

## 2. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo código de processo civil

---

### The substantial justification of judicial decisions as a result of the new brazilian civil procedure code

(Autores)

**ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA**

*Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. Advogado. alexprocesso@gmail.com*

**FLÁVIO QUINAUD PEDRON**

*Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto na PUC-Minas e no IBMEC (MG) de Direito Processual Civil. Advogado. flaviopedron@tcpadvogados.adv.br.*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Dos fundamentos para uma decisão correta
- 3 Fundamentação vinculada ao caso num sistema principiológico
- 4 A fundamentação no NCPC
- 5 Considerações finais
- 6 Referências bibliográficas

**Área do Direito:** Constitucional

#### Resumo:

O presente artigo tem por objetivo discutir uma compreensão constitucionalmente e democraticamente adequada do dever (constitucional/legal) de fundamentação dos provimentos jurisdicionais trazida pelo NCPC. Adotando a perspectiva do modelo constitucional de processo, identifica-se que o dever de fundamentação pelos órgãos jurisdicionais está ligado a uma leitura procedimental do princípio do contraditório (como participação dos sujeitos processuais) em substituição a leituras já ultrapassadas princípio como paridade de armas ou bilateralidade de audiência. Além do mais, as exigências normativas, trazidas com o Estado Democrático de Direito, impõem ao Judiciário a superação da discricionariedade judicial, bem como a possibilidade do julgador decidir com base em elementos solitários (como sua consciência).

#### Abstract:

This article aims to discuss an understanding constitutionally and democratically appropriate of the obligation

(constitutional/legal) justification of jurisdictional provisioned from the NCPC. Adopting the perspective of constitutional design process, it's possible to see that the obligation to give reasons that the courts have is connected to a procedural reading of the contradictory principle (as co-participation of process subjects) in replacement of outdated readings about that principle as parity weapons or bilateral hearing. Moreover, normative requirements, brought to the constitutional state, impose to the judiciary to overcome the judicial discretion, and the possibility of the judge decide based on lonely elements (such as your consciousness)

**Palavra Chave:** Fundamentação - NCPC - Princípios processuais - Contraditório.

**Keywords:** Justification - NCPC - Procedural principles - Contradictory.

## 1. Introdução

Tratar sobre a fundamentação das decisões judiciais de forma que as mesmas sejam "substanciais" é um grande desafio para os que lidarão com o Direito nos próximos anos. Há todo um arcabouço doutrinário e jurisprudencial a ser (re)adequado em face das grandes expectativas colocadas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC) no tocante à matéria. Passamos muitos anos, no Brasil, reformando as leis processuais em sentido oposto (em boa parte das vezes) ao que o art. 489<sup>1</sup> estabelece; isso porque, diante do grave problema da morosidade do Judiciário, a tônica das reformas dos anos 1990 e 2000 foi, em regra, a da aceleração dos procedimentos e da massificação das decisões, muitas vezes ao sacrifício das exigências dos princípios processuais constitucionais (notadamente o contraditório<sup>2</sup> e a isonomia).

Duas das grandes contribuições que o NCPC traz certamente são, primeiramente, sua preocupação com uma base constitucional sólida, colocando a norma processual brasileira inserida no modelo constitucional de processo, que já vem estabelecido na Europa após o final da 2.ª Guerra,<sup>3</sup> mas que entre nós apenas alça tal condição com a Constituição de 1988.<sup>4</sup>

A segunda, decorrente da primeira, está em que, uma vez *constitucionalizada* a norma processual, há uma grande preocupação no NCPC com os princípios, de modo que o Código se vale de um conjunto principiológico forte,<sup>5</sup> isto é, os princípios, concentrados fundamentalmente nos 15 primeiros artigos (apesar de também os encontrarmos presentes ao longo da norma) funcionam não mais como os antigos "princípios gerais do direito" da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB), mas são verdadeiras normas e, como tal, de observância obrigatória em toda a aplicação do processo civil brasileiro.<sup>6</sup>

Se antes tal obrigatoriedade já era verdade, decorrendo da Constituição, agora isso fica mais claro e mais denso com disposições específicas para o processo civil pátrio. Nesse sentido muito feliz a forma como foram colocados no NCPC: logo na abertura do Código, na Parte Geral, o Capítulo I (do Título Único, do Livro I) dispõe que as normas ali constantes formam "[as] normas fundamentais do processo civil": são normas (e não apenas mecanismos de colmatção de lacunas) e são fundamentais - ou seja, qualquer aplicação do restante deve ser erigida sobre essa base, sob pena de tal edifício estar fora do que passa a ser, agora sem qualquer dúvida, a base do processo.

Entre tais normas estão algumas que nos interessam muito de perto para falarmos sobre fundamentação das decisões. Ora, se o que nos interessa aqui é falarmos sobre as novidades trazidas no NCPC acerca do modo como juízes e Tribunais têm de fundamentar suas decisões - e tomando-se que uma "fundamentação substancial" é a busca por uma *decisão correta*<sup>7</sup> -, temos, então, de primeiramente buscar os fundamentos para a melhor compreensão do nosso objeto principal que é o art. 489. Trataremos, então (tópicos 2 e 3) acerca destes fundamentos para depois (tópico 4) falarmos sobre a fundamentação substancial das decisões judiciais.

## 2. Dos fundamentos para uma decisão correta

Entre os artigos postos no início do Código, podemos selecionar três diretamente relacionados à questão da fundamentação das decisões.

Os arts. 9.º e 10,<sup>8</sup> como regra geral, proíbem o juiz de proferir decisão sem que antes seja dada oportunidade de manifestação das partes,<sup>9</sup> mesmo quando o magistrado esteja legalmente autorizado a decidir *ex officio* (art. 10), ou, nos termos do art. 9.º, quando aquele for decidir contra uma das partes, deve primeiro ouvir a mesma.

Os dois dispositivos são complementares e se aplicam tanto para decisões definitivas quanto interlocutórias, em qualquer grau de jurisdição e tipo de procedimento e mesmo nos casos em que norma de ordem pública autorize o juiz a se manifestar a despeito da inércia da outra parte. Por exemplo, no caso de extinção sem resolução do mérito (art. 485 do NCPC), o juiz deve "conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício" (art. 317 do NCPC), o que nada mais é que decorrência do princípio do art. 9.º. Ou no caso de juntada de documento aos autos, mesmo sendo matéria de ordem pública, não pode se seguir decisão sem que antes seja dada oportunidade de conhecimento e manifestação das partes, como recentemente decidiu o TJMG:

"Ademais, ainda que se trate de matéria de ordem pública, veda-se seu conhecimento de ofício, sem qualquer prévio debate entre as partes acerca do tema, sob pena de violação do princípio do contraditório. Nesse sentido é o ensinamento doutrinário: '(...) o contraditório constitui verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes'. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 83)".<sup>10</sup>

Tais previsões não são novidade noutros ordenamentos, como o que ocorre na França (art. <sup>RTD</sup>16 do <sup>RTD</sup>CPC), em Portugal (art. 3.º, 3, do NCPC) e na Itália (art. <sup>RTD</sup>101 do <sup>RTD</sup>CPC) e, de fato, tardaram a chegar a nós, pois que são decorrência do princípio constitucional do respeito ao contraditório (como a *vedação da surpresa*), como falaremos adiante.

Ora, como se pode falar em correta fundamentação de uma sentença/acórdão se o órgão não ouviu ambas as partes?<sup>11</sup>

No Código de Processo Civil de 1973 não havia disposição nesse sentido; juízes e Tribunais sempre puderam, por exemplo, extinguir processos por "nulidades absolutas" que eles, e apenas eles até então, haviam percebido e a parte era então surpreendida com uma decisão desfavorável. Em sentido contrário ao contraditório, mas também à economia processual, relegava-se à parte a única alternativa de ter de recorrer, levando o caso para outro grau de jurisdição por vezes desnecessariamente, haja vista que, caso tivesse sido previamente consultada, poderia ou sanar o vício ou mostrar ao órgão julgador o equívoco de percepção a que este estaria a incorrer. O juiz/Tribunal não pode, percebendo haver uma nulidade absoluta, decidir contra a parte sem antes ouvi-la, bem como, caso encontre alguma "razão de decidir" que não foi tratada por nenhuma das partes, deve primeiro "participá-las" daquele fundamento para que, após sua manifestação, ele possa perceber se aquilo faz sentido ou não.

Mais especificamente, o art. 10 traduz na lei processual uma concepção substantiva de *contraditório* decorrente da Constituição, mas que somente agora vem traduzida em uma norma infraconstitucional. Desde o momento em que a Constituição, no marco do Estado Democrático de Direito,<sup>12</sup> prescreve como direito fundamental o contraditório e a ampla defesa "com os meios e recursos a ela inerentes" (art. <sup>RTD</sup>5.º, LV, da <sup>RTD</sup>CF/1988), não deveria haver dúvida sobre a necessidade do Judiciário apenas proferir decisões após ouvir as partes; aliás, mesmo a ideia de "matéria apreciável de ofício" ainda constante no NCPC deve ser repensada para apenas significar questões de ordem pública que a lei permite sejam arguidas pelo órgão julgador, mas para debate com as partes e posterior decisão - e está levando em consideração a impressão inicial do magistrado e o resultado das manifestações das partes - ou não, caso, a partir destas manifestações, ele reveja sua impressão inicial.

Claro já deveria estar, desde pelo menos 1988, que nos "meios e recursos inerentes" ao contraditório estão não apenas "dizer e contradizer" e "provar e contraprovar", mas, também e fundamentalmente, as garantias de não surpresa e de influência, da bilateralidade da audiência e da simétrica paridade de armas<sup>13</sup> (esta última agora positivada no art. 7.º do NCPC),<sup>14</sup> o que leva a filiação do NCPC com o princípio da participação<sup>15</sup> entre juiz e partes (e seus advogados).<sup>16</sup>

Uma sentença apenas estará adequadamente fundamentada se partir de tais supostos e qualquer interpretação reducionista do contraditório que lhe retire a amplitude e centralidade que o mesmo tem de ter violada a

Constituição.

"Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório".<sup>17</sup>

O art. 11,<sup>18</sup> por sua vez, reproduz o que já diz o inc. IX, do art. [93](#), da [CF/1988](#) exige que "todos os julgamentos sejam públicos e fundamentadas todas as decisões". Há que se compreender a fundamentação a partir da ideia de contraditório, isto é, não se trata de mera "motivação"<sup>19</sup> da decisão na qual o magistrado apenas registra o que *o moveu* a decidir, mas que esta seja o resultado direto do enfrentamento pelo magistrado de todas as razões, teses e provas trazidas por ambas as partes, como falaremos ao tratarmos especificamente do art. 489. Por ora é importante destacar que a doutrina tradicional sempre considerou que a sentença não fundamentada (ou mal fundamentada, o que é o mesmo que a ausência de fundamentação) é absolutamente nula, enquanto se lhe falta dispositivo é ato juridicamente inexistente.<sup>20</sup>

Sem embargo, dada a sistemática do NCPC, é hora de pensarmos se, na verdade, se pode considerar como existente no mundo do direito um ato no qual lhe falta um dado essencial para que se configure como ato jurídico. Uma sentença sem fundamentação carece de existência da mesma forma que seria se lhe faltasse o dispositivo.

### 3. Fundamentação vinculada ao caso num sistema principiológico

Para que possamos compreender a ligação entre os princípios acima expostos e o disposto no art. 489 (abaixo), é preciso termos claro o atual paradigma de compreensão do Direito no qual nos encontramos e que o NCPC busca refletir. Primeiramente, na atual quadra, como já adiantado, princípios deixaram de ser meios de solução de lacunas e passaram a ser reconhecidos como normas jurídicas. Presume-se, por vezes, erroneamente, que os profissionais já saibam lidar com essa "concepção principiológica do direito",<sup>21</sup> mas se tem percebido que isso não é correto.

Há muita confusão no uso de princípios em direito em geral - e particularmente no dia a dia de advogados, juizes, promotores, estudantes e demais aplicadores do direito.<sup>22</sup> Houve uma época em que o Judiciário deixaria de julgar certas questões sob o argumento de que as mesmas tratavam de questões políticas ou ainda de "matérias *interna corporis*".

Nessa época reinava uma concepção fechada do direito como sistema exclusivo de regras - se isso ainda está presente em extratos inferiores do Judiciário, o STF já algum tempo mudou de orientação. Essa mudança foi lenta, mas decisiva. Com a consolidação do novo paradigma constitucional - em razão da Constituição de 1988 -, o STF abraça, para parte de suas decisões, novos horizontes de compreensão do direito e da Constituição, passando a compreendê-los como um sistema de (regras e) princípios.<sup>23</sup> A descoberta da força normativa dos princípios jurídicos é uma das principais transformações que o Direito contemporâneo irá receber.

Trata-se de uma mudança paradigmática profunda. Desde Gadamer, sabemos que nenhum texto (norma, súmula, precedente) pode regular a sua própria aplicação, já que, aplicação, compreensão e interpretação são momentos co-originários;<sup>24</sup> assim, esse texto apenas pode fazer sentido imerso na aplicação.<sup>25</sup>

Outrossim, se estamos construindo um sistema de precedentes<sup>26</sup> devemos ter clara, mais do que nunca, a necessidade de que tal conjunto seja coerente, que tenha integridade.<sup>27</sup> Um ordenamento que se justifica a partir de princípios depende de uma interpretação construtiva, logo, qualquer "decisión que verse sobre princípios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester por tanto, de una justificación externa".<sup>28</sup> Do que se concluir que a compreensão do caráter construtivo da interpretação/aplicação do Direito (que Dworkin chama de "romance em cadeia")<sup>29</sup> é uma necessidade para todo profissional do Direito nos dias

atuais.

É preciso compreender que, trabalhando com princípios, torna-se cada vez mais comum a situação na qual são apresentados ao magistrado vários princípios igualmente válidos e *prima facie* aplicáveis ao caso, e ele deve *optar* (racionalmente) por aquele que é o adequado.<sup>30</sup> Ele apenas poderá fazer isso com o auxílio das partes na reconstrução das particularidades do caso.<sup>31</sup>

Dessa forma, a questão da fundamentação das decisões judiciais remete-nos ao problema de como conciliar o fato de que o Direito estabiliza expectativas de comportamento (facticidade), mas a autonomia pública reclama que o processo de produção daquelas normas seja efetuado de forma legítima (validade).<sup>32</sup> A decisão judicial não pode ser produto de pura decisão, mas deve reclamar para si a pretensão de correção. Já que o Direito pretende legitimidade, não basta o *factum* da decisão judicial, é necessário que esta seja consistente, isto é, conforme o Direito Positivo (justificação interna) e racionalmente aceitável, isto é, fundamentada (justificação externa). É a dimensão pragmática (livre jogo e intercâmbio dos argumentos) que proporcionará os elementos para uma decisão correta.<sup>33</sup>

Percebemos, então, que as normas processuais agora, mais do que nunca, assumem um lugar central, pois que devem criar um ambiente que possibilite o contraditório.<sup>34</sup> A resposta judicial "correta" não se relaciona diretamente com o conteúdo da decisão, mas com a observância da regularidade procedimental que levou à mesma:

"O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados".<sup>35</sup>

A partir de uma teoria constitucionalmente adequada da aplicação do Direito que tome as normas procedimentais não como mera forma, mas como condição para o desenvolvimento dos argumentos em simétrica paridade, cria-se o ambiente para a produção de uma decisão judicial correta e consistente.

Essa compreensão principiológica do Direito tem reflexos profundos sobre o Judiciário e a forma como o mesmo decide. Há muito já não é mais possível se sustentar o dogma da subsunção, supondo-se que a solução de um caso adviria da contraposição entre fatos e norma. Ao mesmo tempo e pelas mesmas razões, não é cabível a defesa de uma nova forma de subsunção: dos fatos a uma Súmula/precedente (abstratamente considerados, isto é, descolados dos casos que lhes deram origem).<sup>36</sup>

Um dos pontos sobre os quais o NCPC e, particularmente, o art. 489, vai insistir é que o juiz tem de decidir com base nos argumentos/teses trazidos pelas partes (enfrentando-os todos) e, pois, a partir das particularidades do caso concreto, uma vez que a aplicação de qualquer norma/precedente/súmula depende daquele (como será exposto abaixo).

#### 4. A fundamentação no NCPC

Apesar da importância que, por todo o já exposto, poderia ter a fundamentação das decisões pós-1988, nossos Tribunais e a maioria da doutrina ainda insistiam em manter os velhos cânones segundo os quais, mesmo sendo um princípio constitucional (o citado inc. IX do art. 93), o juiz/Tribunal não era obrigado a enfrentar todas as questões postas pelas partes caso tomasse uma (algumas) que pudessem fundamentar a decisão por completo.

Tal questão, apesar de já sedimentada no STF/STJ, possuía alguns poucos entendimentos em contrário, razão pela qual o STF reconheceu "repercussão geral" à questão e definiu que as exigências constitucionais de contraditório e ampla defesa, bem como da fundamentação das decisões, não eram suficientes para se superar o entendimento majoritário:

"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (art.  544, §§ 3.º e 4.º, do 

CPC). 2. Alegação de ofensa aos incs. XXXV e LX do art. 5.º e ao inc. IX do art. 93 da CF/1988. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral".<sup>37</sup>

O próprio STF, no entanto, possui algumas decisões em sentido contrário. Citaremos uma também relatada pelo Min. Gilmar Mendes dois anos antes da acima citada, mas em sentido oposto. No RE 434.059<sup>38</sup> o Ministro, após exposição do caso, inicia seu voto afirmando que "há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo". Então, após citar alguns autores brasileiros clássicos, parte para a doutrina alemã, da qual vêm alguns dos cânones sobre o contraditório acima expostos:

"Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) (...), assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (...). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: I - direito de informação (...); II - direito de manifestação (...), possibilidade de manifestar-se (...) sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (...); III - direito de ver seus argumentos considerados (...), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (...) para contemplar as razões apresentadas (...). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (sublinhado no original)".<sup>39</sup>

Dessa forma, apesar da brilhante decisão acima, o entendimento do STF, sobre o qual há, inclusive, repercussão geral, é no outro sentido, acompanhado pelo STJ e TST.<sup>40</sup>

Em boa hora, então, vem o NCPC impor toda uma reformulação da jurisprudência assentada sobre o tema. O art. 489, *caput* e incisos, não traz novidades em face do Código de Processo Civil de 1973 (tratam dos elementos das sentenças: relatório, fundamentação e dispositivo). No entanto, é nos parágrafos que se encontram mudanças radicais que, como dito no início, devem ser lidas a partir dos princípios processuais constitucionais colocados no início do NCPC.

O § 1.º estipula, *contrario sensu*, os requisitos para se considerar fundamentada uma decisão judicial. O que fica evidente aqui é que, se o juiz/Tribunal considerar a sério o contraditório (como exposto acima), sua decisão facilmente não incorrerá em nenhum dos problemas elencados, pois que a maior parte dos mesmos se refere justamente à violação do dever de consideração das teses trazidas pelas partes (seja para assentir ou não). O que o § 1.º faz é tentar colocar por terra assertivas quanto ao "livre convencimento" e, particularmente, que o magistrado não é obrigado a responder a todos os argumentos deduzidos pela parte. Sobre essa última já tratamos, sobre a primeira, vale dizer que, no atual paradigma de Estado Democrático de Direito, já não faz mais sentido a ideia de "livre convencimento motivado", que poderia levar à consequência perigosa do órgão julgador decidir "conforme a sua consciência".<sup>41</sup>

Os incs. I a III se referem justamente àquela "decisão que não decide o caso", mas que, tomando-o apenas como um "tema", despe-o de suas particularidades (das nuances do evento traduzidas em provas e alegações), e a partir dele cria uma tese genérica.<sup>42</sup>

O inc. I trata das decisões que apenas "indicam, reproduzem ou parafraseiam" normas, mas não mostram como a lei, geral e abstrata, se aplica ao caso específico. Visa combater a prática viciada trazida com o positivismo jurídico de que a norma prescinde de interpretação (ou *in claris cessat interpretatio*).

O inc. II trata de uma realidade recorrente nos dias de hoje que é a presença dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados" - muito presentes no Código Civil de 2002, como dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, a função social do contrato, a função social da propriedade<sup>43</sup> - e que, se não forem utilizados de forma

constitucionalmente correta, podem representar uma autorização em branco para que o órgão julgador possa decidir "qualquer coisa" a partir de argumentos (*não ditos*) de religião, moral, preconceitos etc., e tentar blindar sua decisão com a invocação de um conceito genérico que poderia servir, em tese, para outros dispositivos, quando não, para dispositivos justamente em sentido contrário. Por isso que a sentença/acórdão tem de estar em ligação direta nas especificidades do caso.

O inc. III fala de forma mais geral do que já foi tratado nos dois anteriores, já que invocar "motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão" pode ser feito por meio da indicação genérica de norma ou de conceitos jurídicos indeterminados (ou da indicação genérica de súmula e precedente, de que trataremos adiante). Mas o NCPC quer insistir na exigência de que *casos concretos sejam decididos com base em decisões e fundamentos concretos*. Ora, se as partes gastam tempo e recursos próprios e do Judiciário para expor suas razões e fazer suas provas, uma decisão cujos fundamentos sejam apenas a reprodução automática de outras tantas - ou que poderia ser reproduzida às centenas -, de fato, não se está provendo jurisdição, mas apenas dando uma falsa impressão de acesso à justiça. No Estado Democrático de Direito, o acesso à jurisdição tem de ser *qualitativo* e não apenas formal.<sup>44</sup>

O inc. IV retoma o que já falávamos acima a respeito do art. 9.º e, principalmente, do art. 10, isto é, não se considera fundamentada a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo". Como já dissemos, isso representa um grande giro na forma como os Tribunais lidam com a questão. Perceba-se, no entanto, que a parte final do inciso poderia abrir uma porta para que o órgão julgador não tenha, de fato, de responder a todas as teses, uma vez que ali consta: "Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo *capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*". Alguém poderia dizer que não enfrentou determinado argumento da parte porque este não teria o condão de contrariar a conclusão a que afinal se chegou. Contudo, como também já defendido aqui, este dispositivo tem de ser lido a partir do conjunto normativo-principlológico do Código, razão pela qual o magistrado, se entender ser o caso, deverá também mostrar que sua compreensão resiste a qualquer outro argumento constante dos autos. A não ser assim, então todas essas disposições aqui comentadas restariam sem sentido. Nesse sentido Misabel Derzi e Thomas Bustamente:

"O inciso IV (...) evoca um discurso de aplicação sobre o precedente judicial, fazendo com que os juízes, necessariamente, tenham de tomar em conta todas as circunstâncias específicas do caso concreto, e todas as razões dadas pelas partes para a interpretação ou reinterpretação do precedente, bem como seu ajustamento a novos dados empíricos e normativos que eventualmente não tenham sido considerados anteriormente".<sup>45</sup>

Os incs. V e VI se complementam: ambos tratam da nova tendência brasileira de valorização de súmulas e precedentes,<sup>46</sup> inclusive porque o NCPC contém um Capítulo apenas para tratar dos "Precedentes" (arts. 520-522). No art. 489, um inciso (V) fala sobre a menção genérica e abstrata de súmulas e precedentes e o outro (VI) justamente da falta de uso dos mesmos (quando houver e forem adequados ao caso), a despeito da iniciativa da parte em apontá-lo. No primeiro caso, a hipótese se assemelha à do inc. I a respeito do uso também abstrato de normas, é dizer, tanto num caso como noutro, o que se tem são juízes/Tribunais que não enfrentam o caso, mas apenas subtraem do mesmo o seu "tema" e buscam em normas, precedentes e/ou súmulas alguma menção à mesma temática, para, então, "decidirem" a causa.<sup>47</sup> No segundo caso, temos uma hipótese específica de erro do magistrado em decidir sem considerar todos os argumentos trazidos pela parte (como já mencionado a respeito do inc. IV): o não uso de precedente/súmula que haviam sido levantados pela parte.

A respeito de ambos (incs. V e VI), há que se observar o seguinte: a decisão pelo uso ou não de súmulas e precedentes é uma tarefa complexa e, mais uma vez, é dependente do caso que se está a julgar. Da mesma forma que uma norma pode ou não ser adequada à solução de um caso (supra), uma súmula ou precedente apenas será/não tomando-se todas as características relevantes constantes dos autos. Súmulas e precedentes, da mesma forma que normas, não são "trunfos" de que o magistrado possa se valer para não ter o trabalho de fundamentar adequadamente.

Ao contrário, no caso destes últimos, a questão é ainda mais complexa, pois se as normas são gerais e abstratas, precedentes e súmulas não são. Eles são decorrentes diretos - e só fazem sentido assim - dos casos que lhes deram origem.<sup>48</sup> Não é constitucionalmente adequado (seja aqui no Brasil, seja em qualquer país de *common law* que se vale de precedentes)<sup>49</sup> querer aplicá-los sem buscar-lhes o sentido nos casos originais.<sup>50</sup>

Ao mesmo tempo, uma vez que há indicação da parte a respeito de precedente/súmula que poderia ser *prima facie* aplicável, tem o órgão julgador o ônus de mostrar, se entende que o mesmo não é adequado ao caso, que há especificidades (fazendo, então, um *distinguishing*) ou que o precedente/súmula estão superados (*overruling*), o que impede seu uso.<sup>51</sup>

Dados, então, os exigentes parâmetros do § 1.º, continuamos. O § 2.º trata da aplicação da *regra da proporcionalidade*,<sup>52</sup> agora positivado em nosso ordenamento, mas que já vem avançando nos Tribunais há mais de uma década.

Concordamos com Virgílio Afonso da Silva de que mesmo tendo se popularizada a expressão "princípio da proporcionalidade" no Brasil, é equivocada tal nomenclatura e não pode ser compatível com a lógica da teoria de Robert Alexy ou mesmo da doutrina alemã. Falar em um "*princípio*" da proporcionalidade como metodologia de controle da racionalidade na aplicação de princípios (seja selecionando o princípio de maior peso, seja aplicando parcialmente dois princípios), acabaria por admitir que a própria lógica de aplicação *não* fosse seguida de modo rigoroso, já que por ser também um princípio, poderia ser gradualmente aplicada. Contudo, se isso acontecesse, teríamos a total perda de suposta racionalidade que o próprio método deveria garantir, tornando-o simplesmente imprestável.

Outro ponto também merece uma advertência. No Brasil fala-se por vezes da *proporcionalidade* (surgido na Europa) como sinônimo da *razoabilidade* (desenvolvido a partir da doutrina do *substantive due process* americano). Assim, Slerca mostra a origem diversa e os possíveis pontos de contato.<sup>53</sup> Contudo, concordamos com Afonso da Silva de que há uma confusão fundamental na doutrina constitucional brasileira, muito motivada por uma total preocupação com o rigor terminológico e com a origem histórica dos mesmos conceitos.<sup>54</sup>

A controvérsia pode ser percebida ainda pela forma multifacetária como a proporcionalidade é conceituada, pois, como afirma Luis Roberto Barroso:

"Se diluiu em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia [Bielsa]; o que não seja arbitrário ou caprichoso [como em *Nebbia vs. New York*]; o que corresponda ao senso comum [Linares Quintana], aos valores vigentes em dado momento ou lugar [Pound]. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade [Bidart Campos]" (grifos nossos).<sup>55</sup>

Na jurisprudência, por seu turno, pode-se afirmar a existência de uma tendência cada vez mais firme no sentido da aplicação da regra da proporcionalidade, a partir de uma compreensão axiologizante da Constituição. Segundo Gilmar Mendes,<sup>56</sup> a regra da proporcionalidade pode ser encontrada na história jurisprudencial do STF. O precedente mais antigo seria o voto do Min. Ozimbo Nonato no RE 18.331, julgado em 1953:

"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que se estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado".<sup>57</sup>

Contudo, é preciso notar que, além de algumas (poucas) decisões isoladas, os principais antecedentes da regra da proporcionalidade (e da ponderação de valores) na jurisprudência do STF estão centralizados em votos do Min. Moreira Alves (vejam-se as Representações de Inconstitucionalidade 1054 e 1077<sup>58</sup>).

O pressuposto do citado parágrafo é uma doutrina que vem, pois, ganhando espaço no Brasil já há alguns anos. Parte da premissa segundo a qual princípios jurídicos entram em conflito real devendo o órgão julgador, diante de um caso concreto, se valer de *técnicas* que lhe auxiliem a otimizar o uso de um princípio e minimizar/afastar o outro. O conflito entre princípios, segundo tal teoria, equivaleria a um conflito entre *valores*:

"Por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser formulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido".<sup>59</sup>

Segundo Alexy, pelo fato de Constituições modernas como a da Alemanha e a do Brasil possuírem um grande elenco de "direitos fundamentais", estes "direitos" estão invariavelmente em colisão. O que fazer quando isso ocorre? Para responder, Alexy procura diferenciar entre normas que são princípios e aquelas outras que seriam regras.

"[L]os principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (...). En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas".<sup>60</sup>

Assim, enquanto os princípios são "mandados de otimização", cuja aplicação se faz em *graus*, em função até de razões extrajurídicas (econômicas, por exemplo), as regras, ao contrário, sempre têm de ser cumpridas (sua aplicação é feita à base do "tudo ou nada").

Havendo conflito entre duas regras, a solução da contrariedade será feita pelos tradicionais meios de solução das antinomias: *regra superior derroga inferior, regra posterior derroga a anterior e regra especial derroga a geral*. Mas no caso dos princípios a situação é diferente. Como mandados de otimização, é justamente *a medida do possível no caso concreto* que vai determinar o juízo de ponderação para resolver os conflitos. O fato de dois princípios estarem em contradição não exclui qualquer deles: o ordenamento permanece íntegro, ao contrário da contrariedade entre as regras, que provoca antinomias dentro do mesmo, necessitando de uma solução segundo a qual apenas uma delas pode ser válida.<sup>61</sup>

Para tentar solucionar a colisão entre princípios, ele institui como um dos critérios o estabelecimento de estruturas de ponderação em casos concretos, segundo as quais os princípios devem ser *pesados* sob condições de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Esta "lei da ponderação" diz respeito justamente ao princípio da proporcionalidade. Para fugir da situação em que a escolha de um princípio em lugar de outro igualmente válido ficaria ao arbítrio do aplicador do Direito (já que não há preferibilidade entre eles), isto é, para que se possa produzir uma decisão judicial racionalmente fundamentada, defende-se a necessidade da valoração entre os princípios:

"La cuestión es, dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones".<sup>62</sup>

Como em um caso de colisão entre princípios nenhum deles possui uma "prioridade" sobre o outro, ter-se-á de avaliar qual deles possui maior peso.<sup>63</sup> Tendo em vista as especificidades do caso estabelece-se uma "relação de precedência condicionada" que forma uma regra (lei de colisão): ocorrendo a "condição", saber-se-á a qual dos princípios possui precedência - a condição "es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma".<sup>64</sup> As decisões de ponderação se referem ao caso concreto; a lei de colisão (que está na base da decisão de ponderação) formula uma regra geral.<sup>65</sup>

Um exemplo interessante foi o debate havido, nos anos 1990, sobre o que fazer quando, em uma ação de investigação de paternidade, o réu (suposto pai), se recusava a fazer exame de DNA. Para alguns julgados, poderia o juiz impor ao réu o dever de realizar o exame. Argumentava-se que haveria um confronto entre direitos fundamentais: de um lado o direito à filiação, de outro os direitos à integridade física e à intimidade (além do direito de não fazer prova contra si mesmo). Logo, com base numa ponderação e aplicação de condições de prioridade (absolutas), que aquele primeiro direito deveria sempre e necessariamente prevalecer sobre os últimos, afinal, "a lesão ao direito de filiação é total e permanente (...), enquanto a lesão ao direito de liberdade para constranger o suposto pai à coleta de material é mínima e momentânea".<sup>66</sup> No entanto, na

mesma época, o Min. Sepúlveda Pertence, também com base na proporcionalidade, defendia justamente o oposto, isto é, que deveria prevalecer o direito do pai de se recusar ao exame.<sup>67</sup>

Assim, dado o *background* pelo qual tal dispositivo veio a ser colocado no NCPC, vale dizer, por último, que o que o § 2.º exige, mais uma vez, é que a fundamentação seja específica, isto é, que fique claro na decisão como, em que parâmetros, sob quais critérios etc. o magistrado "preferiu" um princípio a outro - claro, sempre pressupondo que tal "preferência" apenas será válida se for uma resposta às teses e argumentos trazidos pelas partes e às especificidades do caso, nos termos do parágrafo anterior.

Por fim, o § 3.º chama a atenção daquele a quem a decisão se destina e dos que tomarem a mesma para uso em futuros casos, que uma decisão judicial é um todo formado por relatório, fundamentos e dispositivo, nos quais se encontram tanto *ratio decidendi* quanto *obiter dictum*. É dizer, partindo-se da exigência legal de boa-fé (boa-fé objetiva, mencionada no art. 5.º, nas disposições principiológicas do NCPC), não se pode tomar parte de uma decisão para, por exemplo, pretender o cumprimento forçado, sendo que o cumprimento da mesma ainda está pendente de condição.

Da mesma forma, incorre em má-fé aquele que toma parte lateral de uma decisão, um *obiter dictum* como precedente para fundamentar pretensão em uma nova ação, mas se esquece de mostrar que a *ratio decidendi* que fundamentou o decidido se refere a outra matéria.

## 5. Considerações finais

Ao longo do texto procuramos mostrar o grande avanço trazido pelo NCPC quanto à necessidade de uma fundamentação substancial às decisões judiciais, cumprindo (ou ampliando) o comando constitucional contido no art. 93, IX. Não apenas isso, mas o NCPC também inova ao dispor um Capítulo apenas para tratar dos princípios que regerão a interpretação/aplicação das normas, o que denota a conformação da legislação processual aos ditames da constitucionalização do Direito ditada pela Constituição de 1988 e por uma compreensão pós-positivista de direito que entende que este não é formado (somente) por regras, mas (também) por princípios.

O NCPC, ao mesmo tempo, coloca grandes desafios para todos os que lidarão com o processo daqui para frente. As altíssimas exigências postas quanto ao contraditório e, em consequência, quanto à fundamentação das decisões, demandam um novo olhar não apenas dos magistrados, mas de todos os sujeitos do processo, uma vez que dependerá de todos (comparticipação) a qualidade e correção dos provimentos.

A ênfase do art. 489 para que o magistrado vincule diretamente as normas, súmulas e precedentes que usar (ou que não usar) às particularidades do caso - e que esse processo de construção da decisão apareça na mesma e não apenas o resultado -, bem como o comando para que o provimento seja o resultado das teses, argumentos e provas trazidos pelas partes, sendo-lhe vedado deixar de conhecer de qualquer daqueles sem justificativa são diretivas novas para a maior parte dos operadores do direito no País e demandarão tempo e trabalho da academia (e dos profissionais) em rever conceitos e paradigmas assentados.

Da mesma forma, algo que já vinha sendo feito sem parâmetros normativos, a "ponderação de princípios", agora encontra limites, sendo tais, mais uma vez, a necessidade de explicitação pelo julgador do processo que o fez "preferir" um a outro princípio, o que também apenas pode ser feito, na dinâmica do NCPC, de forma participativa e "sem surpresas", como, de resto, ele exige para quaisquer tipos de decisão.

## 6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli,

1990.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BAHIA, Alexandre. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*. vol. 847. p. 443-470. São Paulo: Ed. RT, maio 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes et al. (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. *Recursos extraordinários no STF e no STJ - Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. As Súmulas Vinculantes e a Nova escola da exegese. *Revistade Processo*. vol. 206. p. 359-379. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012. \_\_\_\_\_. NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do "marco zero interpretativo". In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN, José L. de Moraes (coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_; SILVA, Diogo Bacha e. Transcendentalização dos precedentes no novo  CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. In: FUX, Luiz et al. (org.). *Novastendências do direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 4. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1996.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice - a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. vol. 1, livro II. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 54. p. 91-118. jan.-jun. 2009. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/235/216].

\_\_\_\_\_. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. vol. 4. n. 7-8. p. 106-117. Belo Horizonte, 1º-2º sem. 2001.

\_\_\_\_\_; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva

democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. (org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto). *Revista de Processo*. vol. 90. p. 95-150. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.

CURI, Ivan Guerios; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional contemporâneo. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*. vol. 85. p. 343-374. 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate - O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no Direito Brasileiro? In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil. À luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*. n. 6. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre. O precedente judicial em paralelo às súmulas vinculantes: pelas (re)introdução da faticidade do mundo jurídico. *Revista de Processo*. vol. 234. p. 275-301. São Paulo: Ed. RT, ago. 2014.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo para o constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do  CPC - Crítica e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MENDES, Aluisio G. de Castro et al. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

NOBRE JR., Edilson P. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*. vol. 105. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.

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

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol. 79. p. 118-144. 2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. "Jurisprudência instável" e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio G. de Castro et al. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 2.

\_\_\_\_; \_\_\_\_; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? *Justificando*. 8. jul. 2015. Disponível em: [<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>]. Acesso em: 13.07.2015.

\_\_\_\_; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça qualitativo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 3.

PEDRON, Flávio Quinaud. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.a Região*. vol. 40. n. 70. p. 35-56. jul.-dez. 2004. Disponível em: [[www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_70\\_I/Flavio\\_Pedron.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_70_I/Flavio_Pedron.pdf)].

\_\_\_\_. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

\_\_\_\_. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_. A teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. *Jus Navigandi*. ano 19. n. 3935. Teresina, 10 abr. 2014. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/27387>]. Acesso em: 13.07.2015.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 3. Milano: Cedam, jul.-set. 1988.

RAMIRES, Mauricio. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Teoria & Direito Público.

\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. ano 91. vol. 798. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lenio L. "Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui". *Consultor Jurídico*. Coluna Senso Incomum. 19.09.2013. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui#\\_ftnref1\\_7676](http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui#_ftnref1_7676)].

\_\_\_\_. O Novo CPC, os precedentes e a decisão jurídica: os ganhos da adoção do integracionismo dworkiniano. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4.

\_\_\_\_. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. 1.

\_\_\_\_; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*. n. 28. p. 177-206. jan.-jun. 2009. Disponível em: [[www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28\\_10.pdf](http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28_10.pdf)]. Acesso em: 15.08.2013.

\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e não surpresa. *Revista de Processo*. vol. 168. p. 107-141. São Paulo: Ed. RT, 2009.

\_\_\_\_; \_\_\_\_; BAHIA Alexandre. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*. vol. 3. p. 381-408. 2011. Disponível em: [A brief

discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law].

\_\_\_\_; \_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Public interest litigation and co-participative judicial enforcement of public policies. *Civil Procedure Review*. vol. 5. p. 20-58. 2014. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com/busca/baixa\_arquivo.php?id=92&embedded=true].

\_\_\_\_; \_\_\_\_; \_\_\_\_; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais - Entre ponderação e subsunção. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: FGV, Elsevier, 2013.

### **Pesquisas do Editorial**

- PRECEDENTES E DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Renê Francisco Hellman - RePro 241/2015/413
- A RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO NOVO CPC: VARIAÇÕES SOBRE O TEMA , de José Henrique Mouta Araújo - RePro 251/2016/207
- PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO, CONTRADITÓRIO E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL , de Gustavo Henrique Schneider Nunes - RePro 252/2016/15