratio decidendi* vinculante a casos posteriores”.<sup>514</sup>

Considerando o que foi apresentado, nota-se que existem desafios presentes na exegese do art. 1.040, I e II do CPC/15. A premissa é que, uma vez julgado e publicado o precedente oriundo do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, caberá às cortes de origem, em sendo o caso, adequar o acórdão recorrido ao entendimento firmado pelas Cortes Supremas no julgamento paradigma. Como isso é feito?

Na hipótese do inciso I – ou seja, caso a decisão recorrida coincida com a orientação da Corte Suprema – o mérito do recurso sequer será apreciado, sendo da competência do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem negar-lhe seguimento. Já na hipótese do inciso II – isto é, caso o acórdão recorrido contrarie a orientação da Corte Suprema – os autos do recurso que estava suspenso serão remetidos ao tribunal de origem (representado por sua Câmara, Turma, Seção, Órgão Especial, Pleno) que poderá adotar uma destas ações: a) realizar um juízo de retratação, com a consequente alteração do acórdão impugnado à luz do que foi decidido pelo STF ou STJ no julgamento repetitivo; ou, b) manter o acórdão impugnado por seus próprios termos.

O aludido artigo, todavia, faz parecer que somente será necessário o reexame da matéria na hipótese de o acórdão recorrido contrariar a orientação da Corte Suprema. No entanto, para averiguar a possível coincidência entre os discursos jurídicos o tribunal de origem também precisa fazer um juízo comparativo. O que costuma ocorrer, na prática, é que o presidente ou vice-presidente do tribunal local, ao constatar um indício de divergência entre as decisões, determina a devolução dos autos ao órgão julgador, para que ele tenha a chance de fazer eventual juízo de retratação.

Esse exame de compatibilidade é uma atividade complexa, não correspondendo a um exercício, popularmente falando, de “cara-crachá”. Para que o STF ou o STJ alcance o resultado do julgamento, são empregadas várias operações interpretativas e argumentativas que, posteriormente, serão analisadas pelos tribunais que se encontram abaixo deles. Isso quer dizer que as Cortes de Justiça interpretam precedentes. Ao fim e ao cabo, os precedentes são textos;

---

<sup>514</sup> Tais entendimentos vão ao encontro do que prescrevem alguns dos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado 317: “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.” Enunciado 319: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”. (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>). Acesso em: 12 out. 2022).

logo, não resolvem por completo os problemas de indeterminação, vagueza e ambiguidade do Direito. Não há como exigir dos precedentes que deem mais segurança jurídica do que os textos das leis, visto que também precisam ser interpretados. A decisão judicial proferida pela Corte Suprema passa a integrar o ordenamento jurídico na condição de novo documento normativo que também será interpretado.

O precedente deve ser visto como um todo unificado a ser aplicado de forma ampla. É uma questão de completude: o pronunciamento do STF ou do STJ é um documento integrado, cuja interpretação depende de que todos seus elementos sejam apurados. Ao dissertarem sobre essa temática, Arenhart, Mitidiero e Marinoni<sup>515</sup> assinalam que:

A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos (postulado da unidade da interpretação da sentença) e em conformidade com o princípio da boa-fé (arts. 5º e 489, § 3º, CPC). Em outras palavras, é preciso respeitar a sentença como uma unidade de sentido e interpretá-la dentro do quadro de expectativas legítimas geradas pelo debate judiciário.

Um grave problema que pode decorrer de um juízo comparativo que tome por base apenas a tese jurídica extraída do precedente é que não seja feito, efetivamente, um enfrentamento entre os fatos. Tal prática, como sinaliza Ramirez<sup>516</sup> pode ser caracteriza como, “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados cujas particularidades nada se sabe”. Reitera-se o juízo comparativo entre dois casos exige a interpretação do acórdão paradigma. Pelos ensinamentos de Abboud e Streck<sup>517</sup>:

Nenhum acórdão-paradigma possui a norma pronta a solucionar o caso futuro e que, portanto, dispense interpretação. Sendo assim, o acórdão paradigma é mais um elemento normativo-linguístico junto com a legislação e a doutrina a ser interpretado para se promover a solução correta do caso concreto.

Essa interpretação tem como objetivo extrair do julgado paradigmático a sua *ratio decidendi*. É exigido que se faça um cotejo entre o caso atual e o caso que serviu de base para a definição do precedente. O que não se pode é fazer referências pontuais a argumentos ou teses gerais citadas em fragmentos de precedentes, que, por sua vez, funcionem como premissas também gerais para a fundamentação de qualquer decisão a que se queira chegar. Leal argumenta que, caso admitida essa hipótese “precedentes não funcionam como limites ao

---

<sup>515</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.619.

<sup>516</sup> RAMIREZ (citado por ABBOUD; STRECK, 2017. p.1198).

<sup>517</sup> ABBOUD; STRECK, 2017. p.1205.

julgador. São, ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista”.<sup>518</sup>

A questão é paradoxal, pois, segundo Zaneti Júnior<sup>519</sup>, “os precedentes teriam como função eliminar a indeterminação, vagueza e ambiguidade, e, por essa razão, a necessidade de interpretação dos textos-lei, mas, por serem também eles textos, exigem interpretação”. Em que pesem as decisões oriundas das Cortes Supremas reduzam o campo de discricionariedade dos próximos julgadores, elas não podem ser eximidas da atividade interpretativa. Dado que cabe aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais interpretarem as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é preciso que sejam estabelecidos limites para esse momento interpretativo. Não basta dizer “leia o precedente e aplique-o”.

Por mais preciso que seja um precedente, o fato é que sempre existirá, em maior ou menor grau, um resíduo de subjetividade nos procedimentos de interpretação e argumentação que serão empregados pelas cortes que a ele estão vinculadas. Como diz Ávila, “a argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantém-na sob controle”.<sup>520</sup> A fundamentação da decisão judicial combate a arbitrariedade e controla a discricionariedade.

A base da atividade do intérprete é a reconstrução de alternativas decisórias por meio de uma atuação dinâmica e argumentativa.<sup>521</sup> Cada precedente pode ser interpretado de várias formas alternativas. Por isso, “um mesmo precedente pode ser invocado, em diferentes circunstâncias, para fundamentar decisões completamente diferentes (e até mesmo contrastantes)”.<sup>522</sup> É crucial, pois, estabelecer modelos de controle dessa interpretação.

### 5.3 PROPOSTA DE *STANDARDS* PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL

#### 5.3.1 Noções preliminares

Coloca-se, agora, a questão de saber a partir de quais *standards* pode ser realizado o exame de compatibilidade de que fala o art. 1.040, I e II do CPC/15. É preciso que neste contexto, existam parâmetros aptos a guiar a adequada realização do juízo comparativo. Tal

<sup>518</sup> JOTA (site). **Uma jurisprudência que serve para tudo**. Publicado em 13 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015>. Acesso em: 5 nov. 2022. Acesso em: 13 de maio, 2022.

<sup>519</sup> ZANETI JR., Hermes. O paradoxo de Humberto Ávila: o elogio da interpretação e a interpretação cética, moderada e responsável. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito**. São Paulo: Malheiros, 2021. p.137.

<sup>520</sup> ÁVILA, 2010. p.31 [eletrônico].

<sup>521</sup> Id. 2019. p.170.

<sup>522</sup> GUASTINI, 2019. p.237.

parametrização é fundamental, pois não se pode admitir a mera confirmação ou refutação automática de um precedente sem um exame crítico. A natureza vinculante do pronunciamento pode induzir ao engano de que o órgão ordinário não participa mais da resolução do caso que vai julgar, apenas aplicando uma fórmula decisória que já está pronta. Isso, todavia, não retrata a realidade. Os pronunciamentos das Cortes Supremas estão sujeitos a interpretações diversas e imprevisíveis, pois existem muitos juízes para aplicá-las.

Conforme referido na parte introdutória, pretende-se propor alguns parâmetros que possam contribuir para uma maior objetividade no exame de compatibilidade entre diferentes discursos jurídicos e, conseqüentemente, para uma padronização na aplicação pelos TJ's e TRF's dos precedentes formados pelo STF e STJ no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Tais *standards* configuram um modelo de controle do juízo de compatibilidade entre as decisões, que busca evitar que a discricionariedade judicial da qual dispõem as Cortes de Justiça seja convertida em puro arbítrio. Acredita-se que com a fixação dos mesmos seja possível averiguar se a decisão do caso atual foi decidida em conformidade com o discurso jurídico anterior vinculante, isto é, se o julgado respeita o precedente.

A fim de alcançar tal objetivo, elaborou-se quatro *standards*, sem prejuízo de outros que, porventura, venham a surgir, que são: a) exigência de respeito aos limites da linguagem utilizada no precedente; b) a exigência de respeito ao propósito normativo inerente ao precedente; c) a exigência de consideração do contexto subjacente à decisão que originou o precedente; d) a exigência de simetria entre os fatos do precedente e os fatos do caso a ser decidido.

A ausência de exemplos práticos gera o risco de que as construções teóricas caiam no campo da excessiva abstração. Buscando-se evitar isso, o desenvolvimento teórico de cada *standard* será intercalado, quando possível, com casos concretos.

### **5.3.2 Exigência de respeito aos limites da linguagem utilizada no precedente**

O primeiro *standard* diz respeito à linguagem, pois é ela que define o alcance de possibilidades semânticas que estão à disposição do intérprete. Além de funcionar como um fator de otimização para a efetivação da tutela de direitos, ele também atua como um limite a ser observado na construção de outras decisões judiciais que versem sobre situações análogas. Afinal, os precedentes servem para aclarar e definir o significado dos textos normativos, facilitando a aplicação do Direito.

Então, ao fazer o juízo comparativo entre as decisões, a Corte de Justiça precisa respeitar a linguagem que foi utilizada no julgado paradigma. É como se a linguagem definisse as “quatro linhas” do fictício campo interpretativo. Nesta seara, Nunes e Viana<sup>523</sup> assinalam que “a formulação de textos jurídicos de qualquer natureza se dá a partir de uma premissa contrária, segundo a qual as palavras são utilizadas com o objetivo específico de implementar a diminuição dos equívocos interpretativos”.

Quando, por exemplo, o STF define o conceito de faturamento, está sendo inserida uma nova norma no ordenamento jurídico. Desta forma, se quer dizer que a Corte de Justiça não está livre para fazer certas escolhas interpretativas quando as mesmas já foram feitas pelas Cortes Supremas por meio dos fundamentos de seus acórdãos. Neste sentido, Domit<sup>524</sup> aponta:

Com efeito, a existência de um precedente vinculante que tenha decidido em dado sentido sobre o significado do Direito (por exemplo, um precedente que tenha decidido por um de uma série de possíveis significados normativos para dado enunciado normativo ou um conjunto de enunciados em dado contexto) torna automaticamente incorreto um posicionamento em outro sentido por um órgão hierarquicamente submetido ao precedente vinculante.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (Tema 69 da Repercussão Geral), fixou a tese segundo a qual “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. O Plenário da Corte decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não é incorporado ao patrimônio do contribuinte, pois apenas transita por sua contabilidade e depois é repassado para o Estado arrecadador. Sendo assim, o ICMS não pode integrar a base de cálculo de tais contribuições.<sup>525</sup>

Uma das questões mais importantes do paradigma foi a definição juridicamente aceita do conceito de faturamento. Tal importância decorre do fato de que o PIS e a Cofins são contribuições sociais que incidem sobre a receita ou o faturamento das empresas, nos termos do art. 195, I, “b” da Constituição Federal. Portanto, o que estava em jogo era a forma adequada de se interpretar uma expressão constitucional, respeitando-se os limites do poder de tributar da Fazenda Pública. O julgamento do caso paradigmático tinha como finalidade definir se o valor recolhido a título de ICMS fazia parte do faturamento do contribuinte, integrando a base de

---

<sup>523</sup> NUNES; VIANA, 2018. p.209.

<sup>524</sup> DOMIT, 2021. p.1128.

<sup>525</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR** (Tema 69 da Repercussão Geral). Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 09/03/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 5 dez. 2022.

cálculo das contribuições.<sup>526</sup> Ao discorrer sobre a importância dos conceitos para o Direito, o Ministro Luiz Fux assentou:

A Constituição Federal, é verdade, ela tem os seus conceitos superpostos que não podem ser ultrapassados pela legislação ordinária. Mas, de toda maneira, dever haver uma questão de fidelidade a esses conceitos, porque Direito é lógica jurídica. [...]. E agora me recordo, muito embora não participasse na época do julgamento - nem integrava a Corte -, o egrégio Supremo Tribunal Federal estabeleceu que há conceitos que devem ser aferidos na sua percepção exata, sob pena de se desvirtuar. Exatamente uma hipótese de incidência que deve obedecer, tal como no Direito Penal, o princípio da taxatividade estrita.<sup>527</sup>

Conforme o voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia, o contribuinte não inclui como receita ou faturamento aquilo que ele precisará repassar à Fazenda Pública, como é o caso do ICMS. Ainda, versando sobre o termo “faturamento”, a Ministra Rosa Weber asseverou que:

**Trata-se de um conceito constitucional, cujo conteúdo, em que pese abrangente, é delimitado, específico e vinculante, impondo-se ao legislador e à Administração Tributária.** Cabe ao intérprete da Constituição Federal defini-lo, à luz dos usos linguísticos correntes, dos postulados e dos princípios constitucionais tributários, dentre os quais sobressai o princípio da **capacidade contributiva** (art. 145, § 1º, da CF). [...] Não há, assim, que buscar equivalência absoluta entre os conceitos contábil e tributário.<sup>528</sup> [grifo do autor].

Em sentido semelhante, argumentou o Ministro Marco Aurélio:

A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. **O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.** A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação. No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, **a incidência de contribuição sobre imposto**, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI. Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea ‘b’ do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.<sup>529</sup> [grifo do autor].

<sup>526</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR** (Tema 69 da Repercussão Geral). Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 09/03/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>527</sup> Ibid. p.81-84.

<sup>528</sup> Ibid. p.78-79.

<sup>529</sup> Ibid. p.104.

O Ministro Celso de Mello também votou favoravelmente aos contribuintes e afirmou que “o fundamento do poder de tributar [...] reside, em essência, no dever jurídico de estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República”.<sup>530</sup> Desta forma, o conteúdo normativo constitucional de faturamento não abrange “ônus fiscal” ou “valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço”. Em síntese, o faturamento é restrito ao montante que ingressa nos cofres de quem realiza a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, não englobando ônus fiscais destinados a integrar o patrimônio do ente federativo que detém o poder de tributar.<sup>531</sup>

A aderência ao julgado do STF não pode ser casual ou meramente estratégica. É a partir da moldura argumentativa delineada no acórdão repetitivo que a Corte de Justiça deve fazer o exame de compatibilidade. Não é permitido ao intérprete atribuir um significado que não possa ser amparado pela linguagem utilizada no precedente. A principal finalidade deste primeiro *standard* é, portanto, estabelecer os limites da moldura interpretativa a partir de restrições criadas por meio da linguagem. Com base nestas limitações, deve ser escolhido o significado que, mais do que os outros, impulsiona o propósito do enunciado.<sup>532</sup>

Ao definir o conceito de faturamento, o STF deu início a uma série de outras discussões em torno de tributos que, tal como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), são incluídos na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e que, seguindo a *ratio decidendi* do Tema 69, também precisariam ser excluídos. Dentre as teses derivadas (também denominadas teses “filhotes”), uma que vem ganhando proeminência é a da exclusão do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) da base de cálculo do PIS e da Cofins, por conta da sua semelhança com o precedente do STF.

Aliás, o Recurso Extraordinário nº 592.616/RS (Tema 118 da Repercussão Geral), que ainda pende de julgamento, tem como objeto a “inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS”.<sup>533</sup> Tudo indica que ao analisá-lo o STF irá manter-se coerente com o conceito de faturamento que foi por ele mesmo construído. O Ministro Celso de Mello, que

---

<sup>530</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR** (Tema 69 da Repercussão Geral). Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 09/03/2017. p.179. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 5 dez. 2022..

<sup>531</sup> Ibid.

<sup>532</sup> BARAK, 2007. p.89.

<sup>533</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.616/RS** (Tema 118 da Repercussão Geral). Rel. Min. Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em: 5 dez. 2022.

à época era Relator do caso, votou por afastar o ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins, sob os seguintes fundamentos:

Irrecusável, Senhor Presidente, que **o valor pertinente ao ISS , tal como ocorre com o ICMS , é repassado ao Município ( ou ao Distrito Federal), dele não sendo titular o contribuinte, pelo fato , juridicamente relevante , de tal ingresso não se qualificar como receita que pertença , por direito próprio , a esse mesmo contribuinte.** Plenário Virtual - minuta de voto - 14/08/2020 00:00 10 Inaceitável, por tal razão , que se qualifique qualquer ingresso como receita, pois **a noção conceitual de receita compõe-se da integração, ao menos para efeito de sua configuração , de 02 ( dois ) elementos essenciais : a ) que a incorporação dos valores faça-se positivamente , importando em acréscimo patrimonial; e b ) que essa incorporação revista-se de caráter definitivo.**

[...] Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E , ao fazê-lo , quero destacar , uma vez mais , **que o valor arrecadado a título de ISS , por não se incorporar , definitivamente , ao patrimônio do contribuinte, não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS,** notadamente porque a parcela correspondente ao recolhimento do ISS não se reveste nem tem a natureza de receita ou de faturamento , qualificando-se , ao contrário , como simples ingresso financeiro que meramente transita pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte . **Em consequência, impõe-se a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS,** que constituem contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, enfatizando-se que o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal – firmado em sede de repercussão geral a propósito do ICMS (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 69 /STF) – revela-se inteiramente aplicável ao ISS em razão dos mesmos fundamentos que deram suporte àquele julgado.<sup>534</sup> [grifo do autor].

A partir do momento que existe precedente sobre determinada matéria, as Cortes de Justiça têm a obrigação de controlar a uniforme aplicação dele, o que importa, inclusive, em readequação de sua própria jurisprudência.<sup>535</sup> Isto fica muito claro em um julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), no qual, a despeito de seu entendimento pessoal e da compreensão histórica do órgão sobre o conceito de faturamento, o relator reconheceu a força vinculante do novo conceito que se exprime da *ratio decidendi* do Tema 69, nestes fundamentos:

“Receita” é termo jurídico que comporta a maior grandeza material dos conceitos úteis ao problema dos autos, identificando-se com todas as entradas de valores em conta de resultados, decorrentes de atividades operacionais ou não operacionais de um empreendimento (antes de deduzir quaisquer custos ou despesas). [...]. Dentro da receita está o faturamento (parcela de receita operacional decorrente do objeto principal da empresa, mas também sem dedução de custos ou despesas) e, claro, eventual lucro líquido (diferença positiva ou ganho na atividade operacional ou não operacional, após deduzidos custos ou despesas correspondentes). [...] a jurisprudência consolidada apontava no sentido da possibilidade de os conceitos de faturamento e de receita bruta incluírem tributos incidentes nas vendas de bens e de serviços que geram receita (à

<sup>534</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.616/RS** (Tema 118 da Repercussão Geral). Voto proferido pelo Min. Celso de Mello em 17/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>535</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.1059.

evidência, independentemente da emissão da “fatura”, ou seja, incluindo também as vendas à vista), sem ofensa ao conceito de “faturamento” ou de “receitas”, nos termos do art. 195, I, “b”, da Constituição, e do art. 110 do CTN. [...] Ocorre que o E.STF mudou a orientação jurisprudencial ao julgar o RE 574.706/PR [...]. A despeito de meu entendimento pessoal, desde os pronunciamentos dos e.Tribunais Extremos, passei a seguir a *ratio decidendi* extraída do Tema 69 do E.STF [...].<sup>536</sup>

Então, em virtude da identidade de fundamentos, a Segunda Turma do TRF3 aplicou ao ISS o precedente formado no julgamento do Tema 69. Fez isto a partir do conceito delineado pelo STF. Vale mencionar, também, outros julgados do TRF3 sobre o tema:

É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode estar incluído. [...] Além disso, afigura-se plenamente cabível a aplicação do mesmo raciocínio utilizado no julgamento do RE n.º 574.706, o qual estabeleceu o afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, à situação concreta apresentada, como explicitado.<sup>537</sup>

A questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo que, por identidade de fundamentos, aplicável o entendimento ao ISS, conforme jurisprudência pacífica desta E. Sexta Turma, bem como da Segunda Seção desta Corte. [...] Nesse diapasão, o e. Ministro Celso de Mello, ao apresentar seu voto no âmbito do RE 592.616, bem resumiu a questão ao sugerir a seguinte tese: O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte, sob pena de transgressão ao art. 195, I, ‘b’, da Constituição da República (na redação dada pela EC n.º 20/98).<sup>538</sup>

Ao revés do que tem decidido o TRF3, o TRF4 vem negando provimento aos recursos de contribuintes que tenham como objeto a aplicação da *ratio* do Tema 69 ao ISS. A título ilustrativo:

[...] Ao estabelecer a distinção entre a receita bruta e a receita líquida, o legislador tributário deixou claro que a receita bruta - aquela adotada como a base de cálculo para o PIS e a COFINS - engloba os tributos incidentes sobre as operações realizadas. O art. 195, I, “b” da Constituição Federal estabelece como hipótese de incidência das contribuições para PIS e COFINS a receita ou o faturamento da empresa, sem definir

<sup>536</sup> SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 5000607-71.2018.4.03.6144/SP**. Segunda Turma. Rel. Des. Carlos Francisco. Julgado em 10/11/2022. Publicado em 18/11/2022. p.10-14. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/266572624>. Acesso em: 1 dez. 2022.

<sup>537</sup> Id. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApelRemNec/SP n. 5004753-95.2021.4.03.6130/SP**. Rel. Des. Fed. Andre Nabarrete Neto, Quarta Turma. Julgado em 29/08/2022, Intimação via sistema Data: 30/08/2022. p.6. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/seju/editais>. Acesso em: 1 dez. 2022.

<sup>538</sup> Id. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApelRemNec/SP n. 5003983-17.2021.4.03.6126/SP**. Rel. Des. Fed. Goncalves Maia Junior, Sexta Turma, julgado em 29/08/2022, Intimação via sistema Data: 30/08/2022. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/seju/editais>. Acesso em: 2 dez. 2022.

ou distinguir os conceitos de receita bruta e líquida, legitimando, assim, o conceito legal de receita bruta estabelecido pela Lei n. 12.973/2014 para a apuração da base de cálculo das contribuições para o PIS e para o COFINS. A presunção de constitucionalidade e legalidade inerente ao contido na L 12.973/2014, não desconstituída por declaração judicial de inconstitucionalidade em modalidade concentrada ou difusa, ampara tal conceito de receita bruta. Dessa forma, o regime jurídico estabelecido antes e depois da Lei n. 12.973/2014, **possibilita que os valores destacados a título de ISS** nas notas fiscais emitidas pelos contribuintes componham as bases de cálculo das contribuições para o **PIS** e a **COFINS** de que são sujeito passivo tributário em nome próprio. Também não cabe a aplicação, ao caso, da conclusão jurídica obtida com relação ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS (v.g. STF, RE nº 240.785, Tribunal Pleno, julgado em 08-10-2014), porquanto se trata de situação diversa, sendo vedado, em matéria tributária, a aplicação da analogia, seja para cobrar tributos, seja para desonerar o contribuinte de pagá-los, razão pela qual não é possível estender a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 69 para excluir o ISS da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS. No entanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão já foi decidida em recurso representativo de controvérsia, tendo sido assentado por aquela Corte superior que **“o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”** (Tema 634, RESP 1.330.737). [...] Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da Impetrante.<sup>539</sup> [grifo do autor].

Com base no que tem sido defendido ao longo deste estudo, não parece adequado que um órgão ordinário interprete extensivamente um conceito que já foi delimitado pelo seu intérprete final. Se para que fosse declarada a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi utilizado um conceito “restrito” de faturamento, o mesmo deve ser utilizado no caso envolvendo a inclusão ou não do ISS na base de cálculo daquelas contribuições. Entende-se que a inclusão do ISS na base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, por ser ônus fiscal, e não um resultado da atividade empresarial, é ilegal, uma vez que desvirtua os conceitos de receita e faturamento.

Os argumentos deliberados pelas Cortes Supremas formam uma moldura que restringe a liberdade interpretativa da Corte de Justiça que está analisando o caso atual. Não pode o órgão ordinário desconsiderar as palavras que foram usadas e suas potenciais limitações semânticas. Tal compreensão vai ao encontro dos ensinamentos de Guastini<sup>540</sup>:

[...] deve-se entender por interpretação não qualquer atribuição de significado ao texto interpretado, mas uma atribuição de significado que seja reconduzível à moldura – de amplitude variável – dos significados admissíveis. [...] Qualquer atribuição de significado que saia da moldura dos significados admissíveis constitui não propriamente interpretação, mas sim criação de uma norma nova. A interpretação, portanto, tem limites.

<sup>539</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Primeira Turma, **Apelação Cível n. 5001319 08.2020.4.04.7100/RS**. Juiz Convocado Francisco Donizete Gomes. Julgado em 23/09/2020, Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 1 dez. 2022.

<sup>540</sup> GUASTINI, 2019. p.61.

Sem que esta limitação linguística seja feita, corre-se o risco de que o intérprete entenda que o enunciado normativo não diz nada, limitando-se a oferecer umas quantas palavras para que ele possa dotá-las de sentido como melhor lhe convir.<sup>541</sup> Também, é comentado por Knijnik<sup>542</sup> que:

Um dos grandes problemas com que todos os *standards* têm de se haver, a nosso juízo, está no fato de, necessariamente, recair sobre a fundamentação, ou seja, sobre uma manifestação lingüística ou simplesmente um discurso (jurídico). Desse modo, quiçá dissimuladamente, qualquer análise que se empreenda, seja pela idéia da arbitrariedade, pela mínima atividade probatória, pelos *standards* da preponderância ou da eliminação da dúvida razoável etc. pode ser reconduzida, na verdade, a uma perspectiva lingüística, tendo em causa as idéias da coerência (manutenção do eixo de sentido) e da coesão (a manutenção do eixo lógico) do discurso em que a convicção judicial se exterioriza. Então, poderia ter algum sentido, talvez, formular-se um *standard* atento à base lingüística ou comunicativa da convicção. [grifo nosso].

Quando o intérprete desconsidera os significados mínimos das palavras, ele termina por substituir o autor do texto, na medida em que o próprio intérprete estabelece os sentidos que prefere, ao invés de se conformar a um dos sentidos possíveis e aplicá-lo justificadamente.<sup>543</sup> Por essa razão, é importante que sejam estabelecidos limites conceituais às palavras que são utilizadas e definidas pelas Cortes Supremas. Os fundamentos decisórios produzidos pelo STF e pelo STJ assumem uma dimensão interpretativa final, que precisa ser respeitada.

### 5.3.3 Exigência de respeito ao propósito normativo inerente ao precedente

O segundo *standard* ampara-se no respeito ao propósito normativo contido no precedente. Tendo como base a dimensão final da interpretação dada pelo STF e STJ, respectivamente, à constituição e à lei federal, é fundamental que os TJ's e os TRF's busquem identificar – quando do exame de compatibilidade entre a sua decisão e o precedente – qual é o propósito cristalizado no julgado paradigma. Feito isto, esta mesma diretriz interpretativa deve servir como um guia cogente no juízo comparativo, não podendo o órgão ordinário distanciar-se do propósito identificado. Portanto, a liberdade interpretativa da corte de origem é restringida pelo precedente. Vale destacar que o propósito deve permanecer dentro dos limites da linguagem.

---

<sup>541</sup> HIERRO, Liborio L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B (editores). **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p.225.

<sup>542</sup> KNIJNIK, 2022. p.31 [eletrônico].

<sup>543</sup> ÁVILA, 2021. p.34.

Sendo assim, não pode a Corte de Justiça – ainda que munida das melhores intenções – ver o precedente como um espelho que reflete aquilo que se desejaria que a decisão exprimisse. Caso isso fosse autorizado, seria aberto o caminho a uma incerta vinculação das instâncias ordinárias, o que não é compatível com o sistema de precedentes do CPC/15 buscou promover.

Segundo os ensinamentos de Barak<sup>544</sup>, o propósito é uma construção normativa. Não se trata, pois, de um conceito metafísico ou psicológico, tampouco representa um fato insuperável. A premissa é de que o autor do texto o cria, mas é o seu interprete quem estabelece o propósito. Seguindo esta linha de raciocínio, o propósito normativo pode ser classificado como subjetivo ou objetivo.

Em sua vertente subjetiva, o propósito é constituído pelos valores, interesses, objetivos e funções que o autor do texto pretendia que fossem alcançados. Não se trata da intenção de uma pessoa hipotética e razoável, mas sim, da intenção do verdadeiro autor. A identificação dessa intenção pode ser feita mediante um exame da linguagem do texto como um todo e, também, por elementos extratextuais, como o período histórico de sua criação. É nas circunstâncias extrínsecas à decisão que o intérprete deve buscar o sentido mais preciso possível do texto. Neste método interpretativo, procura-se dar ao texto o mesmo sentido que ele tinha quando foi criado. É um modelo *ex tunc*, pois a passagem do tempo em nada altera a intenção do autor. Dito de outra forma, o propósito subjetivo é estático, sendo o intérprete conduzido ao sentido que o texto teria caso fosse examinado no mesmo dia em que foi criado.<sup>545</sup>

O propósito é baseado em presunções que sinalizam a intenção do autor do texto, conjugando-a com os valores sociais que prevaleciam à época em que ele foi redigido. O intérprete aprende sobre o propósito subjetivo a partir do próprio texto e das circunstâncias fáticas que permearam a sua criação. Deve tentar seguir o mesmo caminho que foi percorrido pelo autor, só que ao contrário: indo da solução jurisdicional para os fundamentos da decisão.<sup>546</sup> Esta análise do passado é apenas o ponto de partida da interpretação. O conjunto de decisões passadas pode ser visto como um “repositório de gerações de conhecimento jurisprudencial”.<sup>547</sup>

Partindo da premissa de que o STF e o STJ são as cortes responsáveis por dar a palavra final sobre a interpretação, é crucial que a intenção das mesmas seja apurada pelos demais tribunais. Isto ganha força na medida em que é a interpretação outorgada pelas Cortes Supremas que deve ser seguida pelos demais julgadores.

---

<sup>544</sup> BARAK, 2007. p.88.

<sup>545</sup> Ibid. p.90-91.

<sup>546</sup> Ibid. p.33.

<sup>547</sup> STAPLETON, Jane. **Three essays on torts**. Oxford: Clarendon Law Lectures, 2021. p.134.

Por sua vez, a perspectiva objetiva do propósito é delineada pelos valores, interesses, objetivos, e funções que – uma vez renovados à luz da contemporaneidade – devem ser refletidos pelo texto em um Estado Democrático de Direito. Ao contrário da perspectiva subjetiva, o propósito objetivo é dinâmico, o que significa que não fica parado no tempo. Ainda neste formato objetivo, merece destaque o fato de que o intérprete não busca saber a intenção do autor do texto, mas sim, a do “autor razoável”, uma figura hipotética cuja intenção seria a mesma que a de uma pessoa razoável.<sup>548</sup>

O propósito objetivo é resultado da história e da tradição, representando o conjunto de propósitos que a comunidade jurídica almeja que sejam alcançados. A atualização do discurso jurídico é necessária porque o texto deve ser mais sábio que os seus criadores.<sup>549</sup>

Conforme referido, o conceito de propósito é normativo. É uma construção jurídica que ajuda o intérprete a compreender o texto que está sob sua análise. O autor do texto o cria, mas o seu propósito não é registrado nele. Assim, cabe ao intérprete defini-lo. O propósito é baseado em informações que o intérprete obtém acerca da intenção do autor (viés subjetivo) ou intenção do sistema legal (viés objetivo). É formado por meio da relação interna entre a intenção do autor específico do texto e a do sistema como um todo.<sup>550</sup>

Eis a definição de Barak<sup>551</sup>:

O propósito de uma norma é um conceito abstrato, composto por aspectos subjetivos e objetivos. Os primeiros refletem a intenção do autor texto; os segundos, a intenção de um autor razoável, bem como dos valores fundamentais do sistema jurídico. Os primeiros refletem, em vários níveis de abstração, uma intenção real; os segundos refletem, em vários níveis de abstração, uma intenção hipotética. Os primeiros refletem uma intenção histórico-subjetiva; os segundos refletem uma intenção social-objetiva. Os primeiros são materializados por um fato estabelecido no passado; os segundos formam uma norma jurídica que reflete no presente.

Da simbiose entre o propósito subjetivo e o objetivo surge o propósito final. Os dois modelos acompanham o processo interpretativo do começo ao fim. Existe a chance de que, a depender das circunstâncias, o juiz precise atribuir mais relevância à intenção do sistema

---

<sup>548</sup> BARAK, 2007. p.35.

<sup>549</sup> Id. Hermeneutics and constitutional interpretation. **Cardozo Law Review**. v. 14, 1993, p.772.

<sup>550</sup> BARAK, op. cit. p.88.

<sup>551</sup> Ibid. p.90. Tradução livre: *The purpose of a norm is an abstract concept, composed of both its subjective and objective purpose. The first reflects the intention of the text's author; the second, the intention of a reasonable author and the fundamental values of the legal system. The first reflects, at varying levels of abstraction, an actual intention; the second reflects, at varying levels of abstraction, a hypothetical intention. The first reflects a historical-subjective intention; the second reflects a social-objective intention. The first is a fact established in the past; the second constitutes a legal norm that reflects the present.*

jurídico como um todo ou à intenção do autor do texto. Isso é decidido pelo julgador ao final do ato interpretativo.<sup>552</sup>

Assim como problema de identificação da *ratio* pode ser resolvido, o de estabelecimento do propósito também. Barak<sup>553</sup> reconhece que o texto normativo pode conter vários propósitos (objetivos e subjetivos) que fluam em diferentes direções. À medida que mais participantes atuem na elaboração do texto, torna-se mais difícil identificar o propósito. Ele usa o processo legislativo como exemplo:

Nós devemos compreender a natureza do órgão para compreender sua intenção. Um parlamento é composto por muitos membros, sendo que cada um deles tem motivações e intenções próprias. Um parlamento tem uma única intenção, como a intenção de um indivíduo, mas isso não significa que não tenha uma intenção. A intenção do parlamento é o produto da negociação entre seus diferentes membros e do acordo final que eles alcançaram. É a intenção conjunta que levou à aprovação do estatuto. [...] Apesar dos obstáculos, os parlamentares conseguiram chegar a certos acordos objetivos, e o estatuto foi aprovado. Admito que esses objetivos existem em um alto nível de abstração; às vezes, será difícil identificar eles; mesmo se identificados, eles podem não ser responsáveis problema interpretativo. [...] Mas esses fatos estão muito longe da conclusão dogmática de que é impossível conhecer a intenção subjetiva de qualquer legislação. Dentro de um regime democrático com uma estrutura política adequada, os membros do corpo legislativo formulam um objetivo ou alguns objetivos, e se a maioria chega a um acordo, consegue votar e promulgar um estatuto destinado a atingir esses objetivos. [...] Em razão disso, um intérprete não deve buscar as motivações que impulsionaram os membros do corpo legislativo a votar a favor do estatuto, mas deve centrar-se nos objetivos gerais que eles buscaram alcançar.<sup>554</sup>

Em uma hipótese análoga à descrita acima, o intérprete deve resolver a controvérsia mediante a manutenção da harmonia entre os diferentes propósitos.<sup>555</sup> A mesma ideia pode ser utilizada na interpretação de uma decisão oriunda de um julgamento colegiado. Ademais, precedentes contam com um grau de abstração menor do que o das leis, visto que são formados a partir de um caso concreto, o que pode facilitar o estabelecimento do propósito.

---

<sup>552</sup> BARAK, 2007. p.113.

<sup>553</sup> Ibid.

<sup>554</sup> “We must understand the nature of the body in order to understand its intent. A parliament is composed of a large number of members, each of whom has motivations and intentions of his or her own. A parliament does not have a single intent, like the intent of an individual, but that does not mean that it does not have an intent. The intent of the parliament is the product of negotiation among its different members and of the final agreement they reached. It is the joint intent that brought about passage of the statute. [...] Despite the obstacles, the members of parliament managed to arrive at certain agreed upon objectives, and the statute passed. I concede that these objectives exist at a high level of abstraction; at times, it will be difficult to identify them; even if identified, they may not be responsive to the interpretive problem. [...] But these facts are a far cry from the dogmatic conclusion that it is impossible to know the subjective intent of any piece of legislation. In a democratic regime with the proper political structure, the members of the legislative body formulate an objective or objectives, and if a majority reaches agreement, it manages to vote and enact a statute designed to achieve these objectives [...]. For that reason, an interpreter should not seek the motivations that propelled the members of the legislative body to vote in favor of the statute but rather should focus on the general objectives they sought to achieve”. (BARAK, op. cit. p.133-134).

<sup>555</sup> Ibid. p.114.

Ao julgar o Recurso Especial n. 1.906.618/SP (Tema Repetitivo 1076), o STJ definiu o alcance do § 8º do art. 85 do CPC/15 nos casos em que os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda sejam elevados. Por maioria dos votos, a Corte Especial proibiu a fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa nestas circunstâncias. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos as Sras. Ministras Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Herman Benjamin. A tese fixada pelo STJ foi esta:

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.<sup>556</sup>

Tratava-se na origem de um Recurso Especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra um acórdão do TJSP que afastou a apreciação equitativa na fixação da verba honorária sucumbencial. De acordo com os argumentos construídos pelo Relator, o CPC/15 buscou trazer mais objetividade para o momento de definição da sucumbência. Assim, a aplicação do § 8º, do art. 85, do CPC/15, configura uma exceção que só pode ser utilizada quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou o valor da causa for muito baixo. Nas palavras do relator, não cabe ao Poder Judiciário “ainda que sob o manto da proporcionalidade e da razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza”.<sup>557</sup> Veja-se trechos do voto:

O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do art. 85, mesmo porque só pode se decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC. [...] O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do advogado vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa [...] deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim

<sup>556</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP**. (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.202-210. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16032022-STJ...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>557</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.28-30.. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/...> Acesso em: 5 dez. 2022.

para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo. Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019, anteriormente citado), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados. O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico. Impede-se, assim, que haja enriquecimento sem causa do causídico da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.<sup>558</sup>

Foi expressamente referido no precedente que a baixa complexidade do caso que estava em julgamento não poderia servir como uma justificativa para afastar os percentuais estipulados pela lei. Utilizou-se como exemplo os honorários oriundos de execuções fiscais malsucedidas:

É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente extintas. Ocorre que tais execuções muitas vezes são propostas sem maior escrutínio, dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegitimidade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura. A fixação de honorários por equidade nessas situações - muitas vezes aquilutando-os de forma irrisória - apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota. [...] Os advogados devem lançar, em primeira mão, um olhar crítico sobre a viabilidade e probabilidade de êxito da demanda antes de iniciá-la. Em seguida, devem informar seus clientes com o máximo de transparência, para que juntos possam tomar a decisão mais racional considerando os custos de uma possível sucumbência. Promove-se, desta forma, uma litigância mais responsável, em benefício dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência da prestação jurisdicional.<sup>559</sup>

<sup>558</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.28-30.. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>559</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.32-43. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16032022-STJ-veda-fixacao-de-honorarios-por-equidade-em-casos-de-grande-valor-com-apoio-no-CPC.aspx>. Acesso em: 5 dez. 2022.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Mauro Campbell Marques argumentou que, na hipótese de existir condenação, é imperiosa a aplicação do § 2º do art. 85. Caso ela não exista, é preciso verificar se é possível aferir o proveito econômico. Tratando de montante irrisório ou inestimável, passa-se ao exame do valor da causa. Se o valor da causa for muito baixo, fica autorizada a fixação de honorários calcada em apreciação equitativa. Ele também fez menção aos casos que envolvem a Fazenda Pública:

No regime atual, o art. 85, § 3º, do CPC/2015 cria regras próprias “nas causas em que a Fazenda Pública for parte”. Entendo que a regra prevista no novo Código estabelece critério isonômico entre as partes. Tanto a Fazenda Pública quanto o particular estão sujeitos, rigorosamente, às mesmas regras. Nesse contexto, quando vencedora a Fazenda Pública, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, a fixação dos honorários por “apreciação equitativa” irá beneficiar à parte vencedora. Quanto ao prejuízo (custo dos honorários) decorrente da aplicação da regra prevista nos §§ 3º e 4º do art. 85, ele será imposto à parte sucumbente, independentemente de ser o particular ou a Fazenda Pública. Assim, no meu entendimento, a regra em discussão é isonômica, podendo beneficiar ou prejudicar tanto a Fazenda Pública quanto o particular. Destaco, ainda, que a aplicação das regras previstas no art. 85, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC/2015, não implicará excesso de litigiosidade. É exatamente o inverso que vislumbro ter trazido a norma sob malhete. O elevado “custo do processo” constitui fator inibitório de demandas judiciais a um só tempo em que impõe ao Estado maior rigor técnico e controle de seus atos administrativos a evitar demandas de grave impacto nas vidas, propriedades e paz social da coletividade.<sup>560</sup>

Ainda que tenha aberto a divergência, a Ministra Nancy Andrighi reconheceu que o novo desenho legislativo “buscou reduzir as possibilidades de fixação dos honorários fora da regra geral pelo julgador, maximizando as chances de o patrono do vencedor ser dignamente remunerado pelo trabalho que realizou”.<sup>561</sup> Acompanhando o voto do relator, pronunciou-se o Ministro Luis Felipe Salomão:

Os termos empregados no citado § 8º — “inestimável” e “irrisório” —, no meu entendimento, não dão margem para que o intérprete, a pretexto de utilizar interpretação extensiva, possa validamente extrair o sentido de “muito alto” ou “exorbitante”. Nesse caso, com o devido respeito, ao invés de interpretar, é legislar em nome do legislador, pois este fez uma opção, expressando-a no texto legal. [...] Destarte, a meu juízo, ressoa evidente que esse termo, utilizado no § 8º do artigo 85 do CPC, não pode ter seu significado totalmente invertido, sob pena de usurpação da competência atribuída ao legislador. [...] Por essa razão, é forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva das regras contidas no § 8º do artigo 85 do CPC, sob pena de verdadeira usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sendo certo, ademais, que os termos “inestimável” e “irrisório” não dão margem para que o

---

<sup>560</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.32-43. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>561</sup> Ibid. p.66.

intérprete validamente extraia o sentido de “muito alto” ou “exorbitante”. [...] Assim, com a devida vênia aos eminentes pares que pensam em sentido contrário, conclui-se pela inaplicabilidade do § 8º do artigo 85 do CPC, mormente por não se tratar de proveito econômico “inestimável”, e sim “mensurável” (§§ 2º e 4º, inciso III), por isso acompanho integralmente o eminente relator quanto a fixação da tese.<sup>562</sup>

Na esteira desta mesma linha argumentativa, o Ministro Raul Araújo explicou que:

Do exame comparativo das transcrições supra, é possível inferir, de plano, por meio de interpretação não apenas gramatical, literal, das normas processuais, mas também de exegese segundo a vontade do legislador, bem como interpretação teleológica e sistemática, que, com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, pretendeu-se reformular consideravelmente a sistemática de honorários advocatícios sucumbenciais antes disciplinada. [...] O Código de Processo Civil de 2015 estabelece o dever de objetivação do processo de fixação do quantum da verba honorária sucumbencial, relegando ao subjetivismo do julgador apenas os restritos casos do § 8º do art. 85 [...]. De fato, ao disciplinar a sistemática de fixação dos honorários sucumbenciais tanto sob a ótica de direito público como a de direito privado, o legislador foi extremamente preciso, tratando do assunto com bastante objetividade e cuidando, inclusive, de estabelecer as hipóteses excepcionais de afastamento das regras gerais previstas nos citados §§ 2º e 3º. [...] Em detrimento de norma geral, objetiva e obrigatória (§§ 2º e 3º do art. 85), ficaria possibilitada a aplicação de norma que leva à subjetiva interpretação do magistrado quanto à exorbitância do valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa (§ 8º do art. 85). Esta não parece ser a solução compatível com a edição do novel Codex, no qual o impreciso critério da equidade é apenas excepcionalmente admitido, restrito às hipóteses rigorosamente estabelecidas pelo legislador. Com efeito, a autorização legal para fixar o valor dos honorários de sucumbência por equidade apenas abrange os casos de valores irrisórios, inexpressivos ou inestimáveis, não alcançando os casos de valores expressivos ou elevados, sendo certo que tal autorização para julgar por equidade é específica (CPC, art. 140, parágrafo único), não podendo ser estendida para alcançar hipóteses contrárias àquelas expressamente previstas em lei.<sup>563</sup>

Percebe-se que o Relator, Ministro Og Fernandes – cujo voto foi acompanhado pela maioria dos ministros que participaram do julgamento –, frisou que o novo código trouxe mais objetividade às hipóteses de fixação de honorários e que a aplicação por equidade foi pensada apenas para situações específicas. Ele fez questão de conceituar a expressão “proveito econômico inestimável”, afirmando que “claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). Não se deve confundir ‘valor inestimável’ com ‘valor elevado’”.<sup>564</sup>

À vista dos fundamentos decisórios que prevaleceram e do *standard* ora investigado, conclui-se que o propósito normativo do aludido precedente é conferir mais objetividade ao

<sup>562</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.183-186. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>563</sup> Ibid. p.2002-210.

<sup>564</sup> Ibid. p.24.

arbitramento da verba sucumbencial, remetendo a um plano secundário a fixação por juízo de equidade. Sob esta perceptiva, argumentos que atribuam ao valor dos honorários a qualidade de “exorbitante” ou “não razoável” não podem ser aceitos como justificativas válidas para afastar o precedente.

Mencionou-se na introdução da pesquisa que a Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado do TJSP rejeitou, em um julgado recente, a aplicação do referido precedente. O entendimento da Câmara foi no sentido de existir, no caso analisado por ela, um descompasso entre o valor da causa (elevado) e o objeto litigioso (relativamente simples). Este raciocínio conduziu à conclusão de que a reduzida complexidade do caso configurava matéria fática distinta daquela examinada pelo STJ:

Com efeito, nada obstante a qualidade do trabalho desenvolvido pelo patrono do polo passivo, o valor da causa de R\$ 698.659,02 (item 75 – fls. 16) é por demais elevado em relação à reduzida complexidade do litígio, que trata apenas da inexigibilidade da multa contratual pactuada, quadro a outorgar proporcionalidade à baliza antes estabelecida por esta Colenda Câmara (R\$ 10.000,00 fls. 829). Daí o *distinguishing* fático que se identifica na espécie. [...]. Em que pese às balizas definidas pelo STJ (Tema 1.076), o Augusto STF pela voz do seu Tribunal Pleno, o que não pode ser desconsiderado, mesmo sem formal efeito vinculante veda a fixação de honorários que imponha à parte sucumbente condenação desproporcional e injusta, a autorizar nesses casos o arbitramento por equidade, na forma do art. 85, § 8º, do CPC. [...] Além disso, não se ponha no obívio que o art. 85 do CPC não trata de procedimento nem de regra de processo, irrelevante a sua posição topográfica, antes modula crédito a ser destinado aos patronos da causa, portanto graduado de tónus prevalecente material, não processual.<sup>565</sup>

Pelo segundo *standard* que se propõe, o que se constata, não é uma distinção entre fatos, mas sim, uma recusa do tribunal em aplicar um precedente, indo de encontro ao propósito estabelecido pelo STJ. Admitir a fixação equitativa de honorários neste caso seria uma afronta ao precedente emanado pelo STJ, visto que os fatos ora debatidos são os mesmos do Tema 1076. O STJ fez sua interpretação sobre o art. 85, § 8º, o que faz com que qualquer outra em sentido contrário seja equivocada, configurando recusa na aplicação do Direito.

Uma coisa é o Tribunal entender que o precedente que foi formado não é correto; outra, bem diferente, é o *distinguishing*, isto é, o precedente não se aplica porque a matéria fática entre os dois casos é distinta. Em outras palavras: o confronto dos fatos e o confronto dos fundamentos determinantes não são a mesma coisa. Portanto, o que a Vigésima Oitava Câmara do TJSP fez foi criar uma distinção inexistente e, ainda, referir que a decisão do STJ não tem efeito vinculante.

---

<sup>565</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de SP. Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível / Prestação de Serviços Processo: 1023546 78.2018.8.26.0053**. Rel. Ferreira da Cruz. Comarca: São Paulo Data do julgamento: 20/09/2022. p.8. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta>. Acesso em: 17 nov. 2022.

Ao contrário do que foi identificado no âmbito jurisprudencial do TJSP, encontra-se no TRF4 julgados que readequaram suas decisões à luz do Tema 1076. Destaca-se um juízo de retração realizado pela Quarta Turma do TRF4. No processo n. 5008089-42.2019.4.04.7200/SC, o órgão havia fixado os honorários em valor fixo, nos termos do 85, §8º. Fez isto sob o argumento de que “no caso concreto, a fixação de um percentual mínimo de 10% (dez por cento) e máximo de 20% (vinte por cento), nos moldes do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, resultaria em quantia incompatível com a natureza e a simplicidade da demanda”.<sup>566</sup>

Contudo, por meio de um juízo de retratação, a Quarta Turma alterou o seu próprio julgado, conformando-a à orientação fixada pelo STJ:

[...] o julgado, considerando a natureza e a simplicidade da demanda, bem assim que esta transcorreu sem incidentes que exigissem diligências especiais por parte dos procuradores, afastou a aplicação do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, haja vista que sua incidência implicaria, **desproporcionalmente, em fixação elevada da verba sucumbencial. Desse modo, aplicou, por analogia, o § 8º do mesmo dispositivo. Todavia, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça entende ser descabida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. Sendo assim, respeitando a ordem sucessiva disposta no caput do artigo 85, § 2º, do Codex Processual, bem assim tendo em vista que não houve condenação, tampouco é possível aferir o proveito econômico obtido, tem-se que os honorários devem ser arbitrados sobre o valor da causa.** A decisão desta Turma, em consequência, deve se adequar aos termos do Tema 1.076 do Superior Tribunal de Justiça, com o que deve ser, em juízo de retratação, providos, com efeitos infringentes, os embargos declaratórios [...].<sup>567</sup> [grifo nosso].

Veja-se outros julgados no mesmo sentido:

Apela a CEF requerendo, ainda, a minoração da verba honorária, alegando que a fixação da verba em 10% do valor da causa fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A matéria foi recentemente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça com a análise do Tema 1.076, em que se discutia o alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nos feitos em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda fossem elevados. A Egrégia Corte Superior fixou as seguintes teses: 1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. 2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo. Como se vê, a decisão da corte superior corresponde à estrita aplicação da norma

<sup>566</sup> SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma, Des. Rel. Victor Luiz dos Santos Laus. **Apelação Cível n. 5008089-42.2019.4.04.7200/SC**. Julgado em 16/11/2022. p.7-9. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br> > Jurisprudência > TRF-4. Acesso em: 1 dez. 2022.

<sup>567</sup> Ibid. p.7-9.

insculpida no §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, não mais admitindo interpretação analógica. Portanto, nos termos do posicionamento firmado pelo STJ, o arbitramento de honorários por apreciação equitativa não se aplica à hipótese dos autos, em que o valor da causa demonstra-se elevado, cabendo a manutenção da sentença quanto à fixação da verba honorária em 10% do valor da causa.<sup>568</sup>

Insurge-se o réu contra a condenação de honorários em 10% sobre o valor da causa, de R\$ 297.276,00 (duzentos e noventa e sete mil duzentos e setenta e seis reais), em ação meramente declaratória. Quanto à fixação de honorários por equidade, esta constitui-se em exceção no atual sistema processual, sendo cabível somente quando o benefício econômico auferido for inestimável, irrisório ou for muito baixo o valor da causa. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a fixação equitativa de honorários no julgamento do Tema nº 1076 dos Recursos Especiais Repetitivos [...] Todavia, haja vista a monta do valor da causa, considero que o valor devido a título de honorários deve observar o mínimo legal previsto nos incisos do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil para as causas em que for parte a Fazenda Pública, quanto à limitação calculada em razão do salário mínimo, ficando a sentença reformada, no ponto.<sup>569</sup>

De fato, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a fixação equitativa de honorários no julgamento do Tema nº 1076 [...] Assim, a fixação de honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa ou o proveito econômico da demanda forem considerados elevados, tendo em vista que "É obrigatória, nesses casos, a observância de percentuais previstos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do CPC, a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados a partir do valor a) da condenação; b) do proveito econômico obtido; c) do valor atualizado da causa." [...] Considerando o entendimento consubstanciado no Tema 1.076 do STJ, em juízo de retratação, dou provimento aos embargos de declaração da União para majorar os honorários advocatícios, fixando-os em 8% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §3º, II, do NCPC, a serem distribuídos entre os réus, por equidade. Suspensa a exigibilidade em razão do benefício da gratuidade de justiça deferido na origem.<sup>570</sup>

Então, é essencial que o propósito normativo seja observado, ou seja, que o propósito contido no precedente seja respeitado pelas Cortes de Justiça.

### 5.3.4 Exigência de consideração do contexto subjacente à decisão que originou o precedente

O terceiro *standard* estipula que, ao fazer o exame de compatibilidade entre o seu acórdão recorrido e a orientação firmada no precedente, a Corte de Justiça precisa levar em conta o contexto subjacente à decisão oriunda do julgamento paradigma. Pode-se afirmar que

<sup>568</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 50056532320184047208/SC**. Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. Julgado em 21/09/2022. p.6-9. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?...](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?...) Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>569</sup> Id. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5007207-34.2020.4.04.7204**. Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus. Julgado em 06/08/2022. p.5-8. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?...](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?...) Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>570</sup> PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5003377-65.2017.4.04.7010/PR**, Décima Segunda Turma, Des. Rel. Gisele Lemke. Julgado em 16/11/2022. p.3-4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br › Jurisprudência › TRF-4>. Acesso em: 2 dez. 2022.

“o texto é uma criação de seu ambiente”.<sup>571</sup> Esta contextualização é fundamental, visto que o juiz deve adaptar o Direito às necessidades sociais que vão surgindo com a passagem do tempo. Logo, “o bom juiz vê o texto como um ponto de partida, não como um ponto final. Bons juízes abrem seus olhos e enxergam o sistema jurídico em todas as suas nuances, valores e princípios”.<sup>572</sup>

Neste aspecto, há uma convergência entre a lição de Barak e a de Stapleton, pois a autora trata sobre a ideia de retrospectividade. Uma análise retrospectiva de certa decisão judicial faz com que a corte que tem o caso atual em suas mãos busque olhar para o passado, voltando-se para o momento em que o precedente foi firmado. É necessário examinar se naquele período o Direito já tinha o conteúdo normativo atual. Stapleton<sup>573</sup> explica que:

Resumindo: apesar de nossa taquigrafia grosseira que julga “fazer” ou “mudar” o “*common law*”, é mais consistente com os princípios de justiça para ambas as partes ver juízes perguntando se a lei, no momento em que as partes interagiram, tinha o conteúdo que agora está sendo a ela outorgado. Ajustando ligeiramente nossa linguagem e expressando o papel do juiz de apelação no desenvolvimento do “*common law*” em termos de identificar e “articular” ou “formular” o que a lei já era quando as partes interagiram, a retroatividade é evitada enquanto a perspectiva temporal de análise judicial, uma perspectiva retrospectiva, torna-se facilmente compreensível, aceitável e justificada. Os tribunais não estão alterando a lei para atualizá-la aos valores sociais no momento do julgamento e depois emboscar uma das partes retroativamente sem apresentar justificativa. Em vez disso, os tribunais estão envolvidos em um processo contínuo de “atualização”, remodelando e desenvolvendo a lei anunciada pelo tribunal para capturar como o “*common law*” era quando as partes interagiram. [grifo nosso].

Portanto, é admitido o dinamismo inerente na relação estabelecida entre Direito e sociedade. Esta “oxigenação” do fenômeno jurídico é necessária. Isto reforça a ideia de que decisões passadas são hipóteses decisórias em construção. Tais hipóteses são consubstanciadas

<sup>571</sup> *The text is a creature of its environment.* (BARAK, 2007. p.95).

<sup>572</sup> *The good judge organizes the text and sees it as a starting point, but no and ending point. Good judges lift their eyes and see the legal system in all its nuances, values, and foundations.* (Id. **The judge in a democracy.** New Jersey: Princeton University Press, 2008. p.308).

<sup>573</sup> *To sum up: despite our rough shorthand that judges 'make' or 'change' the common law, it is more consistent with principles of justice to both sides to see judges as asking whether the law, by the time the parties interacted, had the content that it is now being submitted to have. By slightly adjusting our language and expressing the appellate judge's role in the development of the common law in terms of identifying and 'articulating' or 'formulating' what the law already was When the parties interacted, retroactivity is avoided while the temporal perspective of judicial analysis, a retrospective perspective, becomes readily understandable, acceptable, and justified. Courts are not changing the law to bring it up to date with social values at the time of trial and then ambushing one of the parties retroactively without proffering a justification. Rather courts are engaged in a continual process, of 'catch-up', re-moulding and developing court-announced law so it captures how the living common law was by the time the parties interacted.* (STAPLETON, 2021. p.9-10.)

em argumento jurídicos que determinadas pessoas entenderam ser convincentes em um dado momento.<sup>574</sup>

Revela-se essencial compreender o contexto social e jurídico em que uma decisão foi elaborada, bem como a normatização em vigor à época e a interpretação dada pelos tribunais. Eis a observação de Ferraz<sup>575</sup>:

Sempre que se avalia a aplicabilidade de um precedente para reger um caso futuro, é preciso fazer um exercício de restrospectiva, buscando estabelecer as condições presentes quando as partes do caso ora sob apreciação interagiram, de forma a compará-las com as presentes ao tempo em que as partes do processo candidato a precedente interagiram, buscar conhecer qual o direito então vigente, procurar entender em que contexto as partes estavam inseridas e que normas, precedentes, princípios as vinculavam.

Além dessa análise do contexto social e jurídico, há que se atentar, também, para o contexto decisório como um todo. A corte de origem, ao ter que aplicar um padrão decisório, não deve olhar apenas para os fatos ou para a linguagem empregada pela Corte Suprema; é necessário que sejam analisados os julgados anteriores ao precedente e, também, os posteriores, a fim de que o contorno da *ratio decidendi* seja mais nítido.<sup>576</sup>

O STJ, mediante o julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR (Tema Repetitivo 779) tratou essencialmente sobre o conceito de insumo. Mais precisamente, a controvérsia posta perante a Corte girava em torno do conceito previsto no art. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 para fins de dedução de créditos da base de cálculo do PIS e da COFINS na sistemática não cumulativa. Ganhou destaque, mais uma vez, a importância da delimitação de conceitos no âmbito jurídico, o que foi reconhecido pelo próprio Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

[...] o que remete a investigação à identificação do conceito de insumo, porquanto é a sua compreensão conceitual, ao meu ver, o elemento essencial para elucidar a presente controvérsia jurídico-tributária, ou seja, para se definir a extensão em que é legítimo o creditamento dos dispêndios feitos pelos contribuinte, quando adquire no mercado componentes dos seus produtos e serviços onerados com as referidas exações (PIS/COFINS).<sup>577</sup>

<sup>574</sup> LORD GOFF. Judge, jurist and legislature. **The Denning Law Journal**. United Kingdom, v. 2, n. 1, 1987. Disponível em: <http://www.ubplj.org/index.php/dlj/issue/view/22>. Acesso em: 16 nov. 2022.

<sup>575</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli. **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2021. p.12.

<sup>576</sup> CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021. p.149.

<sup>577</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. (Tema Repetitivo 779). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10/05/2018. p.13. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

O recurso fora interposto contra um acórdão do TRF4 que decidira que as restrições ao abatimento de créditos da base de cálculo do PIS e da COFINS pelo regime não cumulativo, previstas nas Leis nº 10.673/02 e 10.883/03, não ofendiam o disposto no art. 195, § 12, da Constituição. Seguindo tal raciocínio, o conceito de insumo, para fins de creditamento no regime não cumulativo das referidas contribuições, abrangia apenas os elementos que se relacionavam diretamente à atividade da empresa, com restrições.<sup>578</sup>

A recorrente tratava-se de uma empresa industrial do ramo alimentício que buscou a reforma da decisão junto ao STJ. Ela postulava o reconhecimento de que custos gerais de fabricação e despesas gerais comerciais constituíam insumos para fins de creditamento na apuração das contribuições do PIS e da Cofins.

A Primeira Turma do STJ definiu que, para o creditamento de tais contribuições, deveria ser considerado insumo tudo aquilo que fosse imprescindível para o desenvolvimento da atividade econômica do contribuinte. Sendo assim, foi declarada a ilegalidade das Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004 da Receita Federal, pois a Corte entendeu que os limites interpretativos contidos nas duas regulamentações restringiam indevidamente o conceito de insumo. O voto do Relator foi acompanhado pelos Ministros Mauro Campbell, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria. Restaram vencidos os Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina. O julgamento do Tema 779 culminou com a fixação destas teses:

a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.<sup>579</sup>

Ao tratar sobre o conceito de insumo, o Relator valeu-se de um exemplo trivial para construir seus argumentos:

Destarte, o conceito de insumo – palavrinha pessimamente traduzida da língua inglesa, quando o idioma português tem os termos ingrediente e componente, mais exatos, sonoros e bonitos – deve fixar-se no sentido de identificar a totalidade do que condiciona necessariamente a produção dos bens e serviços que a unidade de produção produz ou fornece. Mais um exemplo igualmente trivial: se não se pode produzir um bolo doméstico sem os ovos, a farinha de trigo e o fermento, que são ingredientes – ou insumos – materiais e diretos, por que será que ocorrerá a alguém

<sup>578</sup> PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. **Apelação Cível nº 2009.70.05.001457-7/PR**. Rel. Des. Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch. Julgado em 14/4/2010. Disponível em: <https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>579</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. (Tema Repetitivo 779). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10/05/2018. p.15. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

que conhece e compreende o processo de produção de um bolo afirmar que esse produto (o bolo) poderia ser elaborado sem o calor ou a energia do forno, do fogão à lenha ou a gás ou, quem sabe, de um forno elétrico? Seria possível produzir o bolo sem o insumo do calor do forno que o assa e o torna comestível e saboroso? Certamente não, todos irão responder; então, por qual motivo os ovos, a farinha de trigo e o fermento, que são componentes diretos e físicos do bolo, considerados insumos, se separariam conceitualmente do calor do forno, já que sem esse calor o bolo não poderia ser assado e, portanto, não poderia ser consumido como bolo? Esse exemplo banal serve para indicar que tudo o que entra na confecção de um bem (no caso, o bolo) deve ser entendido como sendo insumo da sua produção, quando sem aquele componente o produto não existiria; o papel que envolve o bolo, no entanto, não tem a essencialidade dos demais componentes que entram na sua elaboração.<sup>580</sup>

De acordo com o voto do Relator, a interpretação do Fisco desvirtuava o propósito da não cumulatividade, afastando-se do padrão legal que estava a disciplinar. Nesta esteira, o Ministro Napoleão assinalou que, ao onerar os insumos e tornar a incidir sobre o produto obtido a partir deles, o fardo tributário aumentava vertical e substancialmente, em que pese sua alíquota permanecesse a mesma ou sofresse uma pequena redução temporária. Ademais, afirmou o Ministro:

Contudo, a reflexão nos mostra que o conceito estreito de insumo, para além de inviabilizar a tributação exclusiva do valor agregado do bem ou do serviço, como determina a lógica do comando legal, decorre de apreensão equivocada, com a devida vênia, do art. 111 do CTN em que, aliás, insiste, persiste e não desiste a Fazenda Pública, como se trabalhasse algo aleatório ou incerto, num ambiente em que se prima pelas certezas, qual seja, o ambiente da tributação. [...] Em resumo, Senhores Ministros, a adequada compreensão de insumo, para efeito do creditamento relativo às contribuições usualmente denominadas PIS/COFINS, deve compreender todas as despesas diretas e indiretas do contribuinte, abrangendo, portanto, as que se referem à totalidade dos insumos, não sendo possível, no nível da produção, separar o que é essencial (por ser físico, por exemplo), do que seria acidental, em termos de produto final.<sup>581</sup>

Ao discorrer sobre o conceito de insumo, o Ministro Mauro Campbell registrou que:

1º - O bem ou serviço tenha sido adquirido para ser utilizado na prestação do serviço ou na produção, ou para viabilizá-los (pertinência ao processo produtivo); 2º - A produção ou prestação do serviço dependa daquela aquisição (essencialidade ao processo produtivo); e 3º - Não se faz necessário o consumo do bem ou a prestação do serviço em contato direto com o produto (possibilidade de emprego indireto no processo produtivo).<sup>582</sup>

A Ministra Regina Helena Costa frisou a necessidade de que o conceito de insumo fosse apurado mediante a avaliação da essencialidade ou relevância de determinado item (bem ou serviço) para o desenvolvimento da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.<sup>583</sup> Os

<sup>580</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. (Tema Repetitivo 779). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10/05/2018. p.15-18. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>581</sup> Ibid. p.24-25.

<sup>582</sup> Ibid. p.62.

<sup>583</sup> Ibid. p.75.

fundamentos decisórios do voto da Ministra Regina Helena foram seguidos pela Ministra Assusete Magalhães e levaram ao realinhamento dos votos dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell.

Não obstante o STJ tenha precisado o conceito de insumo, recai sobre as instâncias ordinárias a tarefa de avaliar, à luz do contexto, se o produto e/ou serviço em questão constitui um elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da realização do mesmo. A propósito, conforme referiu a Ministra Regina Helena Costa, “[...] a aferição da essencialidade ou da relevância daqueles elementos na cadeia produtiva impõe análise casuística, porquanto sensivelmente dependente de instrução probatória [...]”.<sup>584</sup> Em razão disto, há uma convergência entre os votos vencedores no que toca à necessidade de que os autos retornassem à origem, para que o TRF4, respeitando as balizas dogmáticas definidas no precedente, pudesse apreciar a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custos e despesas com água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual – EPI.

O caso paradigmático ora analisado serve para demonstrar a importância de que seja respeitado o contexto subjacente à decisão que originou o precedente. Isto fica em mais evidência ainda quando se analisam alguns julgados de Cortes de Justiça ao aplicarem ou não o precedente formado pelo STJ no julgamento do Tema 779.

No processo nº 5010427-13.2010.4.04.7100/RS, a Segunda Turma do TRF4 recebeu da Vice-Presidência os autos para eventual juízo de retratação. O órgão reconheceu a incompatibilidade entre o acórdão recorrido e o julgado paradigma, nestes termos:

[...] culminando na afetação da matéria à sistemática dos recursos repetitivos (**Tema 779**), definida por ocasião do julgamento do **REsp n.º 1.221.170/PR**, que assentou o entendimento no sentido de que o conceito de insumo deve ser verificado de acordo com os critérios de **essencialidade** e **relevância**, considerando-se sua imprescindibilidade e importância para o desenvolvimento da atividade social, em tese assim redigida: [...] A apelação das impetrantes deve ser apenas parcialmente provida para reconhecer a ilegalidade do art. 8º, §4º, I e II da IN 404/04, na linha do decidido pelo STJ no Tema 779, e para determinar que a autoridade fiscal verifique a essencialidade ou relevância dos insumos, na forma determinada pelo Tema 779 do STJ, para fins de eventual crédito de PIS/COFINS a ser aproveitado pelos contribuintes.<sup>585</sup> [grifo do autor].

<sup>584</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. (Tema Repetitivo 779). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10/05/2018. p.81. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>585</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. **Apelação Cível nº 5010427-13.2010.4.04.7100/RS**. Rel. Des. Fed. Eduardo Vandrê Oliveira Lema Garcia. Julgado em 22/11/2022. p.4-8. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em: 3 dez. 2022.

Em outro caso, a Segunda Turma do TRF4 reconheceu que deveria ser garantido à empresa recorrente o creditamento das despesas com EPIs, materiais e produtos químicos utilizados no tratamento de água efluente do processo industrial e com a prestação de serviços relacionada a tal fim, combustíveis e lubrificantes utilizados ou consumidos no processo de Produção de Bens e Plano de Prevenção Contra Incêndio (PPCI):

Neste contexto, tenho entendimento de que a análise da qualificação de uma despesa como insumo ou não cinge-se, em regra, ao exame do contrato social da pessoa jurídica postulante. [...] as despesas com EPIs, materiais e produtos químicos utilizados no tratamento de água efluente do processo industrial e com a prestação de serviços relacionada a tal fim, combustíveis e lubrificantes utilizados ou consumidos no processo de produção de bens e, ainda, com serviços vinculados à elaboração de Plano de Prevenção contra Incêndio (PPCI), enquadram-se ao conceito de elementos essenciais ou relevantes para o desenvolvimento da atividade produtiva da empresa. Em relação à aquisição de equipamentos de proteção individual (EPIs), o próprio art. 172, §1º, inciso X, da IN 1911/19, considera insumo "*bens ou serviços especificamente exigidos pela legislação para viabilizar a atividade de produção de bens ou de prestação de serviços por parte da mão de obra empregada nessas atividades, como no caso dos equipamentos de proteção individual (EPI)*". Assim, tais despesas podem ser consideradas como insumos e autorizam o creditamento pretendido. Quanto aos produtos utilizados e serviços prestados para o tratamento dos efluentes e resíduos gerados, em razão de exigências legais de proteção ambiental, são insumos relevantes no desenvolvimento da atividade econômica e geram créditos de PIS/COFINS.<sup>586</sup> [grifo do autor].

Convém mencionar, também, um julgado da Quarta Turma do TRF3, em que foi reconhecida a essencialidade dos produtos utilizados no preparo das refeições:

[...] dada a complexidade (e inclusive quantidade) das atividades econômicas na atualidade, não se mostra razoável a exigência de especificação de todos os elementos aplicados ou consumidos na fabricação de um bem ou na prestação de um determinado serviço, entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 1.221.170-PR [...] devem levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém com diferentes níveis de importância, tem-se que a definição de insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, deve considerar a imprescindibilidade ou pelo menos a enorme importância do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica em si (atividade-fim), questão indispensável no que toca à diferenciação entre insumos e meros custos operacionais do contribuinte. [...] *In casu*, o contribuinte pleiteia o reconhecimento do direito à apuração de créditos de PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, no que se refere às despesas decorrentes da compra de produtos alimentícios utilizados na preparação das refeições ou afastamento da tributação da parcela do seu faturamento decorrente do fornecimento dessas refeições.<sup>587</sup>

<sup>586</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. **Apelação Cível: 5002353-36.2016.4.04.7204/SC**. Rel. Juiz Federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila. Julgado em 15/03/2022. p.3-6. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em: 3 dez. 2022.

<sup>587</sup> SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5011609-39.2019.4.03.6100/SP**. Rel. Des. Fed. André Nabarrete. Julgado em 10/03/2022. p.3-8. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 03 dez. 2022.

Conclui-se, então, que ao realizar o juízo comparativo entre o seu acórdão e a decisão oriunda da Corte Suprema, a Corte de Justiça deve fazer uma ponte entre a realidade social e o acórdão paradigmático. Em outras palavras, o precedente deve ser lido à luz da realidade social que está sendo vivida. Isso é justificado pelo fato de que, sem a sociedade, o Direito não tem sentido, havendo um vínculo inexorável entre estas duas esferas.<sup>588</sup>

### 5.3.5 Exigência de simetria entre os fatos do precedente e os fatos do caso a ser decidido

Uma premissa básica no uso de precedentes é que casos iguais recebam o mesmo tratamento. A presunção de igualdade indica que casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma, a não ser que existam razões suficientes para tratá-los diferentemente. Argumentar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nelas recaem.<sup>589</sup>

Quando se faz um exame de compatibilidade entre dois discursos jurídicos oriundos de diferentes situações, é preciso questionar: O precedente deve ser aplicado igualmente a todos os casos análogos, apesar de suas diferenças, ou aplicado diferentemente entre casos análogos, apesar de suas semelhanças?

Tendo isso em vista, o quarto e último *standard* versa sobre a matéria fática. Para que um precedente seja aplicado exige-se que haja simetria entre os fatos do precedente e os do caso que será decidido. O acórdão paradigmático não pode ser replicado em outra decisão sem que o julgador do caso atual leve em consideração os fatos que estão sendo comparados. Esta questão gira em torno da obrigação que a Corte de Justiça tem de considerar propriedades individuais na aplicação de precedentes. Desta forma, o exame de compatibilidade entre o material fático de cada caso serve para jogar luzes sobre discrepâncias significativas entre a dimensão do caso paradigmático e a do caso atual ou sobre possíveis semelhanças.

Ao dissertar sobre o modelo de aplicação de regras, Schauer<sup>590</sup> expõe, em um quadro simplificado, quatro principais acepções: a) aplicar regras de maneira rígida e sem exceções; b) aplicar regras de maneira parcialmente rígida, abrindo exceções para poucos casos; c) aplicar regras de maneira parcialmente flexível, abrindo exceções para muitos casos; d) por fim, desconsiderar totalmente as regras.

Os modelos propostos por Schauer, conforme apontado por Ávila, variam de acordo com o grau de rigidez que é atribuído às regras, bem como pela importância que se dá às

---

<sup>588</sup> BARAK, 2008. p.309.

<sup>589</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. p.619.

<sup>590</sup> ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 44.

particularidades de cada caso. Em um extremo, as regras são totalmente rígidas, o que faz com que as particularidades do caso tornem-se irrelevantes; no outro, elas não têm rigidez alguma, de modo que as circunstâncias do caso são decisivas para a solução jurisdicional. Entre estes polos opostos estão as posições que admitem flexibilidade, em maior ou menor grau. Sem que se entre no mérito acerca da natureza normativa dos presentes, acredita-se que tal ideia pode ser transplantada para a temática dos precedentes.

Entende-se que a resposta mais adequada não se encontra em nenhum dos extremos. O Direito é um fenômeno complexo, o que faz com que, dificilmente, encontrem-se casos absolutamente semelhantes. Não se trata-se de uma ciência exata. As soluções judiciais, ao contrário do que ocorre com a solução de um problema matemático, não são, necessariamente, certas ou erradas, visto que, segundo Alexy<sup>591</sup>, “muitas vezes resta uma ampla área de possibilidade discursiva”. Esta é uma dimensão problemática do Direito, pois sua aplicação não se trata de uma atividade de medir, pesar e contar.<sup>592</sup>

Os casos reais apresentam, entre si, um tal grau de diversidade que torna impossível agrupá-los em um único pronunciamento judicial. Cada situação jurídica contém uma singularidade que a torna diferente de outra. Então, a probabilidade de que os fundamentos de uma decisão possam ser replicados em casos subsequentes diminui à medida em que as diferenças se tornam aparentes. Se tal ideia for levado ao extremo, nenhum precedente será seguido, eliminando-se qualquer utilidade que ele possa vir a ter. Resta descartada, pois, a hipótese de que o modelo a ser seguido é aquele em que os precedentes não apresentam rigidez alguma e os fatos são absolutamente decisivos para a tomada de decisão.

Por outro lado, também não se sustenta que o modelo a ser utilizado deve ser aquele em que os precedentes sejam aplicados de maneira absolutamente rígida, sem quaisquer exceções e desconsiderando as particularidades do caso concreto. O acórdão paradigmático formado pelo STF ou pelo STJ não pode servir como um grande guarda-chuva, que alcance indistintamente qualquer situação. Isto sequer seria possível, visto que a análise fática é fundamental para que se determine se um caso está ou não no campo de incidência do precedente. Portanto, não se defende o esvaziamento da singularidade que torna cada caso único. Certamente, particularidades existem e devem ser consideradas.

---

<sup>591</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.260.

<sup>592</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p.56.

É indispensável compreender qual é o peso que se atribui a determinado fato no momento de formação do convencimento judicial. Fazer um exame do contexto fático permite que se estabeleça o real alcance de um precedente. Conforme preconiza Mitidiero<sup>593</sup>, “o precedente é uma cidade murada por fatos”. Quando se trabalha com decisões que devem ser construídas a partir de outras, é crucial realizar uma cuidadosa avaliação acerca das semelhanças e das diferenças que estão em confronto. Desde já, vale esclarecer que, para os fins deste trabalho, um fato que é subjacente à razão determinante do julgado deve ser qualificado como relevante.

Visto que a aplicação de precedentes não pode se pautar pelos modelos “extremos” apresentados por Schauer, a resposta mais adequada encontra-se no meio do caminho. Excluídos os extremos, os dois modelos de aplicação que sobram são: a) os precedentes devem ser aplicados de forma parcialmente rígida, abrindo-se exceções para poucos casos; b) ou parcialmente flexível, abrindo-se exceções para muitos casos.

Acredita-se que a flexibilidade parcial não é a resposta mais satisfatória para um modelo de aplicação de precedentes. Isto porque o afastamento de um precedente deve ser a exceção, não a regra. Este modelo confere às instâncias ordinárias um poder muito grande para excepcionar precedentes. Isto significa que a não observação dos acórdãos do STF e do STJ poderia ser facilmente alcançada, pois não demandaria uma razão especial para tanto. Bastaria que algo fosse considerado importante pelo próprio TJ ou TRF, independentemente de este posicionamento gerar um efeito sistêmico de elevada insegurança jurídica. Subjacente a este entendimento “está a ideia de que a justiça, do modo como o intérprete a concebe, é o critério fundamental a ser utilizado para definir a solução do caso concreto”.<sup>594</sup>

Dáí decorre, por consequência lógica, que o modelo a ser seguido na sistemática dos precedentes é o parcialmente rígido. Ele é o mais adequado porque conserva a força normativa dos fundamentos construídos pelas Cortes Supremas, mas ao mesmo tempo permite que eles sejam excepcionados a depender da relevância da diferença entre os casos.

Apoiando-se na doutrina de Westen, Ávila ensina que “explicar” a desigualdade de tratamento significa somente dar uma razão causal para o tratamento desigual, sem que seja apurada a correção do argumento; ao revés, “justificar” uma desigualdade consiste em atribuir uma avaliação moral ou jurídica para uma ação, de modo que a correção do argumento possa

---

<sup>593</sup> MITIDIERO, 2021. p. 311.

<sup>594</sup> ÁVILA, 2021. p.46.

ser examinada. Para Ávila<sup>595</sup>, a desigualdade de tratamento precisa ser, mais do que explicada, justificada:

Por exemplo, um marido pode dizer que agrediu sua esposa, “porque” ela estava bêbada. Nesse caso, ele está apenas explicando sua conduta, sem a justificar, isto é, ele está apenas fornecendo uma razão que entende explicar causalmente sua conduta, sem defender sua correção. Justificar é algo diferente. Justificar é atribuir uma avaliação moral ou jurídica para uma ação. Continuando com o mesmo exemplo, o marido pode afirmar que agrediu que sua esposa porque ela cometeu adultério; nesse caso, além de explicar, estaria justificando sua conduta ao tentar dar uma razão que pensa poder persuadir os outros a respeito da correção de sua conduta.

A justificação, assim, é aquela razão que demonstra fundamentos jurídicos suficientes para o tratamento desigual. Logo, fornecer só uma causa para o tratamento desigual, sem demonstrar o acerto desse tratamento, não basta. Deve ser demonstrada a correção da distinção. A razão justificadora deve considerar adequadamente o grau de relevância entre as diferenças e as semelhanças.

Visto que a sistemática dos precedentes se pauta pela ideia de que casos semelhantes devem ser tratados igualmente, a não ser que existam razões para tratá-los diferentemente, existe uma presunção favorável à igualdade, ou, dito de outra forma, contra a desigualdade. Se dois casos estão sendo objeto de um juízo comparativo, deduz-se que guardem entre si algum vínculo de semelhança. Para que não haja dúvidas: tanto o tratamento igual quanto o desigual precisam ser fundamentados. O ônus argumentativo recai sobre o órgão jurisdicional que está fazendo o juízo comparativo, o qual, no objeto de pesquisa ora estudado, é um Tribunal de Justiça ou um Tribunal Regional Federal. Dado que o precedente opera com razões generalizáveis, são esses órgãos que devem confrontá-lo com o individual, o particular; é um caminho que vai da padronização à individualização. Tem-se, assim, um enfraquecimento de um enfoque genericamente subjetivo e intuitivo.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 940769/RS (Tema 918 da Repercussão Geral), deparou-se com esta tarefa: estabelecer os limites aos quais estão submetidos os decretos municipais ao disciplinarem o regime de tributação especial do ISSQN referente às sociedades profissionais de advogados, sem que haja inovação ou usurpação por parte do Poder Legislativo Municipal.

A situação subjacente ao conflito jurídico envolvia a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Tratava-se de mandado de segurança coletivo, de caráter preventivo, impetrado pela instituição contra a municipalidade, em que se postulou a abstenção da cobrança de ISSQN pelo fisco municipal. A OAB-RS argumentou, em

---

<sup>595</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.157.

linhas gerais, que o art. 49, IV, §§ 3º e 4º, do Decreto Municipal nº 15.416/09, ao exigir requisitos não definidos pelo Decreto-Lei nº 406/68, afrontava as normais gerais previstas por este, ferindo, assim, a distribuição de competência em matéria tributária dos entes federativos. Requereu a declaração de inconstitucionalidade da legislação municipal neste ponto.

O decreto municipal previa que a base de cálculo do ISSQN era específica (fixa ou *per capita*) apenas nas hipóteses em que a execução da atividade-fim não ocorresse com a participação de pessoa jurídica ou física não habilitada para o exercício da profissão. Contudo, a Corte, por maioria, entendeu que não havia razão para diferenciar a prestação de serviços – para fins de incidência de ISSQN – a depender de como o pagamento fosse feito, isto é, em prol de uma pessoa jurídica ou de uma pessoa física.

Foi da lavra do Relator, Ministro Edson Fachin, o voto vencedor:

[...] Superada a questão da recepção, a única consequência lógica haurida da jurisprudência do STF é a necessidade de diploma legal com mesmo status de lei complementar de índole nacional para fins de revogar ou dispor de maneira diversa sobre a tributação dos serviços desenvolvidos pelas sociedades de profissionais em tela. Logo, é incabível lei municipal instituidora de ISSQN dispor de modo divergente sobre base de cálculo do tributo, por ofensa direta ao art. 146, III, “a”, da Constituição da República. Nesse sentido, mesmo aqueles que coerentemente defendiam a não recepção dos §§1º e 3º do artigo 9º do DL 406, reputam também inconstitucional a introdução de outra forma de diferenciação por parte das municipalidades com vistas a mitigar o *discrímen* levado a efeito nos dispositivos supracitados. [...].<sup>596</sup>

Acompanhando o voto do relator, o Ministro Alexandre de Moraes argumentou que compete à lei complementar federal legislar sobre a base de cálculo do ISSQN, de modo que não podem os municípios dispor sobre este aspecto tributário, pois, ao fazerem isso, estariam invadindo a competência endereçada à União.<sup>597</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, aduziu que “a crise fiscal em que se debatem os entes federados no Brasil faz com que estes, no seu desespero para obter um equilíbrio orçamentário, avancem indevidamente sobre o patrimônio e as rendas dos contribuintes locais”.<sup>598</sup> Por maioria dos votos, foi provido o recurso extraordinário interposto pela OAB/RS, restando fixada a tese: “é inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional”.<sup>599</sup>

<sup>596</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 940.769/RS**. (Tema 918 da Repercussão Geral). Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 24/04/2019. p.17. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

<sup>597</sup> Ibid. p.23.

<sup>598</sup> Ibid. p.28.

<sup>599</sup> Ibid.

No âmbito da legislação municipal, todavia, não é uma excepcionalidade de Porto Alegre a edição de leis inconstitucionais, tampouco a única classe afetada é a de advogados. Ante o exposto, cabe indagar: Fora dos domínios geográficos do município de Porto Alegre, é autorizada a edição de normas municipais que estabeleçam impeditivos – que estão fora das hipóteses previstas no Decreto-Lei nº 406/68 – à fruição de regime tributário de sociedade uniprofissional? Ademais, a única sociedade que deve ser protegida é a de advogados? Entende-se que a resposta para ambos os questionamentos é negativa.

A inconstitucionalidade desconhece barreiras geográficas e classistas. Sob um olhar específico, a questão constitucional diz respeito à competência tributária do Município de Porto Alegre para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou *per capita*. Contudo, levando em conta a universalização, é indiferente que as partes sejam a OAB gaúcha ou a municipalidade de Porto Alegre; o debate jurídico, da mesma forma, não deve ficar circunscrito a sociedades de advogados.

Alguns Tribunais de Justiça vêm posicionando-se no sentido de assegurar a sociedades a inclusão no regime de tributação privilegiado, ainda que estas não sejam compostas por advogados; outros, não. A Primeira Câmara Cível do TJRS, por exemplo, tem decidido favoravelmente aos contribuintes, optando pela aplicabilidade do entendimento firmado pelo STF mesmo quando o caso concreto não envolve sociedade de advogados:

Dessarte, não há mais o que discutir, sob pena de retrabalho, e não há dúvida de que se aplica a toda e qualquer sociedade de profissionais, uma vez que o princípio é exatamente o mesmo. No caso, temos uma sociedade que presta serviços de auditoria e de contabilidade, portanto, assim como em relação à de advogados, a tributação de ISS deve ocorrer por profissional habilitado. Tendo em conta que vimos divergindo a respeito desse tema, peço vênica para repetir a tradicional argumentação que tenho feito, evidenciando alguns capítulos. [...] Cuida-se de definir se a sociedade simples, que adota a forma de sociedade limitada, cujo objeto é a prestação de serviços médicos de ortopedia e traumatologia, composta por quatro médicos, [...]. Para arrematar este item, cabe o registro de que, embora envolvendo sociedade de advogados, o STF, recentemente, se posicionou a respeito da matéria em repercussão geral, num recurso extraordinário envolvendo a legislação do Município de Porto Alegre. [...]. Dessarte, nada obsta, uma sociedade cumular como objeto social quaisquer serviços dos itens do § 3º do art. 9º do DL 406/68, assim como fazer quaisquer outras combinações, sem que isso resulte prejuízo, quando for o caso, à tributação privilegiada, pois o critério é objetivo, consoante acima demonstrado. [...].<sup>600</sup>

Não há, no TJRS, um posicionamento unificado sobre a questão. Prova disto é esta decisão proferida pela Vigésima Segunda Câmara Cível:

---

<sup>600</sup> PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação cível n. 70082343773**. Primeira Câmara Cível Rel. Des. Irineu Mariani Julgado em 23/10/2019. p.7-11. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 2 dez. 2022.

[...] Nessa esteira, em que pese os serviços prestados pelo recorrente – auditoria contábil – estarem elencados na lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, a atividade é exercida com empresarialidade, notadamente porque, além de serem prestados de forma impessoal, o profissional habilitado se coloca em segundo plano para o cliente. E, no caso, restou esclarecido que a empresa PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDITORES INDEPENDENTES não atrai sua clientela pelo desempenho intelectual de seus profissionais, não é mais a individualidade de seus sócios ou prestadores de serviços que realizam seu objeto social, mas sim a característica e estrutura empresária de caráter multinacional que hoje ostenta. [...] Ademais, a situação desse tipo de empresa de auditoria não se confunde com a das sociedades de advogados que teve, com repercussão geral, recentemente aprovada, Tema 918 do STF (RE 940769-RS, Rel. Min. Édson Fachin, em 25-4-2019, DJe de 10-5-2019), sendo inaplicável o respectivo Tema à hipótese concreta. [...].<sup>601</sup>

A aplicabilidade do Tema 918 não vem sendo reconhecida, também, por algumas Câmaras do TJSP, sob os seguintes fundamentos:

A título de exemplo, considerar-se-ia sociedade uniprofissional para os fins aqui discutidos a união de dois médicos, um ortopedista e um clínico geral, ou mesmo de dois advogados, um trabalhista e um previdenciário, mas não a união de um médico e um advogado. [...] Ainda, há que se distinguir o sócio dos empregados, pois estes podem ser de outros ramos da ciência que não aquele da sociedade. Isso é tido como consecução de atividade meio, sem a qual não haveria como exercer a atividade fim da sociedade. [...] Finalmente, não há que se aplicar ao caso concreto o entendimento do Tema 918 da sistemática de repercussão geral do STF, posto ser de aplicabilidade às sociedades de advogados, o que não é o caso dos autos [...].<sup>602</sup>

Ponto que, se a lei municipal prevê que não se enquadra em tal regime sociedade com caráter empresarial, não há desrespeito ao Decreto-Lei, já que tal entendimento decorre da própria leitura da lei complementar federal. Em outras palavras, a lei municipal não criou novo requisito para o regime especial não previsto em lei federal, mas apenas descreveu requisito extraível da interpretação consolidada da norma federal. Por tal razão, inaplicável ao feito o Tema 918 do STF por não haver violação do Decreto-Lei federal pela lei municipal. Mais do que isso, naquela repercussão geral, apesar de estar em discussão o regime especial de pagamento de ISS previsto no Decreto-Lei 406/68, houve tratativa específica com relação a sociedades de advogados que, por força legal (art. 16 da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia), não pode ter características empresariais, do que decorre que sempre há prestação de atividade intelectual passível de tributação especial.<sup>603</sup>

Com base no *standard* ora explorado, é indiferente se a sociedade é de advogados, arquitetos, economistas, dentistas, entre outros. Se não fosse assim, o STF precisaria se pronunciar especificamente sobre cada uma dessas profissões, o que resultaria em um constante

<sup>601</sup> PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Agravo de Instrumento, nº 70084938257**. Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini. Julgado em: 14-04-2021, p.7-9. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 2 dez. 2022.

<sup>602</sup> SÃO PAULO. Décima Quarta Câmara de Direito Público. **Apelação cível nº 1011804-17.2022.8.26.0053/SP**. Rel. Des. Mônica Serrano. Julgado em 03/10/2022. p.4-9. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta...> Acesso em: 3 dez. 2020.

<sup>603</sup> Id. Décima Quinta Câmara de Direito Público. **Apelação cível n. 1011406-59.2021.8.26.0068/SP**. Des. Rel. Tania Mara Ahualli. Julgado em 11/08/2022. p.3-7. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta...> Acesso em: 3 dez. 2020.

retrabalho. É dizer: o simples fato de a sociedade uniprofissional não prestar serviços advocatícios não é uma razão suficiente para que a aplicação do precedente seja afastada. A propósito, este também foi o entendimento da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG):

Embora a Tese jurídica alusiva ao Tema 918 do STF mencione apenas as sociedades profissionais de advogados, patente que o precedente se aplica a qualquer sociedade uniprofissional, eis que a “*ratio decidendi*”, assim considerado o núcleo decisório do julgado dotado de eficácia vinculante, consiste na impossibilidade de os entes municipais estabelecerem base de cálculo do ISS diversa à prevista do Decreto-Lei n.º 406/1968, o qual, conforme Súmula 633 do STF, foi recepcionado pela CR/88. [...] Na espécie, embora incontroverso que os artigos 247, 248 e 249 da Lei 74/2002 do Município de Sete Lagoas, nos quais se lastreou o cálculo do ISS visto na CDA de ordem 19, não mais se encontram em vigor, ante as alterações promovidas pela LC 93/2003 e pela LC 103/2004, fato que, aliado ao julgamento do precedente acima mencionado, torna despicando o debate sobre a inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre o faturamento da sociedade unipessoal, inexistente óbice ao reconhecimento da inexigibilidade da exação relativa ao período de vigência dos dispositivos impugnados, pelo contrário.<sup>604</sup>

Um outro exemplo merece ser mencionado: a Vice-Presidência do TRF4 determinou a devolução dos autos à Primeira Turma do TRF4, para eventual juízo de retratação. O acórdão recorrido havia negado provimento ao agravo regimental interposto pelo Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul (CRC/RS) e dado provimento à remessa necessária e ao apelo do Município de Porto Alegre. O argumento central do ente fazendário era de que a CRC/RS não representava sociedades de advogados, não se aplicando a ela a tese definida no Tema 918 da Repercussão Geral.

A Primeira Turma do TRF4 decidiu, por unanimidade, em juízo de retratação, negar provimento à remessa oficial e à apelação do Município, por estes fundamentos:

O regime especial do ISSQN, destinado a estas sociedades de profissionais, sem caráter empresarial, prevê, em síntese, que a tributação deve se dar de forma fixa, em razão do número de profissionais habilitados que prestem os serviços, revelando-se, pois, tributação menos onerosa do que o regime geral, em que o imposto incide em percentual sobre o preço dos serviços prestados. No caso em tela, a sentença bem analisou a matéria e, a fim de evitar tautologia, adoto seus fundamentos como razões de decidir: [...]. Como se vê, a sentença deve ser mantida em todos os seus termos, porquanto em harmonia com a orientação emanada do STF.<sup>605</sup>

<sup>604</sup> BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Segunda Câmara Cível. **Apelação Cível n. 1.0672.15.000095-4/001**. Des. Rel. Afrânio Vilela, Julgado em 26/04/2022, Publicado em 27/04/2022. p.5. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/PalavrasEspelhoAcordao.do?...> Acesso em 28 nov. 2022.

<sup>605</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Primeira Turma, **Apelação Cível/Remessa Necessária n. 50315258320124047100/RS**. Rel. do Acórdão Juiz Federal Francisco Donizete Gomes. Julgamento em 30/11/2020 a 07/12/2020. p. 6-9. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 1 dez. 2022.

Inconformado com a decisão, o Município de Porto Alegre ajuizou uma reclamação perante o STF alegando que o TRF4 aplicara indevidamente a tese jurídica fixada no Tema 918. O Relator, Ministro Nunes Marques, negou seguimento à reclamação, nestes termos:

A leitura detida do voto condutor do julgamento do RE n. 940.760 (processo-piloto do tema 918) revela que a orientação ora invocada como paradigma funda-se na compreensão de que o Decreto-Lei 406/1968, que prevê o regime de tributação fixa do ISSQN, foi recepcionado pela Constituição com status de lei complementar, de modo que leis municipais com ele contrastantes padecem de inconstitucionalidade formal. Ocorre que, embora o caso concreto apreciado naquela ocasião dissesse respeito a sociedades de advogados, o art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 – objeto de análise no julgamento do RE n. 940.760 – expressamente contemplou, de igual modo, as sociedades de contabilistas ao dispor sobre o regime de tributação favorecido. [...] Presente esse arcabouço normativo, seria verdadeiro contrassenso supor que a orientação deste Tribunal a respeito da inconstitucionalidade de leis municipais incompatíveis com o regime tributário menos oneroso previsto no DL 406/1968 abarcasse apenas sociedades de advogados, dada a homogeneidade no tratamento jurídico dispensado por aquele instrumento legal às várias espécies de sociedades profissionais mencionadas no § 3º do art. 9º. Acertado, portanto, o enquadramento realizado pelo Tribunal reclamado a respeito da incidência do Tema 918 ao caso concreto.<sup>606</sup>

O posicionamento adotado pelo Ministro serve como reforço argumentativo para o *standard* que exige a simetria entre os fatos do precedente e os fatos do caso a ser decidido. Assim, acredita-se que a distinção que vem sendo praticada por alguns órgãos jurisdicionais é inconsistente, tendo em conta as razões determinantes do julgado paradigma.

Os tribunais ordinários não podem determinar deliberadamente que um fato ou um fundamento é relevante. Seu papel é definir isto com base na ordem jurídica.<sup>607</sup> A base fática da decisão deve ser avaliada à luz de uma rede de conceitos jurídicos e qualificações normativas que orientam a seleção dos fatos relevantes e estabelecem o seu sentido.<sup>608</sup> Conforme Ávila<sup>609</sup>, “a igualdade, enquanto dever de tratamento igualitário, só surge quando para alcançar determinada finalidade que deve ser buscada, os sujeitos são comparados por critérios que, além de serem permitidos, são relevantes [...]”.

---

<sup>606</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 54.888/RS**. Rel. Min. Nunes Marques. Julgamento em 01 set. 2022. p.10. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?...> Acesso em: 1 dez. 2022.

<sup>607</sup> BURTON, Steven J. **An introduction to law and legal reasoning**. Second Edition. New York: Little, Brown and Company. 1995. p.31.

<sup>608</sup> LAMEGO, 2018. p.162.

<sup>609</sup> ÁVILA, 2015. p.45.

## 6 CONCLUSÃO

Ao fim da presente pesquisa, diante das construções teóricas que foram apresentadas e dos casos concretos que foram explorados, tem-se como confirmada a possibilidade de que determinados *standards* sejam observados pelas Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) ao avaliarem a compatibilidade entre o seu acórdão recorrido e o precedente emanado pelas Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) pela sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

O tema ora investigado conta com nítidos reflexos de ordem prática, visto que é por meio das Cortes de Justiça que os precedentes formados pelas Cortes Supremas serão concretizados. A padronização decisória é uma realidade no Direito brasileiro, o que fica em evidência com as mudanças trazidas pelo CPC/15. No entanto, por mais importantes que sejam as alterações advindas com a nova legislação processual, ainda navega-se em um mar de incertezas jurisprudenciais, estando a realidade distante dos ideais imaginados pelo CPC/15.

Quando do exercício jurisdicional previsto no art. 927, inciso III, do CPC/15, as Cortes Supremas não se limitam a resolver litígios massificados. Elas dão a interpretação final do Direito, de modo a assegurar a sua unidade. Neste contexto, os precedentes são razões necessárias e suficientes construídas a partir de generalizações empreendidas pelas Cortes Supremas, representando a sua interpretação acerca de determinada questão controvertida.

O julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos culmina na elaboração de uma tese jurídica. Contudo, ela não se confunde com a *ratio decidendi* do julgado, que é efetivamente o que deve ser seguido pelos demais tribunais. A conclusão da Corte, que é retratada na tese, não expressa a complexidade do ato decisório. Logo, a aplicação dos precedentes não tem como fundamento apenas a tese que foi fixada, tampouco a ementa do julgado paradigmático.

Ao proferirem decisões pela sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, as Cortes Supremas não estão apenas fixando uma tese jurídica que deve ser mecanicamente replicada. Elas estão dando, na verdade, uma interpretação sobre a constituição ou a legislação infraconstitucional federal que obrigatoriamente terá que ser observada.

Uma vez julgado e publicado o precedente, caberá às cortes de origem, em sendo o caso, adequar o acórdão recorrido ao entendimento formado pelas Cortes Supremas. Assim, os precedentes estabelecem as diretrizes interpretativas e argumentativas que serão observadas em várias situações em que houver correspondência entre fatos. Eles não livram as instâncias ordinárias do trabalho de reflexão. Não cabe aos juízes singulares nem às Cortes de Justiça aplicarem cegamente o resultado alcançado no precedente. Para uma adequada aplicação de

precedentes, a *ratio decidendi* precisa ser identificada e avaliada, não podendo o órgão ordinário distanciar-se da controvérsia jurídica que tem diante de si.

A atividade de interpretação de enunciados normativos é constituída pela reconstrução de alternativas decisórias por meio de uma atuação dinâmica e argumentativa. A tarefa a ser desempenhada pelas Cortes de Justiça, sobretudo no que diz respeito ao art. 1.040, incisos I e II do CPC/15, não é simples, pois é constantemente permeada por vários atos interpretativos e argumentativos. O juiz, tal como as partes, concorre para a definição do significado dos enunciados normativos.

A legislação processual não prevê parâmetros minimamente seguros e isonômicos quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação, pelas Cortes de Justiça, dos precedentes emanados pelas Cortes Supremas na sistemática de recursos repetitivos. Não raras vezes, o que se verifica na prática é a ausência de critérios no juízo comparativo.

O grande problema é que, se cada tribunal decidir de acordo com a convicção de seus membros, os precedentes não cumprirão sua função paradigmática. Consequentemente, será retirada a força vinculante outorgada às decisões do STF e do STJ. É fundamental, portanto, fazer com que o tribunal que vai decidir uma causa tenha condições de fazer um exame de compatibilidade adequado entre ela e a decisão paradigma oriunda das Cortes Supremas.

Por meio dos *standards* que este trabalho propõe é possível averiguar se a decisão do caso atual é compatível com o precedente. Eles servem como modelos de controle do juízo de compatibilidade entre decisões judiciais, que impedem que a discricionariedade da qual dispõem as Cortes de Justiça seja convertida em arbítrio.

O primeiro *standard* é a exigência de respeito aos limites da linguagem utilizada no precedente. Levando em conta que eles aclaram e definem o significado dos textos normativos, é fundamental que exista um limite linguístico a ser observado na construção de outras decisões judiciais que versem sobre situações análogas a que foi verificada no precedente.

O segundo *standard* é a exigência de respeito ao propósito normativo inerente ao precedente. Tendo em vista a dimensão interpretativa final dada pelas Cortes Supremas aos textos normativos, é crucial que as Cortes de Justiça busquem identificar qual é o propósito normativo cristalizado no precedente, não podendo distanciarem-se de tal propósito.

O terceiro *standard* é a exigência de consideração do contexto subjacente à decisão que originou o precedente. Ao realizar o juízo comparativo entre o seu acórdão e a decisão oriunda da Corte Suprema, a Corte de Justiça precisa fazer uma ponte entre a realidade social e o acórdão paradigmático.

O quarto *standard* é a exigência de simetria entre os fatos do precedente e os fatos do caso a ser decidido. O acórdão paradigmático não pode ser replicado em outra decisão sem que o julgador do caso atual considere os fatos que estão sendo comparados. O exame de compatibilidade entre o material fático subjacente à cada decisão serve para jogar luzes sobre a relevância das diferenças e semelhanças entre os casos.

O conjunto formado pelos quatro *standards* pode ser compreendido como o grau de suficiência mínima exigido quando é realizado um exame de compatibilidade entre discursos jurídicos distintos. Isto significa que outros *standards* podem vir a ser criados. Parte-se da premissa de que a decisão que faz o juízo comparativo entre o acórdão recorrido e o precedente precisa, obrigatoriamente, ser fundamentada. Com base em todos estes elementos, acredita-se que esta pesquisa tenha atingido êxito na sua finalidade, qual seja, contribuir para o aperfeiçoamento de uma avaliação parametrizada da fundamentação das decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Introdução. In: PECZENIK, Alexander. **On law and reason**. 2. ed. Dordrecht: Springer Science + Business Media B.V., 2008.

\_\_\_\_\_. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva 2017. p.1199.

ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. **La argumentación en el derecho**: algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2003.

ABREU, Rafael Sirangelo de. Opções do CPC/2015 em matéria de teoria da interpretação: contraditório, motivação e ação rescisória. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1178-1180.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul/set, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 21 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? rev. atual. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. v.2.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev. ampl. atual. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1215.

ARISTÓTELES. Citação. In: FRANCO, Gustavo; GIAMBIAGI, Fabio. **Antologia da maldade**: um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p.92.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p.233-255, jan. 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de argumentação jurídica**. Trad. Claudia Roesler. v. 1, 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan/fev/mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan/fev/mar. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista...> Acesso em: 8 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 32, p.159-197, 2014. p.176.

\_\_\_\_\_. **Constituição, liberdade e interpretação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

\_\_\_\_\_. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, p.181-204. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod\\_resource/content/...pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264597/mod_resource/content/...pdf). Acesso em: 8 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2019.

AVNAIM-PESSO, Liora DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, [s. l.], v. 108, n. 17, Apr. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Baccha e. Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro: o código de processo civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, p.49-69, set. 2017.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, p.9-52, nov. 2010.

BARAK, Aharon. Hermeneutics and constitutional interpretation. **Cardozo Law Review**. v. 14, 1993.

\_\_\_\_\_. **Purposive interpretation in law**. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50. 2015. Disponível em: <https://www.google.com/search?...> Acesso em: 24 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito, as emoções e as palavras**. Jurisdição Constitucional e Debates Públicos. 2007. p.4. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Segunda Câmara Cível. **Apelação Cível n. 1.0672.15.000095-4/001**. Des. Rel. Afrânio Vilela, Julgado em 26/04/2022, Publicado em 27/04/2022. p.5. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/PalavrasEspelhoAcordao.do?...> Acesso em 28 nov. 2022.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, [S. l.], n. 34, p.87- 107, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre o conceito da motivação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 234, p. 291-312, jan/jun. 2010.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica**. 8. ed. atual. São Paulo: Letras & Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. Reason in law. **Ratio Juris**, [s.l.], v.1, n.2. 1988. p.99. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/...> Acesso em: 3 maio 2022.

BORGES, Luis Borges. Ficções. Trad. Dvai Arrigucci Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Arts. 489 a 495. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. rev. ampl. atual. v.2. Salvador: JusPODIVM, 2016a.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. rev. atual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Seção). **AgRg no EREsp 279889/AL**. Relator para o Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em 14 de agosto de 2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 93, inciso IX. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>constituicao>. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 105, inciso IX. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>constituicao>. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br > constituicao > constituicao>. Acesso em: 12 abr. 2022. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art. 489 do CPC/15. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Recomendação nº 134 de 09/09/2022 do Conselho Nacional de Justiça**. (CNJ). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Senador Rodrigo Cunha. **Projeto de Lei nº 4311, de 2021**. Altera os arts. 941 e 1.038 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para uniformizar regras sobre a contagem de votos divergentes nas decisões colegiadas e promover o expresse pronunciamento dos fundamentos determinantes em decisões de observância obrigatória. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151151>. Acesso em: 4 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.906.618/SP**. (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. p.202-210. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/...> Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1906618/SP** (Tema Repetitivo 1076). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 16/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?...> Acesso em: 7 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1455925/GO**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e morais [...]. Relator: Min. Raul Araújo, 18 de junho de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859610552/...> Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1341142/RS**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação cautelar de exibição de documentos [...]. Relator: Min. Marco Buzzi, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/...> Acesso em: 17 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no AREsp 1437504/GO**. Direito civil e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. [...]. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;aresp:2020-05-25;1437504-1947703>. Acesso em: 17 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5007207-34.2020.4.04.7204**. Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus. Julgado em 06/08/2022. p. 5-8. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?...](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?...) Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 50056532320184047208/SC**. Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. Julgado em 21/09/2022. p.6-9. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?...](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?...) Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. (Tema Repetitivo 779). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10/05/2018. p.13. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR** (Tema 69 da Repercussão Geral). Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 09/03/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 796.376/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/2020. p. 8-13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/Repercussao/tema.asp?num=796>. Acesso em: 7 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 940.769/RS**. (Tema 918 da Repercussão Geral). Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 24/04/2019. p.17. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 54.888/RS**. Ministro Relator Nunes Marques, julgamento em 01 set. 2022. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?...> Acesso em: 1 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.616/RS** (Tema 118 da Repercussão Geral). Rel. Min. Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em: 5 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.616/RS** (Tema 118 da Repercussão Geral). Voto proferido pelo Min. Celso de Mello em 17/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em: 5 dez. 2022

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 12.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2022.

BURTON, Steven J. **An introduction to law and legal reasoning**. Second Edition. New York: Little, Brown and Company. 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Obter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77117/73923>. Acesso em: 30 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, jul/set. 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/...> Acesso em: 23 ago. 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia; Sandra Barbery. v.1. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas**. São Paulo: Atlas, 2022.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS Neto, Paulo de Freitas; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; NEJAIM, América Cardoso Barreto. Uma crítica histórico-democrática ao sistema brasileiro de precedentes judiciais em favor da criatividade forense. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.23, n.3, p.343-377, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. v.1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Carolina Teles; CUNHA, Guilherme Antunes da. Sistema de precedentes no código de processo civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 510-538, 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos, **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, p-295-312, jan/jun. 2010. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?..> Acesso em: 18 abr. 2022.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Trad. Heleno Torres; Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.

\_\_\_\_\_. **Técnica da interpretação jurídica: brevíário para juristas**. Trad. Daniel Mitidiero; Otávio Domit; Rafael Abreu; e, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. v.2. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14. ed. rev. ampl. atual. v.3. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. atual. v.1. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. ampl. atual. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. ampl. atual. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004b.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Interpretando precedentes: uma ponte entre a teoria do direito e o processo civil brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1125.

FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada; estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 407-433, set. 2014.

FERGUSON, Robert A. The judicial opinion as literary genre. **Yale Journal of Law & Humanities**, [s. l.], v. 2, n. 201. 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta Editorial, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, Dossiê Judiciário n. 21, mar/abr/maio 1994. Disponível em: <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/curriculo>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli. **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2021. p.12.

\_\_\_\_\_. O ensino jurídico no Brasil: a formação dogmática do jurista e os desafios do modelo de respeito aos precedentes judiciais. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 109, p.101-119, maio/jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.140.

\_\_\_\_\_. Ratio decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 419-441, mar. 2017.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Breves considerações sobre o microsistema de precedentes no novo código de processo civil e a necessidade de monitoramento das demandas repetitivas. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.172.

FLACH, Daisson. **Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

FÓRUM Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

\_\_\_\_\_; FUX, Rodrigo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Sistema brasileiro de precedentes: principais características e desafios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.23, n.3, p.221-237, 2022. p.227-233. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/70539>. Acesso em: 17 nov. 2022.

GARNER, Bryan A.; SACALIA, Antonin. **Reading the law**: the interpretation of legal texts. Eagan: West Group, 2012.

GIDI, Antonio. **Redação jurídica**: estilo profissional. Forma, estrutura, coesão e voz. Salvador: Juspodivm, 2022.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GILMORE, Grant. Legal realism: its cause and cure. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 70, n.7, 1961 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**.

GÓES, Ricardo Tinoco. O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.165.

GRAU, Eros Roberto. Estado de juízes: aquele jardim, no inferno. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 73-80, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68742>. Acesso em: 22 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. refundida do ensaio e discurso sobre interpretação/ aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

GREEN, Leslie. **The authority of the state**. Oxford: Oxford University Press, 1988.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. **Interpretar e argumentar**. Trad. Adrian Sgarbi; Frederico Menezes Breyner; e, Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2019. p.21-22.

HIERRO, Liborio L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B (editores). **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011b, p.225.

HIMMA, Kenneth. Authority. In: BONGIOVANNI, Giorgio; WALTON, Douglas (ed). **Handbook of legal reasoning and argumentation**. Dordrecht: Springer, 2018.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio; JOBIM, Marco Félix. A justificação como elemento da sentença. **Revista de Processo**, v. 274, p. 99-157, dez. 2017.

HURD, Heidi M. Challenging Authority. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 100, 1611-1677, 1991.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_.; VIEIRA, Isabelle Almeida Vieira. Exposição de motivos do código de processo civil de 2015: breve apanhado histórico dos motivos que determinaram a edição dos códigos de processo civil brasileiros. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 327, p. 83-107, maio, 2022.

JOTA (site). **Uma jurisprudência que serve para tudo**. Publicado em 13 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015>. Acesso em: 5 nov. 2022. Acesso em: 13 de maio, 2022.

KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. Bias is a big problem. But so is “noise”. New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/05/15/opinion/noise-bias-kahneman.html>.

KELLEY, David. **The art of reasoning**: an introduction to logic and critical thinking. Fourth edition. W. W. Norton & Company, Inc: New York, 2014.

KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2022.

KOCHEM, Ronaldo. **Fundamentando decisões**. Londrina: Thoth, 2021.

\_\_\_\_\_. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 59-83, jun., 2015.

KOSZOWY, Marcin; WALTON, Douglas. Two kinds of arguments from authority in the ad verecundiam fallacy, [s. l.], **Centre For Research in Reasoning, Argumentation and Rethoric (CRRAR)**, 2014. Disponível em: <https://scholar.uwindsor.ca/crrarpub/17/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan/jun. 1961.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAMEGO, José. **Elementos de metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2018.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica**: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/handle/19262>. Acesso em: 26 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o supremo tribunal federal? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 205-236, jan/abr. 2020.

LEFLAR, Robert A. Some observations concerning judicial opinions. **Columbia Law Review**, [s. l.], v. 61. 1961.

LEITER, Brian. American legal realism. In: PATTERSON, Dennis. **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.

\_\_\_\_\_. Positivism, formalism, realism. **Columbia Law Review**, [s. l.], v. 99, n.1138. 1999.

LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. **The social psychology of procedural justice**. New York: Springer Science + Business Media, LLC, 1988.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Campus-Elsevier: Rio de Janeiro, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Regras de competência e a textura aberta da linguagem natural. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 50, ano 40, p. 183-199. 2022. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA>. Acesso em: 3 jun. 2022.

MARDER, Alexandre Salgado. **A coerência na construção de um sistema de precedentes: deveres dirigidos às cortes competentes para a formação de precedentes no brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

\_\_\_\_\_. El precedente interpretativo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 2, p.423-451, 2017. p.116. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017\\_02\\_0423\\_0451.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0423_0451.pdf). Acesso em: 22 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. ampl. atual. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.36.

MEARES, Tracey L. Norms, legitimacy and law enforcement, [s. l.], **Oregon Law Review**, v. 79, 2000. Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4687/Norms\\_\\_Legitimacy\\_and\\_Law\\_Enforcement.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4687/Norms__Legitimacy_and_Law_Enforcement.pdf?sequence=2). Acesso em: 1 abr. 2022.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 59-84, ago. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Claudio Ari. A. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 255, p. 63-90, maio, 2016.

\_\_\_\_\_. Bases teóricas da interpretação constitucional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020. Disponível em: file:///Users/joaovitormorais/Downloads/1282-2548-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 26 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisdição ao precedente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

\_\_\_\_\_. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p.47.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. Tradução: Sérgio Milliet São Paulo: Editora 34, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século**. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.93.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais: filosofia, história, direito e de como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de; JOBIM, Marco Félix. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

\_\_\_\_\_. Art. 927. In: \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando; et. al. **Comentários ao código de processo civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.1289.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/...pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Processo civil brasileiro e codificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 179, p. 261-272, jan. 2010.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5003377-65.2017.4.04.7010/PR**, Décima Segunda Turma, Des. Rel. Gisele Lemke. Julgado em 16/11/2022. p.3-4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br › Jurisprudência › TRF-4>. Acesso em: 2 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quarta 4ª Região. 2ª Segunda Turma. **Apelação Cível nº 2009.70.05.001457-7/PR**. Rel. Des. Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch. Julgado em 14/4/2010. Disponível em: <https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?...> Acesso em: 5 dez. 2022.

PASSOS, J. J. Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 24, out-nov-dez. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/j-j-calmon-de-passos/o-magistrado-protagonista-do-processo-jurisdicional>. Acesso em: 5 jun. 2022.

PECZENIK, Alexander. **On law and reason**. 2. ed. Dordrecht: Springer Science + Business Media B.V., 2008.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, p. 371-388, jul. 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Teoria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

PINKER, Steven. **Racionalidade**: o que é, por que parece estar em falta, porque é importante. Trad. Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Vigésima Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento, nº 70084938257**. Rel. Des. Marilene Bonzanini. Julgado em: 14-04-2021, p.7-9. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 2 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do RS. Vigésima segunda Câmara Cível. **Apelação cível n. 50040412020208210015**. Julgamento em: 10/03/2022. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/o-tjrs/orgaos-jurisdicionais>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação cível n. 70082343773**. Primeira Câmara Cível Rel. Des. Irineu Mariani Julgado em 23/10/2019. p.7-11. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 2 dez. 2022.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello; SCHENK, Leonardo Faria. Motivação das decisões: notas sobre seu conteúdo, histórico e algumas contradições do CPC/15. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1 p. 193-213, 2018. p.201. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>. Acesso em: 2 set. 2022.

POSNER, Richard. A. Judge's writing styles (and do they matter?). **The University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 62, n. 1.421.1995.

PRIEL, Dan. The return of legal realism. In: DUBBER, Markus D.; TOMLINS, Christopher (eds). **The oxford handbook of Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

REALE JR, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REICHELDT, Luís Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, v. 197, p.127-143, jul. 2011.

\_\_\_\_\_. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, p. 41-58, ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, v.296, p. 21-40, out. 2019.

RESENDE. Citação. In: FRANCO, Gustavo; GIAMBIAGI, Fabio. **Antologia da maldade: um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.p.174.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5003377-65.2017.4.04.7010/PR**, Décima Segunda Turma, Des. Rel. Gisele Lemke. Julgado em 16/11/2022. p.3-4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/Jurisprudência/TRF-4>. Acesso em: 2 dez. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Primeira Turma, **Apelação Cível/Remessa Necessária nº 50315258320124047100/RS**. Rel. do Acórdão Juiz Federal Francisco Donizete Gomes. Julgamento em 30/11/2020 a 07/12/2020. p. 6-9. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 1 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Primeira Turma, **Apelação Cível n. 5001319 08.2020.4.04.7100/RS**. Juiz Convocado Francisco Donizete Gomes. Julgado em 23/09/2020, Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 1 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. **Apelação Cível nº 5010427-13.2010.4.04.7100/RS**. Rel. Des. Fed. Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia. Julgado em 22/11/2022. p.4-8. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em: 3 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. **Apelação Cível: 5002353-36.2016.4.04.7204/SC**. Rel. Juiz Federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila. Julgado em 15/03/2022. p.3-6. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php). Acesso em: 3 dez. 2022.

ROSITO, Fernando. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma, Des. Rel. Victor Luiz dos Santos Laus. **Apelação Cível n. 5008089-42.2019.4.04.7200/SC**. Julgado em 16/11/2022. p.7-9. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/Jurisprudência/TRF-4>. Acesso em: 1 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 21, mar.-abr.-maio, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 24 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Dos princípios fundamentais. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Ensaio de retórica forense**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

SCHAUER, Frederick. Giving reasons. **Stanford Law Review**, [s. l.], v. 47, p.633-659. 1995.

\_\_\_\_\_. The Limited Domain of the Law - *Virginia Law Review*, v. 90, p 1909-1956. 2004.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Scott J. Authority. In: \_\_\_\_\_; COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth. **The oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. Mexico: Porrúa, 1995.

SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no CPC brasileiro de 2015. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 5, n. 1, p. 319-339, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>. Acesso em: 3 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 9-19, abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v.1, n. 4, jan/dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. Verdade e significado. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**.

Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%83%C2%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%83%C2%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 set. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional** DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de SP. Décima Quarta Câmara de Direito Público. **Apelação cível nº 1011804-17.2022.8.26.0053**. Rel. Des. Mônica Serrano. Julgado em 03/10/2022. p.4-9. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta...> Acesso em: 3 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de SP. Décima Quinta Câmara de Direito Público. **Apelação cível n. 1011406-59.2021.8.26.0068**. Rel. Des. Tania Mara Ahualli. Julgado em 11/08/2022. p.3-7. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C4F83298F9793442211B063DDE512EA1.cjsg2>. Acesso em: 3 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de SP. Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível / Prestação de Serviços Processo: 1023546 78.2018.8.26.0053**. Rel. Ferreira da Cruz. Comarca: São Paulo Data do julgamento: 20/09/2022. p.8. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 5000607-71.2018.4.03.6144/SP**. Segunda Turma. Rel. Des. Carlos Francisco. Julgado em 10/11/2022. Publicado em 18/11/2022. p.10-14. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/266572624>. Acesso em: 1 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApelRemNec/SP n. 5003983-17.2021.4.03.6126/SP**. Rel. Des. Fed. Goncalves Maia Junior, Sexta Turma, julgado em 29/08/2022, Intimação via sistema Data: 30/08/2022. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/seju/editais>. Acesso em: 2 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApelRemNec/SP n. 5004753-95.2021.4.03.6130/SP**. Rel. Des. Fed. Andre Nabarrete Neto, Quarta Turma. Julgado em 29/08/2022, Intimação via sistema Data: 30/08/2022. p.6. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/seju/editais>. Acesso em: 1 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5011609-39.2019.4.03.6100/SP**. Rel. Des. Fed. André Nabarrete. Julgado em 10/03/2022. p.3-8. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 3 dez. 2022.

STAPLETON, Jane. **Three essays on torts**. Oxford: Clarendon Law Lectures, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: CUNHA, Leonardo; NUNES, Dierle. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. v.3. Salvador: JusPODIVM, 2015. p.176.

SUSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. rev. ampl. atual. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. (citado por ABREU, Rafael Sirangelo de. Opções do CPC/2015 em matéria de teoria da interpretação: contraditório, motivação e ação rescisória. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (Coords.). **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.1176.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

TRUST IN GOVERNMENT. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/1c258f55-en/index.html?itemId=/content/publication/1c258f55-en>. Acesso em: 1 abr. 2022.

TUCCI, Rogério Cruz e. Artigos 485 ao 538. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; e, MITIDIERO, Daniel (Coord). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8.

TYLER, Tom R.; LIND, E. Allan. **The social psychology of procedural justice**. New York: Springer Science + Business Media, LLC, 1988.

\_\_\_\_\_. Psychology and the law. In: KELEMAN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (eds). **The oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. Psychological perspectives on legitimacy and legitimation. **Annual Review of Psychology**, [s. l.], jul. 2005.

\_\_\_\_\_. **Why people obey the law**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

VALE (citado por CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2022. p.256).

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Fundamentação das decisões judiciais: inteligibilidade, justificação (interna e externa) e verificabilidade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n.6, p. 1266-1283, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>. Acesso em: 3 jun. 2022.

VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the importance of procedure**. In: FELMING, J. Getting to the rule of law. New York: New York U. Press, Nomos, 2011.

WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. 2. ed. Trad. Ana Lúcia R. Franco; Carlos A. L. Salum. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

WASSERSTROM, RICHARD A. **The judicial decision**: toward a theory of legal justification. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WELLMAN, Vincent A. **Authority of law**. In: PATTERSON, Dennis. A companion to philosophy of law and legal theory. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. p.561.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, [s. l.], **Logique et Analyse**, n. 14, 1971.

ZANETI JR., Hermes. O paradoxo de Humberto Ávila: o elogio da interpretação e a interpretação cética, moderada e responsável. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ADAMY, Pedro. **Direito, razão e argumento**: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2021. p.137.

\_\_\_\_\_. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

ZELDITCH, Morris. Process of legitimation: recent developments and new directions. **Social Psychology Quarterly**, v. 64, n. 1, [s. l.], mar. 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do método jurídico**. Trad. António Franco e António Francisco de Souza. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)