UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

FRANCISCO ALYSSON COSTA GOMES

O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRATIZANTE FORMADORA DA DECISÃO JURISDICIONAL EM FACE DO NOVO CPC

Teresina-PI
2021

FRANCISCO ALYSSON COSTA GOMES

O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRATIZANTE FORMADORA DA DECISÃO JURISDICIONAL EM FACE DO NOVO CPC

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, área de concentração Direito, Democracia e Mudanças Institucionais, e linha de pesquisa Mudanças Institucionais na Ordem Privada, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Joseli Lima Magalhães.

Teresina-PI

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

G633p Gomes, Francisco Alysson Costa.
O processo como instituição democratizante formadora da decisão jurisdicional em face do novo CPC / Francisco Alysson Costa Gomes. -- 2021.
97 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em Direito, Teresina, 2021.
"Orientador: Professor Doutor Joseli Lima Magalhães."

1. Código de Processo Civil (2015) - Brasil. 2. Democracia. 3. Instrumentalismo. 4. Devido processo constitucional. 5. Teoria Neoinstitucionalista do Processo. I. Magalhães, Joseli Lima. II. Título.

CDD 347.810 5

Bibliotecária: Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB3/1282

FRANCISCO ALYSSON COSTA GOMES

O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRATIZANTE FORMADORA DA DECISÃO JURISDICIONAL EM FACE DO NOVO CPC

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Direito, Democracia e Mudanças Institucionais
Linha de pesquisa: Mudanças Institucionais na Ordem Privada.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães
PPGD/UFPI
Presidente

_____

Prof. Dr. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima
PPGD/UFPI
Examinador Interno

_____

Prof. Dr. Dante Ponte de Brito
PPGD/UFPI
Examinador Interno

_____

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal
PUC-MINAS
Examinador externo

Ao Senhor criador de todas as coisas, que todos os dias me olha com misericórdia, aos meus pais, verdadeiros anjos da guarda encarnados, à minha amada Renata sinal inconfundível do amor de Deus por mim, e aos nossos filhos Joaquim, Vicente, Matias, Adália, Liana e Teresa, tesouros preciosos, sinais da fé de Deus em nós.

AGRADECIMENTOS

O Mestrado em Direito foi o maior desafio que enfrentei nos últimos anos. Nem mesmo meus seis filhos me deram tanto trabalho. Por sorte sempre estive amparado pelo Deus altíssimo, que em sua infinita misericórdia colocou nessa trincheira pessoas que me ajudaram.

Agradeço, portanto, primeiramente a Jesus Cristo que por nós se deu na cruz do Calvário, e que me deu forças e a ajuda necessárias para o desafio a que me propus, e que, não poderia voltar atrás.

Aos colegas de maneira geral, que certamente, mesmo na ausência do ambiente acadêmico, contribuíram com o debate e alargamento das ideias, e não muito raro com dicas preciosas. Entre eles importa fazer um agradecimento especial à colega Sabrina Gislana, sempre disposta a ajudar, e ao colega Gabriel Pierot, que me ligou em um momento crítico do Mestrado, dando-me um novo ânimo.

Agradeço a todos os eminentes professores do PPGD pela dedicação e compromisso na formação de futuros novos Mestres em Direito, aos professores Drs. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima e Dante Ponte de Brito pelas instruções que foram dadas na qualificação, ao Prof. Dr. Samuel Pontes do Nascimento sempre disposto a colaborar, tendo-me emprestado vários livros, e de maneira especial, agradeço ao meu professor orientador Dr. Joseli Magalhães que com muita generosidade e paciência me conduziu a este momento.

No direito democrático, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia. Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar.

Rosemiro Pereira Leal

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, desta forma, a tomada de decisões por parte do Estado, inclusive as decisões judiciais, devem ser produto do devido processo constitucional, o qual, por sua natureza, é democrático. O desenvolvimento do direito processual a partir de Bülow no século XIX, até o conceito de processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) demonstrou um avanço no direito processual que, com constitucionalização de direitos fundamentais, exige um processo que produza uma decisão que rigorosamente observe tais direitos. O novo CPC, contudo, ainda é fortemente guiado pelo instrumentalismo processual (oriundo de Bülow), incompatível com o princípio democrático, apesar de alguns avanços para dar mais objetividade às decisões judiciais. Esta pesquisa bibliográfica, assim, tem por escopo demonstrar a incompatibilidade da Teoria Instrumentalista do Processo, bem como do Princípio do Livre Convencimento com o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição vigente, e apresentar o devido processo constitucional, pautado na legalidade, previsibilidade e democraticidade, conforme elaborado pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo como modelo democrático para a produção da decisão judicial.

Palavras-chave: Novo CPC. Democracia. Instrumentalismo. Devido processo constitucional. Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 instituted the Democratic Rule of Law in Brazil, thus, the decision-making by the State, including judicial decisions, must be the product of the constitutional due process, which, by its nature, is democratic. The development of procedural law from Bülow in the 19th century, until the concept of process as an adversarial procedure (Fazzalari) demonstrated an advance in procedural law that, with the constitutionalization of fundamental rights, requires a process that produces a decision that strictly observes such rights. The new CPC, however, is still strongly guided by procedural instrumentalism (originating from Bülow), incompatible with the democratic principle, despite some advances to give more objectivity to judicial decisions. This bibliographic research, therefore, aims to demonstrate the incompatibility of the Instrumentalist Theory of Process, as well as the Principle of Free Persuasion with the Democratic State of Law inaugurated by the current Constitution, and present the due constitutional process, based on legality, predictability and democraticity, as elaborated by the Neoinstitutionalist Theory of Process as a democratic model for the production of the judicial decision.

Keywords: New CPC. Democracy. Instrumentalism. Due Constitucional Process. The Neoinstitutionalist Theory of Process

LISTA DE SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
CC	Código Civil

SUMÁRIO

1.**INTRODUÇÃO** 12

2. O NEOINSTITUCIONALISMO E O DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO 16

2.1. A evolução das teorias processuais: de Bülow a Rosemiro Leal 20

2.1.1. Fraternidade e dignidade na Ordem Constitucional inaugurada em 1988 25

2.1.2. O processo democrático na Teoria Neoinstitucionalista 27

2.1.3. Contraditório, ampla defesa e isonomia no âmbito do processo democrático 29

2.2. A decisão judicial como resultado do procedimento em contraditório 31

2.3. A proibição do *non liquet* e o aumento do protagonismo judicial 32

2.4. Considerações parciais 36

3. A INCOMPATIBILIDADE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A IDEOLOGIZAÇÃO DO PROCESSO. 38

3.1. O processo instrumental e a legitimação do autoritarismo 39

3.2. A decisão como ato discricionário do juiz e o ativismo. 44

3.3. O solipsismo judicial e o esvaziamento do papel técnico e institucional do processo 48

3.4. O instrumentalismo e o processo ideologizado 57

3.5. O instrumentalismo e o Estado de Exceção 61

4. ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DOS ARTIGOS 489 E 926, DO CPC, À LUZ DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO. 65

4.1. O princípio da cooperação (art. 6º do CPC) e a (possibilidade de) democratização do processo civil 70

4.2. A fundamentação das decisões judiciais (art. 489, parágrafos 1º e 2º) à luz da Teoria Neoinstitucionalista do Processo 73

4.2.1. A fundamentação das decisões judiciais: hipóteses trazidas pelo art. 489, § 1º, do CPC. 74

4.2.2 – A fundamentação das decisões judiciais na hipótese de "colisão entre normas" – Art. 489, §2º, do CPC 81

4.3. A uniformização da jurisprudência sob o prisma da Teoria Neoinstitucionalista do Processo – uma análise do art. 926, do CPC 82

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS 89

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 93

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui uma Constituição programática, com extensa lista de direitos, os quais, uma vez constantes do texto constitucional, são juridicamente exigíveis. A implementação desses direitos, especialmente dos direitos fundamentais, deveria acontecer de forma sistemática e contínua pelos governos. Todavia, estes não tem conseguido realizar essa implementação de direitos, levando os cidadãos a provocarem os juízes para determinarem a sua execução. Com isso, multiplicam-se as ações judiciais.

Observe-se que, a partir da redemocratização com a Constituição Federal de 1988, com mais acesso ao consumo, ao estudo e junto a estes o aumento do envolvimento das tecnologias com o dia a dia das pessoas, tornaram-se mais complexas as relações jurídicas que, aliadas a uma grande onda de procura por direitos (até então reprimidos)[1] em juízo, tem exposto, cada vez mais claramente, o ativismo de grande parte dos juízes que, com a nobre intenção de resolver o problema em litígio, deixam de rigorosamente adequar seus provimentos aos ideais democráticos, de modo a se atestar a real constitucionalidade da decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão.

Esta análise da adequação dos provimentos judiciais será possível quando aos habilitados ao processo for possível entender como o juiz chegou àquela decisão. Se os argumentos apresentados pelas partes num contraditório efetivo fizeram parte da construção da fundamentação.

De outra sorte, se a decisão brotou do íntimo do intérprete, da sua experiência e iluminação individual, não pode ser considerada legítima ou constitucionalmente adequada. E isso sempre se dará quando o solipsismo do intérprete for o terreno onde nasce a fundamentação.

A interpretação subjetiva (sem parâmetros claros ou limites interpretativos) que brota do íntimo do julgador, exclusivamente de sua maneira de ver a vida e suas manifestações, não tem lastro no ordenamento jurídico, pois não admite uma igualdade no exercício de interpretação para todos, o que sempre acarreta uma

---

1 MAGALHÃES, Joseli Lima. Impropriedades e características de algumas normas fundamentais no novo código de processo civil. In: **O caráter mítico e estratégico do novo CPC**. Joseli Lima Magalhães (coordenador). Teresina: EDUFPI, 2021.

hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom senso e conveniência do decisor[2].

Impossível, portanto, que, entregue à vontade do intérprete (espaço impossível de ser controlado), as decisões possam ser entendidas e aceitas como jurídicas e democráticas, vez que inacessível ao controle intersubjetivo dos demais atores do processo, este seria uma "fórmula alquímica, inacessível às inteligências inferiores, envolvendo-se em um mundo ritualístico da tradição da autoridade e do carisma judicantes"[3]

Neste contexto, o instrumentalismo processual dominante, que reputa ser o juiz um ser especial que capta as vontades da sociedade e decide de forma livre, já que seria, por si só, capaz de dar sentido e completude às leis, criou um ambiente de insegurança e contrário ao Estado Democrático de Direito, haja vista que para os instrumentalistas o processo é apenas um meio auxiliar para o juiz aplicar o direito, desapegando-se de quaisquer critérios objetivos para se visualizar o devido processo legal.

No estado dito democrático o instrumentalismo é anacrônico e desconforme. O processo já não pode ser tido como mero instrumento da jurisdição, mas como garantidor do pleno exercício dos direitos assegurados pela legislação nacional, com fiel e irrestrita observância dos princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia, nos moldes tabulados pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a qual temos por referencial teórico. Faz-se, então, necessária a real implantação e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1° da vigente Constituição do Brasil, "com o necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo"[4].

No primeiro capítulo deste trabalho, apresenta-se a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, e como ela define o processo e a decisão que resolve o conflito.

Rosemiro Pereira Leal asserta que quando um povo faz a opção constitucional pelo modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a sobrecarga

---

2 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.154

3 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150.

4 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55

que possa ocorrer pela desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo há de ser resolvida pelo devido processo aberto a todos ao exercício irrestrito do direito de ação em par com o processo.[5]

No segundo capítulo tratou-se de analisar e discorrer sobre a Teoria Instrumentalista do Processo, demonstrando sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, já que no atual paradigma democrático a constituição não é mero instrumento estatal supremo a serviço do voluntarismo estatal ou de simples organização administrativa, mas única fonte jurídico-institucional do Estado.[6]

Neste passo, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar que as decisões judiciais devem ser uma construção cooperativa-jurídico-discursiva, no procedimento em efetivo contraditório, conforme o paradigma de um Estado Democrático de Direito, evitando-se que a decisão judicial seja conduzida pelo solipsismo do intérprete, desprezando o discurso das partes e transformando o princípio do contraditório em mera peça retórica.

O que se pretende, portanto, é aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva o exercício da jurisdição pelos juízes, como posto no Código de Processo Civil, sendo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo a proposição de teoria democrática apta para prestar legitimidade a atividade judicante e ao processo, na construção de uma hermenêutica isonômica.

A fundação institucional de um Sistema Jurídico pela via do racionalismo crítico é o escopo da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de modo a dar azo à inauguração de uma nova epistemologia jurídica que atue na redução gradual das incertezas, mediante o devido processo constitucional.

Após apresentar a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, características e conceitos peculiares (primeiro capítulo), e de explicitar as mais marcantes críticas ao processo instrumental e à decisão judicial contemporânea (segundo capítulo), passou-se à análise crítica e ousada proposta de interpretação (conforme a Teoria Neoinstitucionalista do Processo) dos artigos 489, §§ 1º e 2º, e 926, caput, do CPC (terceiro capítulo), para uma compreensão teórica do discurso da democracia como

---

5 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

6 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

esfera hermenêutica inafastável da aplicação da lei, o que dará condições para uma decisão constitucionalmente adequada[7].

Apesar de avanços na redação do Código de Processo de Civil de 2015 em diminuir a livre interpretação do juiz, ela ainda existe como se ainda estivesse escrita, visto que se transformou em verdadeira ideologia. Todavia, na pós-modernidade democrática não se pode acreditar mais em uma justiça social (democrática) predefinida antes do debate processual (definida pela sapiência do julgador), uma vez que apenas as peculiaridades do caso concreto, definidas no iter processual, logram apresentar, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo (contraditório, ampla defesa e isonomia) entre as partes e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado, pelo que o neoinstitucionalismo é a teoria que pode tirar o processo contemporâneo das amarras ideológicas o levando a ter contornos de democraticidade.

Ressalte-se a importância de identificar as conexões existentes no presente trabalho com a linha e sublinha do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da UFPI (Mudanças Institucionais na Ordem Privada), na medida em que ao se estudar, pesquisar e analisar criticamente o instituto da decisão jurisdicional, com seu viés inserido principalmente nos artigos 489 e 926, ambos do CPC, traz à análise o processo, entendido como Instituição inserida no Estado Democrático de Direito, sobrepondo-se à jurisdição, consolidando ademais os estudos presentes em uma das disciplinas da linha de pesquisa – O processo na construção do Estado Democrático de Direito.

---

7 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. – 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.116.

2 NEOINSTITUCIONALISMO E O DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

A partir de firmes bases em aspectos da Filosofia da Ciência de Karl Popper, especialmente quanto ao método de falseamento do conhecimento científico, e em mais de quarenta anos de estudo na ciência do processo, Rosemiro Pereira Leal[8] desenvolveu a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

O sobredito método da "falseabilidade" proposto por Popper em vez de buscar a verificação de "experiências empíricas" que validassem uma teoria, busca fatos particulares os quais, depois de verificados, refutariam a hipótese. A "falseabilidade" (ou refutabilidade) se refere ao critério em que a base empírica está envolvida, quando se possui elementos que a contradiga, isto é, quando há elementos que podem tornar uma hipótese ou teoria refutada. [9]

Seguindo este método, dedicou-se o epistemólogo a desenvolver sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo, falseando todas as vertentes dogmáticas do direito, constituindo verdadeiro "esforço epistemológico de demarcação da objetividade decisória a tornar obsoletos, para o direito democrático, os apelos à tradição e à autoridade" [10] que se constituem o cerne da Ciência Dogmática do Direito.

---

8 Obteve créditos plenos no curso de Doutorado em Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG em 1965, sendo que seu diploma de conclusão do referido curso só foi expedido em 1974 com a regularização e integral autorização e reconhecimento do curso pelo MEC. Reiniciou suas atividades acadêmicas após a queda da ditadura militar no país com o advento da Constituição Brasileira de 1988. Recebeu o título de Especialista em Direito Público pela Câmara de Pós-Graduação da UFMG em 1993, fazendo a sua defesa de tese em Direito Constitucional em 1994, obtendo nota máxima da banca examinadora. Desde sua colação de grau, em 1964, pela Faculdade de Direito da UFMG, advogou em várias especialidades jurídicas, entre as quais Direito Comercial, Civil, Econômico, Processual e Direito do Comércio Internacional, possibilitando-lhe atuar em vários países europeus e norte-americanos para empresas brasileiras e instituições bancárias. É fundador de duas secretarias de Estado em Minas Gerais. Vem desenvolvendo estudos em Direito Processual, Constitucional e Econômico com projetos de pesquisa concluídos e em andamento. É autor da Teoria Neo-Institucionalista do Processo , a partir da qual desenvolve e publica vários trabalhos (obras, artigos, pesquisas) que marcam sua jornada acadêmica integralmente comprometida com a Teoria do Direito Democrático, uma vez que se recusou a lecionar na ditadura e nada publicou, em Direito, nesse período, dedicando-se mais à literatura, à música erudita e à sua profissão liberal, fundando a Associação dos Advogados de Minas Gerais da qual foi o seu primeiro presidente, bem como o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG. É professor-fundador dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/MINAS. Atualmente, além do magistério superior que exerce na FDUFMG e PUC/MINAS (graduação e pós-graduação), presta consultoria jurídica com especialidade em Direito Processual, Econômico e Educacional. Disponível em http://lattes.cnpq.br/2992333877181579.

9 SOUSA, Rafael Silva. **A Resposta Popperiana para as Teses Holísticas de Duhem e Quine**. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal Do Piauí – UFPI, Programa De Pós-Graduação Em Filosofia. Teresina, 2018, p. 67.

10 LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. [Coords]. **Processo como democracia na**

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, apresenta o processo como instituição constitucionalizada que se dispõe a implementar direitos fundamentais no trabalho de construir discursivamente o provimento final a partir dos princípios institutivos do processo, quais sejam, os princípios do contraditório; da ampla defesa; do devido processo legal; da isonomia; da participação das partes na formação do provimento; bem como o da indispensabilidade de advogado.

Ao tratar do processo como instituição constitucionalizada, cria o que chama de direito processual democrático, no qual a linguagem teórico-processual tem como principal característica a observância dos ideais humanos de vida, liberdade e dignidade, pelo que indissociável a vida humana do direito ao contraditório, ampla defesa e isonomia. O homem a quem é vedado descrever e argumentar está sendo privado de sua própria humanidade.[11]

Esta constante pseudoconexão existente entre instituição, processo e jurisdição, faz com que muitas vezes a atividade do juiz (entendida pelas obras clássicas de direito processual como jurisdição) torne o elemento motor da construção do direito em uma sociedade, ao lado da própria construção legislativa. O direito processual democrático, na visão do processualista mineiro busca exatamente superar esse conflito inserindo a jurisdição em um patamar de “inferioridade” em relação ao processo.

Importa trazer, tratando ainda sobre o direito processual democrático sob o enfoque da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, pensamento de Del Negri, segundo qual:

> (...) a jurisdição não é mais atividade do juiz (Estado Social), mas sim uma atividade construída pelas Partes processuais a partir dos conteúdos da lei, uma vez que ele (o juiz), servidor por dever funcional do povo e das normas constitucionais, não tem as chaves construtivas de um Direito espontaneamente surgido de sua lei íntima (especial sensibilidade ao decidir). Esse posicionamento de Rosemiro Leal mostra-se totalmente adequado à fiscalidade processual abstrata e

---

contemporaneidade: colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 11.

11 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.117.

> concreta no Direito Democrático (Devido Processo Constitucional) consubstanciado na vigente Constituição brasileira (art. 1º). [12]

É certo conferir à Teoria Neoinstitucionalista do Processo natureza constitucional, na qual tem sua própria existência e realiza seu completo desenvolvimento, ainda que haja uma constante luta em inserir em um plano metajurídico o instituto do processo. O estudo (desenvolvimento) da referida teoria está voltado à dialética-processual-democrática, com intenção de atender aos princípios e garantias fundamentais inerentes à soberania popular, à vida, à liberdade e à dignidade, palavras às quais muitas vezes são criticadas com veemência no desenvolvimento do pensamento do autor, por agregarem ora conceitos jurídicos indeterminados, ora expressões estratégicas colocadas quase que de propósito nos textos legais como forma de tornar ainda mais difícil a interpretação delas mesmas.

Tais garantias (que ao mesmo tempo são direitos) apenas podem ser plenamente exercidos por meio do processo constitucionalizado no âmbito de um estado democrático de direito.

O "democrático" qualifica o Estado (em Estado Democrático de Direito), fazendo irradiar os valores da democracia sobre todos os institutos e demais elementos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica. Desta forma, “o Direito imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo”[13]. Incompatível, portanto, com a ideia de processo instrumental como meio para que um juiz-soberano diga o direito, já que os direitos constitucionais fundamentais em um Estado Democrático de Direito “são insculpidos, delineados e aplicados pelo povo, mediante o sistema de participação desde a edição da norma até sua efetiva aplicação no provimento final”.[14]

A linguagem (dialética) transforma a interpretação em um ato intersubjetivo que precisa comunicar seu conteúdo para ser dotada de sentido. A gama de significados e de significantes à qual se tem acesso não são qualidades “subjetivas”, mas algo

---

12 DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105.

13 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

14 GOMES, Magno Federici; FERREIRA, L. J. **A teoria neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de concessão de tutela provisória liminar para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente.** ARGUMENTUM (UNIMAR), v. 18, p. 625-643, 2017.

compartilhado por todos, intersubjetivamente – a tradição[15]. Não nos relacionamos com os objetos, mas com a linguagem, - condição de possibilidade deste relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm à mão, na medida em que a linguagem é aquilo que se apresenta, não podendo "ser produto de um sujeito solipsista (Selbstsuchtiger), que constrói o seu próprio conhecimento. Não mais existindo 'sujeito solitário', mas uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito".[16]

A objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste[17] independentemente dos desejos pessoais e valores do intérprete (julgador).

Considerando que direito e linguagem são indissociáveis, resta claro que a interpretação jurídica não pode ser meramente subjetiva, pois assim não admitiria uma igualdade no exercício de interpretação para todos (isonômica), o que sempre acarreta uma hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom senso e conveniência do decisor.[18]

Nos moldes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, tem-se que o ato de decidir, na esfera processual, é ato que deve ser formatado com base no enfrentamento dos dispositivos e fundamentos desenvolvidos pelos legitimados na esfera jurídico-dialética de um processo realmente democrático e não com base em um procedimento isolado de juiz solipsista, preocupado em decidir conforme a sua consciência.

Este conceito de Popper influenciou o delineamento da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o qual apontou que a objetividade científica (como deve ser a decisão judicial) funda-se justamente na possibilidade de os resultados científicos serem testados, em princípio, por qualquer um que venha a ter formação crítica suficiente (testabilidade intersubjetiva)[19].

---

15 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 329-330.

16 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

17 POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 41.

18 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.154

19 POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 502.

O devido processo (como instituição coinstitucionalizante e coinstitucionalizada) é a aglutinação dos institutos do contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental que, no final, dará origem a uma decisão constitucionalmente adequada, devendo ser atestada tanto pelos legitimados quando pelo decisor[20].

Destaque-se que o conceito de isonomia a ser construído e aceito no Estado Democrático de Direito traspassa a simples igualdade perante a lei para o exercício do contraditório e da ampla defesa. A isonomia, neste contexto, deve estar fundada em um ordenamento jurídico que expresse uma teoria processual viável a um sistema normativo, o qual possibilite aos intérpretes atuação tomando como base um discurso lógico-jurídico para criação (instituinte), interpretação (constituinte) e aplicação (constituído) de direitos.

Dessa forma, quando a eficiência processual é avaliada apenas pela redução de resolução de conflitos (quantitativamente) na base constituída dos direitos, com o intuito de sanar lesão e ameaça, exclui-se o fundamental na democracia sistêmica - a fundação de uma forma de vida humana para aqueles que ainda não são sujeitos de direito.

Demonstra-se, portanto, a necessidade de implantação institucional do Estado Democrático de Direito, por meio de uma teoria processual, para que a institucionalidade estatal não seja conduzida por vieses ideológicos que podem até solucionar alguns problemas temporariamente, contudo, insuficientes para o problema de forma estrutural.

2.1 A trajetória histórica das principais Teorias do Processo: de Bülow a Rosemiro Leal

Até se chegar a concepções teóricas presentes no pensamento de Rosemiro Leal, houve necessidade de descontruir toda uma dogmática reinante nascida principalmente a partir da segunda metade do século XIX, contudo, não se pode exigir que autores como “Wach, Bülow, Chiovenda, Carnellutti, Calamandrei ou Liebeman, entre outros, que tivessem posicionamento doutrinário diferentes da realidade política-

20 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.145.

sócio-econômica em que se encontravam emergidos”[21], mas se pode descontruir o próprio pensamento de tais processualistas com base numa teoria forte o suficiente que foi testada ao longo dos anos. Este foi o caminho seguido por Rosemiro Leal até chegar à construção da sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

O pseudodireito processual civil contemporâneo foi instaurado por Oskar Von Bülow (na verdade se criou uma tecnologia da jurisdição) a partir de “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais” (1868), onde apresenta o direito como um fato sociológico ou fato psicológico, cujas lacunas da lei deveriam ser preenchidas pelo magistrado no momento da decisão, por meio de sua sensibilidade, no meio social.[22]

Bülow logrou estruturar o que pode ser chamado de autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico-processual, que se trataria de uma relação publicística lastreada primordialmente na figura do juiz, tendo as partes como meros colaboradores[23].

Esta concepção (amplamente difundida e vivida pelo Judiciário nacional) que atribui ao juiz o poder de, por meio de suas experiências, sentidos, sabedoria, sensibilidade, interpretar e decidir de maneira solipsista é incoerente e incompatível com o estado democrático de direito, pondo em xeque a legitimidade das decisões proferidas[24].

Goldschmidt, já na segunda década do século passado, idealizou a Teoria da Situação Jurídica. Para ele, não há entre autor e réu uma relação jurídica, no qual um estaria sujeito ao outro, como dizia Bülow. As partes se achegam ao judiciário e, a partir disso haveria apenas possibilidades, chances e expectativas de um provimento judicial favorável. O negócio jurídico realizando antes do processo não subsiste em sede processual. A materialidade não mais se confunde com a processualidade, de tal maneira que as

---

21 MAGALHÃES, Joseli Lima (Org). Ação, Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda. *In* **Temas de Direito Processual Democrático**. Teresina: EDUFPI – 2012, p. 12.

22 AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso (Et. all.). Processo, ação e jurisdição em Oskar Von Bülow. *In* **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2005, v. 06, p. 47.

23 BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005, p. 5-6.

24 CAMPOS, Felipe de Almeida; MARIA, Thais Campos. A Racionalidade das Decisões Judiciais na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. *In* **Processo e Democracia Jurídica**. André Cordeiro Leal; Sergio Henriques Zandona Freitas; Gean Carlos Dias (Orgs.). Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia - Vol. 5. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p.123.

> (...) avenças da lei escrita se consomem nas trincheiras da guerra processual, e a poeira do campo de batalha torna impossível apontar o vencedor do conflito. Chamemos, assim, de “situação jurídica” a tensão que envolve as partes ante a incerteza do veredicto a que serão impingidas.[25]

A situação jurídica, pois, é o espaço nebuloso no qual as partes se encontram na esperança de conseguirem do juiz uma decisão próxima do que se tem na lei. Aquele que melhor cumprisse seus ônus processuais, que mais condições tivessem de influenciar o julgador, mais perto estaria de uma sentença favorável. Desnecessário que o provimento indicasse seus fundamentos, uma vez que a sentença apenas resolveria o conflito e não estaria necessariamente ligada ao processo, já que para Goldschmidt o juiz poderia “emitir sentença sem nexo jurídico de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo”.[26]

A teoria de Goldschmidt não logrou angariar muitos adeptos, ao contrário do que ocorrera com a bülowiana. A teoria processual da relação jurídica influencia boa parte da magistratura nacional, fomentando a ideia fixa e dominante de decisão por vontade própria, pelo que fragilizado e maculado fica o princípio da fundamentação da decisão judicial, além de criar um ar de imprevisibilidade, típica e propícia à insegurança jurídica, passando-se a ideia de ser o juiz superior às partes e aos advogados.

No Brasil, a teoria de Bülow sofre críticas, por entre outros motivos, pelo seu filho mais pródigo, qual seja, a implementação de um protagonismo judicial, o qual conduz ao solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico.

Esta carga doutrinária deu origem ao anacrônico princípio do livre convencimento motivado, que fora positivado no revogado Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 131, rezando que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo

---

25 GRATEKI, Gabriel Gomes. **Vertente Dialética do Processo em Goldschmidt**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Gradução Stricto Sensu em Direito Mestrado em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 121.

26 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.136-137.

aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Em que pese tal dispositivo não existir mais (extirpando a nova lei o termo livre convencimento), tendo sido substituído pelo art. 371 do CPC/2015: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, o Judiciário nacional ainda insiste em aplicar a exegese do código anterior[27].

Ressalte-se que a crítica ao livre convencimento dos juízes já era feita por um dos maiores doutrinadores brasileiros. Ainda que positivista, mas detentor de forte origem sociológica, Pontes de Miranda já denunciava que o "inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz” [28], contudo abre espaço para o subjetivismo, para suas convicções, da sua classe, do seu meio, ou da sua família[29]. Não encontra guarida na democracia um poder com tais contornos ser conferido a agentes públicos para emitirem decisões fundamentadas pelo livre convencimento.

A escola instrumentalista (oriunda da teoria da relação jurídica), dominante em nosso sistema jurídico, aponta ser o processo “uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a justiça redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade” [30]. Pelo pensamento desta Escola, “o processo é um instrumento da jurisdição”, legitima ela própria, quando na verdade deve ser o contrário, conforme será exposto no decorrer deste trabalho acadêmico.

Tímida mudança, mas real, começou a surgir com o trabalho do processualista italiano Elio Fazzalari, o qual tratou de dar novos contornos ao significado do instituto do processo de forma a “resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo,

---

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº. 1707979/DF**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021. “O sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias**.”**.

28 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1973, t.2, p. 380.

29 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1973, t.2, p. 380.

30 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.135.

método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos (sentenças)"[31].

Fazzalari, ainda que haja elevado a um nível bastante acentuado de importância e independência o processo, principalmente porque coloca o contraditório em seu devido lugar, e mais ainda por se preocupar com a participação das partes na construção do provimento final, não desenvolveu sua teoria o suficiente para ser democrática nos moldes como se apresenta a teoria de Rosemiro Leal. Ao expor em seus trabalhos que processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade (teoria do processo como procedimento em contraditório), Fazzalari avança num conceito de processo mais próximo do democrático, retirando a discricionariedade judicial como a produtora do direito.

O processo, em Fazzalari, é uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual. O contraditório proposto na teoria fazzalariana não tinha o contorno de direito-garantia legitimador da atividade jurisdicional[32], situação que começou a mudar com a reflexão do constitucionalista Hector Fix-Zamudio, que primeiro apontou a ligação entre constituição e processo, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial. Adiante o constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho avançou apresentando o processo como instituição constitucionalizada (teoria constitucionalista do processo) apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental[33].

Ao tratar do direito como ciência social, Popper trabalha as instituições correlacionando-as ao princípio da solvência, o qual informa que qualquer instituição, social ou de Estado, deve estar vinculada à redução (solvência) de determinados problemas, motivo pelo qual se justificaria a construção de uma determinada instituição estruturada para fins específicos.

---

31 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.139.

32 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.139.

33 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.140-141.

Uma instituição democrática é sempre provisória, pois sua existência se vincula à solvência de determinados problemas. Se, pelo decurso do tempo, a instituição demonstrar que não está reduzindo o problema em relação ao qual ela está destinada a atuar, constata-se uma situação de erro que possivelmente habite na (in)capacidade da "teoria do sistema" em atuar sobre o problema ou na negligência dos homens que dirigem as instituições.

É o que pode ser atestado com anos e anos de teoria instrumentalista que já há muito domina o modo de condução do processo, sem qualquer compromisso com os princípios democráticos, tratando-os, na prática, de forma meramente retórica, já que por este pensamento não é o procedimento em contraditório o legitimador das decisões, mas a autoridade investida de competência para tanto.

Em contraposição à ideia de processo a serviço da jurisdição, bem como também contra o protagonismo judicial sustentado no livre convencimento, apresenta Rosemiro Leal sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a qual será tratada em tópico específico deste trabalho monográfico.

2.1.1 Fraternidade e Dignidade na Ordem Constitucional Inaugurada em 1988

Muito se questiona se a Constituição Federal de 1988 foi realmente ideológica e integralmente escrita sob o compromisso da construção de uma sociedade fraterna. No preâmbulo, de forma expressa, anuncia que o Estado Democrático de Direito será destinado a assegurar os destacados valores supremos de uma sociedade fraterna.

É muito aceita a compreensão de que a ideologia constitucional se concentra particularmente no preâmbulo.[34] De tal maneira que quando não se aceita seu conteúdo como norma, pelo menos, é de se observar seu conteúdo como diretriz inafastável à interpretação do texto constitucional.

Em vista disto (valores supremos de uma sociedade fraterna), o legislador constituinte consagrou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Pessoa humana (Art. 1º, III, CF), princípio que não pode ser limitado pela soberania estatal em sua atuação jurídica.

A Constituição Federal de 1988 logrou abrigar os direitos de terceira geração, que vão além da individualidade característica dos direitos de primeira e segunda

---

34 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 226.

gerações (liberdade e igualdade respectivamente), “fazendo com que as relações jurídicas não mais se limitem ao binômino homem-Estado ou Estado-homem (primeira dimensão), ou mesmo homem-homem (segunda dimensão), mas homem-todos os homens".[35].

Em sendo observada a (efetiva) proteção jurídica da dignidade da pessoa humana e, ainda, observando o mínimo rigor assecuratório do mínimo existencial a cada homem e a todos os homens, compreensões jurídicas pautadas pelo postulado darwiniano de seleção natural[36] (darwinismo econômico ou social), da lei do mais forte ou do mais apto são incompatíveis com os “supremos valores de uma sociedade fraterna” e com o Estado Democrático de Direito.

O paradigma de democracia no momento atual deve iluminar a construção de um ordenamento jurídico que seja capaz de dar segurança jurídica a todos, pelo que o princípio da legalidade não deva ter um caráter retórico, mas efetivo, dando clareza para o andar processual na tomada de decisões nas diversas esferas estatais, sempre observando os direitos/garantias fundamentais, especialmente no exercício da jurisdição.

As sociedades humanas têm fins, naturais ou voluntários, que as estruturam. A família e o Estado, por exemplo, em dimensões diversas, têm como fim comum possibilitar a todos os seus integrantes a realização da plenitude dos valores. Cada sociedade particular tem como fim comum o que foi traçado por seus sócios e que justifica sua própria existência[37]. Essa “realização da plenitude de valores” de acordo com a visão neoinstitucionalista será concretizada na medida em que se estrutura e se desenvolve um Estado Democrático de Direito por meio do processo constitucional fundado e revisado pelos princípios (autocríticos) do contraditório, ampla defesa e isonomia, os quais democraticamente, incluem os legitimados ao processo (povo) no procedimento de tomada de decisão.

---

35 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: Fonte de compromisso estatal para a edificação de uma sociedade fraterna. In**: O Direito natural.** Organizador Carlos Aurélio Mota de Souza. - Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012, p. 26.

36 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: Fonte de compromisso estatal para a edificação de uma sociedade fraterna. In: **O Direito natural** / prefácio Ives Gandra da Silva Martins; organizador Carlos Aurélio Mota de Souza. - Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012, p. 35.

37 MENDONÇA, Jacy de Sousa. O Direito Natural na moderna axiologia. *In*: **O Direito natural** / prefácio Ives Gandra da Silva Martins; organizador Carlos Aurélio Mota de Souza. - Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012, p. 72.

Outro aspecto por demais importante, presente junto à Teoria Neoinstitucionalista do Processo, é identificar que os direitos fundamentais são líquidos certos e exigíveis, transformando a Constituição Federal, por assim dizer, em título executivo extrajudicial quanto a eles. Desta forma, "o povo como legitimado ao processo no exercício dos direitos fundacionais de paridade fundamental para a edificação paulatina da sociedade democrática processualmente criada, constitucionalizada e assegurada"[38], estará no seu caminho de exercício de cidadania.

2.1.2 O Processo Democrático na Teoria Neoinstitucionalista

Para a Teoria Neoinstitucionalista processo é uma instituição linguístico-jurídico-autocrítica que se compõe dos institutos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, Rosemiro Leal faz a ressalva dizendo que esses institutos não podem ser considerados nas concepções das teorias anteriores a dele.

Este conceito de processo é forjado para encaminhar a construção do paradigma de Estado Democrático de Direito o qual, por sua vez, distingue-se do Estado Liberal, Estado Social, e do Estado Procedural ou Proceduralístico de Direito[39].

Na teoria rosemiriana o contraditório estabelece uma ligação com a vida humana, a liberdade estabelece um vínculo também indissociável ampla defesa, e a dignidade humana com a isonomia. Tratam-se todos de direitos líquidos, certos e exigíveis, sendo ainda a base instituinte e constituinte do direito. Uma vez assim considerados, não é possível dizer que há Estado Democrático de Direito caso negados tais direitos aos cidadãos.[40]

O processo, assim, é instituição pública coinstitucionalizante e coinstitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos (decisões) nas mais diversas esferas do Estado (judicial, legislativa ou administrativa), desta forma, todos os provimentos (decisão judicial, legiferante ou administrativa) conclusivos

---

38 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, P.104.

39 O autor é sempre categórico em afirmar, seja em aulas e em seus livros, a distinção do Estado Democrático de Direito dos demais paradigmas de Estado.

40 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117.

devem obrigatoriamente obedecer aos “princípios institutivos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e isonomia”[41].

Esses direitos têm uma função de metalinguagem, daí a característica autocrítica do processo neoinstitucionalista, já que, segundo esta teoria, o ordenamento jurídico é construído pelo processo, deverá em sua atuação e aplicação ser arguido também por meio do processo.

Estes institutos do contraditório, da ampla da defesa e da isonomia também são interpretantes do direito, justamente para arguirem o sistema jurídico. Importa ressaltar que estes direitos/garantias não atuariam como mera irresignação ante um pleito jurídico de outrem, mas sim assumindo a função de interpretante do sistema na construção do provimento final. Esta função é inafastável do processo democrático, vez que necessário um controle sobre a interpretação jurídica pelos princípios autocríticos do processo (interpretante) a encaminhar “um direito igual de compreensão e operacionalização (hermenêutica isonômica) de um sistema processualmente coinstitucionalizado para todos os destinatários normativos” [42].

Não é um intérprete (juiz solo) que vai estabelecer o sentido da lei, não é autoridade que vai dizer o que a lei deve significar, ela (autoridade) também está submetida a estes interpretantes, a esta metalinguagem para se pronunciar, para decidir. O direito é constituído pela linguagem, e esta é a “tessitura constitutiva do mundo, dentro de um prisma fenomenológico-existencialista” [43].

Na contemporaneidade democrática inadmissível que uma autoridade decida de acordo sua sensibilidade, conveniência, experiência de vida ou pelo seu bom senso, pelo que a proposta Neoinstitucionalista nos apresenta os interpretantes do sistema jurídico, os quais orientam o sentido normativo, uma vez que a linguagem não pode ser um mistério decodificado apenas pelo juiz, sendo o processo um conjunto de procedimentos organizados e subsequentes que guiam o exercício da jurisdição “na solução dos conflitos e da validade da tutela judicacional, é o provimento

---

41 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 99.

42 LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; ANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. [Coords]. **Processo como democracia na contemporaneidade:** colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal. -- Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p 12.

43 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.5.

construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo”[44].

Todos esses aspectos abordados a respeito do processo constitucionalizado e neoinstitucionalizado vão refletir diretamente no modo como devem ser aplicadas as normas do código de processo civil brasileiro, em especial àquelas relacionadas aos provimentos judiciais (despacho, sentença e acórdão), excluindo-se a ideia ainda reinante da decisão conforme o livre convencimento. No fundo, a teoria da decisão jurídica do professor Rosemiro Pereira Leal busca amainar o grau de subjetividade que o próprio ordenamento jurídico nacional mantém positivado.

2.1.3 Contraditório, ampla defesa e Isonomia no âmbito do processo democrático

O princípio do contraditório é um dos mais importantes princípios fundamentais do processo constitucional na contemporaneidade, e, para sua plena realização é necessário que esteja unido aos demais princípios protegidos e garantidos dentro um ordenamento jurídico num Estado Democrático de Direito.[45] Este princípio (direito-garantia), contudo, não deve ser mais entendido como simplesmente a oportunidade dada a outra parte de se manifestar em vista da atuação da *ex adversa.* É mais que isso.

Trata-se de “referente lógico-jurídico do processo coinstitucionalizante, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados” [46], o que nada impede de o próprio direito ao silêncio ser exercido, ainda que presente o prefalado direito-garantia de se manifestarem”[47], participando assim, ativa e efetivamente, da formulação do provimento judicial.

É de se notar que o direito-garantia ao contraditório tem seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, pelo que o processo, carente

---

44 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018, p.59.

45 MAGALHÃES. Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença no novo CPC**.** *In*: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 40.

46 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.155.

47 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.155.

do contraditório, tornar-se-ia procedimento odiento entregue ao arbítrio do julgador, já que perderia sua base democrático-jurídico-proposicional[48].

Importar ressalvar que o direito ao contraditório não se dá de forma ilimitada ao gosto da parte, sob a justificativa de garantia, ainda mais porque:

> (...) esse direito ao contraditório não pode ser exercido a céu aberto por relações intersubjetivas tão do agrado dos sociologistas nostálgicos - adeptos ainda do espaço magnético (telepático) da Ágora grega como recipiendária do bios polytikos ou da escatologia messiânica (historicista) dos marxianos, que pensam as transformações sociais por um andar botânico (funcionalista) da história ou por uma libido providencial (militância-aceleração ativista) das relações humanas.[49]

Unido ao contraditório se tem o instituto da isonomia, que é referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório – a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a implementação, entre as partes, da estrutura procedimental.

Ensina ainda o Professor Rosemiro Leal que o instituto da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia, na medida em que:

> (...) a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização da cognitio a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos jurídico-fundantes de sua produção eficiente[50].

Desta forma, incabível, sob pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, criar obstáculos ou mesmo diminuir o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.

A conjugação desses três institutos à prática do procedimento em contraditório (processo), permite, força e exige a ocorrência de uma racionalidade do julgador na

---

48 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.155

49 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia:** a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF. 2005, p. 110.

50 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia**: a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF. 2005, p. 155.

apreciação/valoração dos argumentos apresentados pelas partes, que serão usados para revelar o direito.

O manejo correto do contraditório, ampla defesa e isonomia no processo democrático apresenta-se importante para a construção das decisões jurisdicionais (art. 489 do CPC) na medida em que estas nada mais são do que o reflexo do correto aproveitamento dos referidos institutos, razão pela qual a teoria neoinstitucionalista do processo elenca a nivel de princípios intituintes do processo o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa e o princípio da isonomia.

2.2 A Decisão Judicial como Resultado do Procedimento em Contraditório

Piero Calamandrei diz que a fundamentação da sentença, quando consegue reproduzir exatamente o itinerário lógico que o juiz percorreu é grande garantia de justiça.[51] Esse "itinerário lógico" que se inicia na petição inicial, passando pela contestação e demais manifestações e provas, deve ser desenvolvido num ambiente entre sujeitos (autor, réu e juiz), num ambiente cooperativo (art. 6º, CPC/2015), com o pleno exercício do contraditório, ampla defesa e isonomia, sob pena de invalidade.

Para Rosemiro Leal, o conceito de validade ou invalidade do discurso jurídico reside em perquirir a legitimidade processual de sua fonte de produção[52]. Nesse sentido extrai-se de sua teoria que os provimentos/decisões estatais devem ser construídos processualmente sempre com a observância dos princípios jurisdicionais e constitucionais da cidadania que, a rigor, somente pela observação de tais princípios esta se forma e se afirma. O exercício da cidadania produz legitimidade irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados, sendo que as

> Decisões não podem ser obtidas em juízos de conveniência ou eqüidade (tratamento igual para iguais e desigual para desiguais) ou ter escopos metajurídicos de uma justiça ou clamor social coincidente com as reservas éticas do acervo mental do decididor agarrado à tradição ou a valores do Estado Liberal ou do Estado Social de Direito, porque mesmo as chamadas tutelas legais de urgência para remoção de ilicitudes ou inibição de danos só se validariam se, antes mesmo da exauriência procedimental, sob regência do devido processo legal,

---

51 CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6ª. Ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977, p. 143.

52 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos.14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.81.

> atuassem direitos (juízos analíticos - Reichenbarch)" já pré-julgados no discurso processual expresso da Constituição[53].

A esse respeito, da construção do provimento judicial sob os auspícios do procedimento em contraditório, Ronaldo Brêtas chega à conclusão de que

> No processo, as razões de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático[54].

Certo, pois, que ao devido processo legal não pode ser negado o efetivo exercício do contraditório como elemento de formação da decisão judicial, sob pena de inconstitucionalidade e (consequentemente) ilegitimidade do provimento.

Contemporaneamente só é possível compreender a efetividade de um Estado Democrático de Direito se no procedimento em contraditório estiver presente o verdadeiro esforço de se realizar a concretização dos direitos fundamentais. Tendo em vista que são inegociáveis e não podem ser ignorados, sob pena de entrar-se em um estado de exceção. O processo, assim, é o instituto que pode mover a máquina estatal para uma verdadeira realização e implementação dos direitos fundamentais, desde que a todos lhe seja permitido acesso.

2.3 A Proibição do *Non Liquet* e o Aumento do Protagonismo Judicial.

É sabido que tanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro quanto o Código de Processo Civil brasileiro determinam a proibição do chamado *non liquet*. Logo no art. 4° da Lei de Introdução ficou estabelecido que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ao seu turno, o art. 140 do Código de Processo Civil brasileiro, determina que “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do

---

53 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. – 3. ed. - Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.117.

54 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In* **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 571.

ordenamento jurídico". Tem-se, portanto, que, ambos dispositivos impedem que o magistrado deixe de julgar uma causa sob a alegação de inexistir comando legal a reger a situação concreta que lhe foi submetida.

Um dos fundamentos utilizados pela literatura jurídica e decisões dos tribunais para a proibição (e manutenção de sua vedação) do *non liquet* se encontra no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o qual estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Sustenta-se, que, a partir do momento que o Estado proibiu o exercício da autodefesa (que Rosemiro Leal diferencia de autotutela), apenas permitindo excepcionalmente, assume o dever de prestar a jurisdição em toda e qualquer hipótese. Se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida.[55]

Hart reconhece uma "textura aberta" da linguagem, entendendo que um mesmo termo pode ter inúmeros sentidos e conceitos. Assim, haveria também uma textura aberta do direito que, não havendo clareza no comando da norma a ser aplicada em um caso concreto, deve o juiz, com sua discricionariedade, resolver a situação dando um sentido à norma obscura. Aponta o jurista que

> a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso[56].

O juiz natural, portanto, não tem liberdade alguma para proferir decisões de *non liquet* (de fato não tem por vedação legal), na jurisdição ordinária, uma vez que "seria negar o acesso à justiça e, por conseguinte, ferir a própria dignidade da pessoa humana"[57].

A proibição do *non liquet* assim, sob o nobre pretexto de garantir acesso à jurisdição resultaria em um alargamento do poder de decisão do magistrado que, pelo

---

55 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do non *liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015, p. 174.

56 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 175.

57 BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293

seu bom senso, sabedoria, experiência e vontade (voluntarismo) criaria, indevidamente, o direito.

Em vista disso, Rosemiro Leal ensina que a "cidadania democrática pós-moderna exige compreensão pelo exercício de uma *legitimatio* fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente[58]", e que "não é dado a ninguém exercer funções por adivinhação (onisciência, clarividência, onipotência), boas intenções ou autodidatismo prodigioso"[59].

Esse direito "doado" pelas "boas intenções ou autodidatismo prodigioso" à parte (povo), é imune a uma fiscalidade intercorrente (haja vista a impossibilidade de se verificar o íntimo do julgador), ampla, irrestrita e incessante de sua legitimidade, eficácia e exigibilidade, não se oferece, portanto, ao contraditório popular, por uma legitimação jurídica a qualquer do povo.[60]

Desta forma, tal proibição seria uma estratégia de um grupo a conferir ao Poder Judiciário autoridade para exercer uma justiça extra-sistêmica (fora do ordenamento jurídico) pelas convicções "dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado"[61] com a ideologia da classe dominante.

É necessário um controle intersubjetivo da decisão judicial, uma hermenêutica isonômica (igual direito de interpretação) entre todos os integrantes de uma comunidade jurídica, de modo a garantir a legitimidade democrática das decisões, e uma efetiva pacificação social de modo a proteger realmente a dignidade humana.

A proibição do *non liquet* é, assim, uma porta ampla para o ativismo judicial, tornando ainda menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, criando barreiras ainda maiores para a plena eficácia e eficiência de um processo constitucional democrático.

Esta indefinição se potencializa com a perenização da citada proibição, que afasta cada vez mais o povo da vontade de legislar sobre seus problemas cotidianos e muitas vezes recorrentes, em vista da confiança ingênua de ter seus problemas

---

58 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia** - a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF**.** 2005, p. 112.

59 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia** - a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF. 2005, p. 112.

60 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia** - a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF**.** 2005. p. 112-113.

61 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 32.

resolvidos pela capacidade intelectual da autoridade judicial caso haja lacuna da lei ou no ordenamento jurídico. Na democracia, ensina Rosemiro Leal, se o povo não legislou, não existe direito para ninguém, uma vez que nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor[62].

A decisão judicial deve advir de um ambiente cooperativo-discursivo processualizado com estrita observância das leis existentes (reserva legal), no qual o contraditório foi efetivamente garantido, de modo a dar real segurança jurídica aos cidadãos, expurgando-se a crença em juízes que se tornam "oráculos do garantismo jurídico", decidindo de maneira não democrática, o que vem a ser justo, justiça e paz social.

A segurança jurídica é concebida como aquela o Direito nos proporciona de prever, até certo ponto, a conduta humana e as consequências da referida conduta, no pensamento de Manuel Atienza[63].

Essa previsão não pode se dar num âmbito de um pensamento único, no qual o intérprete, sem limites, perante o tribunal da própria razão, decide algo. A segurança jurídica advém da previsibilidade não apenas de uma conduta, mas também acerca do que pode acontecer caso a conduta ocorra ou não. Daí a necessidade de uma decisão judicial que observe toda a tradição acerca de um determinado fato, bem como a linguagem pública (intersubjetiva) conceitua esse fato, tudo exposto e debatido com pleno exercício do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Ocorre que, todavia, baseados em "estados de experiência interiores e pessoais", diversos magistrados, seja em sentenças ou acórdãos, seja em discursos, entrevistas ou outros meios extraoficiais, evidenciam que julgam "conforme sua consciência" ou "seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei", em circunstâncias "devidamente teorizadas" pela tese do poder discricionário.[64]

Assim é que, quando a teoria Neoinstitucionalista do processo não acolhe a proibição do princípio *non liquet* está fortalecendo a necessidade de esperar do processo e não da subjetividade do juiz, uma decisão adequada. O próprio código de processo civil (Art. 489) tentou estreitar a subjetividade decisória do magistrado

---

62 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 33.

63 ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 205.

64 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

pontuando os casos em que as decisões seriam nulas caso o julgador decidisse em desconformidade com a própria lei processual, corroborando com os institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia processuais que, tivessem por base a teoria rosemiriana em sua aplicação, fariam um rasgo histórico junto às teorias do processo.

2.4 Considerações parciais do capítulo

Em Bülow se inicia delimitação da matéria processual, pelo que ele vem ensinar que o processo é uma relação publicística lastreada primordialmente na figura do juiz, tendo as partes como meros colaboradores (sujeitos um ao outro)[65].

Já Goldschmidt em sua Teoria da Situação Jurídica, diz não haver entre autor e réu uma relação jurídica, no qual um estaria sujeito ao outro, mas uma "tensão que envolve as partes ante a incerteza do veredicto a que serão impingidas"[66] que o autor chamou de situação jurídica.

A partir da Segunda Guerra Mundial do direito processual civil foi se adaptando à nova realidade mundial, de forma a torná-lo, aparentemente, mais democrático, na medida em que se reforça a união da constituição (onde se encontram os direitos fundamentais) com o manejo do processo.

Em Fazzalari amplo descolamento das teorias antecedentes, ao tratar do processo como procedimento (atos sequenciais previstos em norma própria) em contraditório, uma vez que isso "retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental, da razão prática do decisor."[67]

No Estado Democrático de Direito a tomada de decisões deve ser feita com a participação do povo (de onde o poder é emanado), devendo ser incluída também a decisão judicial – o processo, com a participação dos legitimados, produzirá a melhor decisão para o caso. De outra sorte, não será uma decisão democrática.

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988 não se pode conceber o Poder Judiciário como garantidor da democracia, mas sim o devido processo

---

65 BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005, p. 5-6.

66 GRATEKI, Gabriel Gomes. **Vertente Dialética do Processo em Goldschmidt**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Gradução Stricto Sensu em Direito Mestrado em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 121.

67 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 23.

coinstitucionalizante (contraditório, ampla defesa e isonomia), que é o único que pode garantir uma hermenêutica isonômica (para todos e fiscalizável)[68].

No instrumentalismo reinante no Judiciário nacional, sendo o processo apenas mera ferramenta a serviço da jurisdição, sob a autoridade do magistrado que pode, de maneira infiscalizável, interpretar normas conforme sua consciência, o princípio democrático é reduzido à retórica.

As instituições democráticas existem para resolver determinados problemas (princípio da solvência), devendo estas serem guiadas pela teoria de sistema que mais perto esteja dos resultados que se buscam, pelo que, caso a instituição falhe, o erro pode estar na teoria escolhida.

Ao que parece, as normas de processo civil do país não são guiadas/testadas/fiscalizadas por nenhuma teoria dominante, ainda mais porque não se sabe qual sistema foi adotado ou é prevalente no ordenamento jurídico brasileiro. Faltam estudos sérios a respeito de Teorias dos Sistemas, muito também por culpa da própria Constituição de 1988 que foi omissa a este respeito. O instrumentalismo, por mais que digam ser uma teoria, nos moldes que vem sendo levado a cabo pelos tribunais pátrios, trata-se de verdadeira ideologia, já que, como se pode avaliar objetivamente e de maneira democrática, por todos os legitimados, uma decisão oriunda da experiência, sensibilidade, consciência do julgador?

Por outro lado, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, na qual o contraditório, a ampla defesa e a isonomia funcionam como instituintes e interpretantes do sistema, mostra-se como a mais adequada a orientar o processo, seus legitimados, os advogados e o julgador no caminho do direito processual democrático, exigência explícita na Constituição Federal de 1988.

---

68 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 114.

3 A INCOMPATIBILIDADE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A IDEOLOGIZAÇÃO DO PROCESSO

"Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?", questiona Norberto Bobbio[69]. É uma pergunta da qual se originam as mais diversas respostas, e que, como o próprio autor aponta em sua obra, tal discussão remonta aos debates da Antiguidade na Grécia.

Os que defendem "o governo dos homens" apontam que uma lei, por ser uma prescrição geral, não poderia observar as peculiaridades existentes nos mais diversos momentos, nem mesmo todos os casos que vierem a ocorrer, pelo que, assim, se precisaria de um governante sábio. De outra sorte, os que advogam "o governo das leis" entendiam que ela era "livre das paixões" e que punham limites aos governantes, e por consequência, eram uma proteção contra o arbítrio.

Nesse sentido, "enquanto o primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante, o primado do homem protege da aplicação indiscriminada da norma geral, desde que, o governante seja justo".[70] Essas duas hipóteses são, de certo modo, extremas, mas expõem de maneira clara os problemas que se queriam evitar: de um lado decisões brotadas da exclusiva sapiência do governante, e, do outro, decisões genéricas que não atenderiam à realidade fática.

Por óbvio que não se pretende alongar essa discussão, trazida como ilustração do que será adiante desenvolvido, já que para nós, a escolha fora feita na Constituição Federal ao constituir o Brasil em Estado Democrático de Direito, ou seja, o Direito (as leis) define como o Estado deve atuar, limita seu poder, bem como prescreve garantias e deveres aos cidadãos.

Desta forma é o instituto do processo – instituição pública coinstitucionalizante e coinstitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos (decisões) nas mais diversas esferas do Estado (judicial, legislativa ou administrativa)[71] – que legitima a tomada de decisões, de modo que, assim, eleva-se o processo como instituto constitucionalmente necessário para a tomada de decisões nos seus mais diversos

---

69 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 165.
70 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 167.
71 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018, p.99.

aspectos – legiferantes, judiciais e administrativos – para criar, transformar, postular ou reconhecer direitos, sob pena de ilegitimidade.[72]

3.1 O processo instrumental e a legitimação do autoritarismo

Hayek aponta que houve um crescimento exagerado daquilo que ele chama de Estados Previdenciários por conta de uma busca pelo ideal de "segurança econômica", que acabou por substituir quase totalmente a liberdade individual, que era o padrão anterior dos Estados Liberais. Essa mudança de paradigma seria justificada pelos seus supostos bons fins: melhorar as condições de vida das pessoas. Contudo, Hayek acreditava que isso era uma ameaça à liberdade, ao apontar que a segurança econômica

> Assim como a espúria "liberdade econômica", e com mais justiça, é muitas vezes apresentada como condição indispensável da autêntica liberdade. Em certo sentido isso é ao mesmo tempo verdadeiro e importante. É raro encontrar independência de espírito ou força de caráter entre aqueles que não confiam na sua capacidade de abrir caminho pelo próprio esforço. Todavia, a ideia de segurança econômica não é menos vaga e ambígua do que a maioria dos outros conceitos nesse campo; e por isso, a aprovação geral à reivindicação de segurança pode tornar-se um perigo para a liberdade.[73]

"Aprovação geral" a conceitos vagos e/ou ambíguos pode realmente se tornar um perigo à liberdade, uma vez que para preencher "o vazio" do conceito ou por fim a sua ambiguidade, necessitar-se-ia de uma autoridade que, com sua experiência, sensibilidade e anseios, encontrasse uma solução, ou seja, resolvesse com seu próprio arbítrio, a menos, todavia, que possuísse o que Platão chamou de ciência régia, que na explicação de Bobbio é forma de saber científico que permite, a quem a possua, o exercício do bom governo.[74] É isso que defende o processo instrumental.

Agigantar o poder dos juízes, como se possuidores da ciência régia, sob a premissa de se entregar decisões mais rapidamente, o que, em tese, traria benefícios ao cidadão. Este é um conceito de justiça que deve ser repensado.

---

72 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.98-99.

73 HAYEK. F. A. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010, p. 127.

74 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 167.

Dinamarco, baluarte da teoria instrumentalista, ao falar sobre o juiz, vai muito além, afirmando que este é

> O legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.[75]

O papel destinado ao juiz, consoante apontado acima, o coloca numa posição acima da Lei, e acima do povo que, por seus representantes criou a Lei. O direito é nascido da produção legislativa, ou seja, ela vem ao mundo após debates e procedimentos próprios (processo legislativo) já anteriormente determinados na Constituição. Assim, não nascem as leis sem sentido ou propósito, para que outro personagem necessite de lhes acrescer tais qualidades, afinal, “antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto”.[76]

Em outras palavras “a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política”. Logo, tem-se que “é esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”.[77]

No processo instrumental o Estado não tem participação, tem o comando, uma vez que decide e impõe sua decisão, enquanto participantes são as partes, demandante e demandado, bem como outros possíveis interessados, sobre quem o poder se exerce, sendo o processo, assim, não somente instrumento da jurisdição, mas também do exercício do poder.[78]

Nesse ponto, justa crítica fazem Georges Abboud e Rafael Oliveira:

> A ideia autoritária de se conferir o monopólio do poder ao Estado perante o qual os cidadãos estão apenas na condição de sujeitos, num Estado Democrático de Direito, o Estado apenas possui poder sobre o cidadão na medida em que o Direito lhe conferir esse poder. E o cidadão por sua vez não é apenas mero participante no processo, ele

---

75 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.
76 PASSOS, J.J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. RDC nº 7. Set-Out 2000, p. 7.
77 PASSOS, J.J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. RDC nº 7. Set-Out 2000, p. 7
78 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134-135.

> possui poderes que o Direito também lhe conferiu (direitos subjetivos privados/sociais) e direitos subjetivos contra o próprio Estado, aqui se radica a tarefa fundamental da jurisdição esta não consiste apenas na forma do Estado promover por meio de decisões seu poder, é também a jurisdição que assegura ao cidadão fazer valer seus direitos perante o próprio Estado (e.g., art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL 1988\3) algo que não pode ser concebido num paradigma em que o cidadão é apenas participante sobre quem o poder do Estado será exercido.[79]

Desse modo, tem-se a defesa, por parte de Dinamarco, de um tratamento publicista do processo, no qual a preponderância metodológica deverá ser focada na jurisdição, enquanto instrumento do Estado para cumprir seus objetivos.[80] Para o comando desse instrumento, afirma o processualista que "imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação."[81]

Rosemiro Leal rejeita tal proposição por entender que dessa forma o "processo se transfigura em uma estranha ritualística de judicância carismática (...)porque somente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo da divindade."[82]

No mesmo sentido assevera Perelman que ao se permitir "que o poder de formular regras estritas desça da esfera intangível em que se coloca a plenitude soberana da lei, ao domínio versátil de um juízo individual, nos exporemos a uma oscilação desconcertante das decisões de direito". [83]

Por óbvio que tais "oscilações" além de "desconcertantes" causariam sérios danos à segurança jurídica, uma vez tais decisões não são frutos de um regular, legítimo, legal e constitucional processo, mas do arbítrio do decisor.

O autoritarismo proposto pelo processo instrumental é exorcizado do Estado Democrático de Direito na medida em que o Estado exerce o poder "limitado pelas

---

79 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, vol. 166, Dez 2008, p. 12.

80 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, vol. 166, Dez 2008, p. 10.

81 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

82 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.98.

83 PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Editorial Civitas, 1979, p. 99.

normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico, legitimado e definido pelo intransigente respeito aos direitos e garantias fundamentais"[84]. É de se ver que essas limitações não existem onde "a infiltração de valores na vida dos processos", realizada pelo juízo gnóstico da autoridade, é capaz de rejeitar a intenção manifesta do legislador[85], legítimo representante do povo, eleito, e que produz leis por meio de prévio processo legislativo.

Nesse sentido, Abboud diz que "a relação jurídica como alvo de maior destaque no estudo do direito processual evita quaisquer assertivas autoritárias" uma vez que:

> (…) permite a manifestação efetiva de direitos e poderes que atravessam a historicidade em que se insere um determinado ordenamento jurídico, consagrando a possibilidade de exercício de poder do cidadão contra a autoridade estatal, superando a concepção do sujeito como mero participante sobre quem incidirá o poder jurisdicional, monopólio do Estado.[86]

Diante do atual paradigma constitucional de democraticidade, a aprovação geral da tese pela qual, cidadãos após aprovação em concurso público, tornem-se, a partir de sua posse no cargo de juiz, em "legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais",[87] é perigosa para o próprio andamento do Estado Democrático de Direito.

Contudo, os instrumentalistas apostam que o sucesso do processo está no juiz "antena", Abboud traz que:

> Visualizamos, assim, uma extrema confiança dessa corrente doutrinária no potencial dos magistrados, que deverão extrair as "legítimas expectativas" da sociedade, canalizando-as no momento decisório. Para os instrumentalistas, o juiz seria um agente privilegiado que, inserido na trama social, funcionaria como uma espécie de

---

84 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 18.

85 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

86 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual.** Revista de Processo, vol. 166, Dez 2008, p. 13.

87 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

> "antena", apta a captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários por ele "receptados".[88]

O exercício da jurisdição, todavia, não pode depender do talento dos magistrados. Os cidadãos ao buscarem o Estado-Juiz o fazem confiando na Lei, não no juiz, de outra sorte, legitimado estaria o governo dos homens de Platão. Ora, a partir do momento em que se experimenta a inclusão dos direitos fundamentais no âmbito de realização do processo, como legitimadores da Jurisdição, a atividade jurisdicional não pode mais ser aceita como "um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz", mas sim "uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo."[89]

Sob pena de se quebrar a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo, "não há para o órgão jurisdicional qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional".

No mesmo passo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, com lições de Dworkin:

> Porém, a justificação assim desenvolvida pelo órgão julgador não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada ao influxo de "ideologias", do particular critério ou livre sentimento de justiça, do espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais ou sócio-políticas do agente público julgador, marginalizando as questões e os argumentos posicionados pelas partes no itinerário processual, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber.[90]

No mesmo sentido se posiciona J.J. Calmon de Passos, ao defender uma "rigorosa disciplina" do processo para não se privilegiar o arbítrio dos decisores. Ele vai além, ao se referir ao "modismo da instrumentalidade do processo" como

---

88 ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo - Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, vol. 242 2015, p. 21 – 47, Abr 2015.

89 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.48-49.

90 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 177.

"perversidade ideológica, a ser combatida" ou se surgida "por descuido epistemológico, equívoco a ser corrigido".[91]

3.2 A decisão como ato discricionário do juiz e o ativismo

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, onde direitos e garantias fundamentais estão protegidos por força constitucional, é "absolutamente impróprio admitir qualquer resquício de arbítrio ou discricionariedade no exercício da função jurisdicional" nos moldes apregoados pelos defensores do "voluntarismo jurisdicionalista" ideologizado pela Escola Instrumentalista[92].

É dizer, consoante ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que "no Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo".[93]

A necessidade de se aprimorar o processo, contudo, é negada por Cândido Rangel Dinamarco, como se tal discussão sobre sua necessidade fosse discutir o sexo dos anjos, uma vez que aquilo que já se sabe sobre o processo "já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a criação de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados".[94] Contudo, tais "resultados práticos" – as decisões – não podem ser entregues à autoridade sábia que canaliza as virtudes de uma comunidade (conforme apregoado pelo autor), de modo a esperar dela e, ao seu tempo, um provimento oriundo de ponderações metajurídicas.

Nesse mesmo sentido, Dinamarco ao tratar sobre a função jurisdicional ensina que uma de suas características principais "é a independência com que o juiz a exerce", pois entende que isso "constitui fator muito favorável à dinâmica da Constituição e da lei" uma vez que seu conteúdo se transformaria a par da mudança de valores sociais; frisando que "o juiz independente não se aferra às linhas

---

91 PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **RDC** nº 7. Set-Out 2000, p. 7

92 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.49.

93 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 43.

94 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

interpretativas da jurisprudência formada sob o império de juízos valorativos superados", e que, por isso, o juiz, sendo independente, pode resistir "às mudanças operadas"; ao final exemplifica que caso o juiz (independente), "sendo conservador, terá sempre a legítima possibilidade de liberar as suas próprias tendências e com isso repudiar as interpretações progressistas."[95]

Ao usar a expressão "próprias tendências" como motivação ou forma de interpretação, reforça o voluntarismo jurisdicional proposto pelo instrumentalismo, ao passo que também amplia uma jurisdição ativista, que segundo Ada Pellegrini Grinover serve para "observar os direitos das minorias", os quais, segundo ela são "preservados em face da independência e imparcialidade do Judiciário". Para Grinover, na atual conjuntura, o juiz não é mais espectador, tornando-se protagonista "dos embates judiciais", portanto, é normal que tenha um papel mais "ativo". Para ela, a vocação dos juízes é "ouvir a voz das minorias", tendo por "couraça" a sua imparcialidade[96] (?!).

> A instrumentalidade, tal como foi formulada, apresenta-se como uma forma prática de pensar, sem diálogos mais amplos com a filosofia do direito e a hermenêutica contemporâneas. Com isso, a instrumentalidade parece mais capaz de propiciar um ativismo judicial de magistrados movidos por suas convicções éticas e políticas do que de estabelecer uma estrutura conceitual suficiente para estabelecer uma teoria processual efetivamente renovadora.[97]

Quanto ao ativismo, Georges Abboud o define como "afastamento da legalidade vigente" por parte do julgador. Ressalva, contudo, ao autor que, com isso não defende "que o juiz deve estar vinculado à legalidade estrita ou que lhe é defeso exercer atividade interpretativa", mas que apenas se deve deixar de aplicar lei quando esta for inconstitucional. E no que à interpretação jurídica, esta deve "seguir critérios

---

95 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48-49.

96 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2018, p. 127.

97 COSTA, H. A; COSTA, A. A. (2010). **Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo:** uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). 2010 v. 18 n. 72 out./dez.

seguros, partindo da noção de integridade e coerência do direito e, jamais, das convicções do aplicador."[98]

A seu turno, Carlos Marden vem dizer que ativismo judicial consiste na "ultrapassagem dos limites constitucionais" por parte do Poder Judiciário, indo além de sua função própria, adentrando nas esferas do Executivo e Legislativo.[99]

De certo que, como ensina Rosemiro Leal, uma interpretação puramente subjetiva que brota do íntimo do julgador, "exclusivamente de sua maneira de ver a vida e suas manifestações não tem lastro no ordenamento jurídico", tampouco no Estado Democrático, "pois não admite uma igualdade no exercício de interpretação para todos, o que sempre acarreta uma hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom senso e conveniência do decisor"[100].

Impossível, portanto, que, entregue à vontade do intérprete, possam as decisões sofrer efetivo controle uma vez que da maneira como o processo é conduzido e decidido sob os auspícios do instrumentalismo, este seria, segundo o professor Rosemiro Leal, uma "fórmula alquímica, inacessível às inteligências inferiores, envolvendo-se num mundo ritualístico da tradição da autoridade e do carisma judicantes"[101]

Desta forma, é como se o processo estivesse refém do psicologismo lógico da autoridade, não importando o ordenamento e a tradição jurídica sobre determinado assunto para a tomada de decisão, mas tão somente "os conteúdos, processos ou vivências psíquicas"[102] do decisor.

Sávio Passafaro Peres, no esteio do ensinamento de Edmund Husserl, explica que "a concepção da lógica pura (..) não possui nenhuma relação com a psicologia", ainda, que "não é possível defender a lógica pura e, ao mesmo tempo, conceder aos

---

98 ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo** – Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, vol. 242 2015, p. 21 – 47, Abr 2015.

99 MARDEN, Carlos; MACHADO, Camila Fechine. Ativismo Judicial: uma análise da judicialização da saúde em tempos de pandemia. *In* **Pandemia e os Direitos Fundamentais**. Joseli Lima Magalhães e Rosemiro Pereira Leal (Coordenadores). Teresina: EDUFPI, 2021, p.69.

100 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. – 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2017. P.154

101 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018. P.150.

102 PERES, S. P. **Psicologismo e psicologia em Edmund Husserl.** Aoristo, International Journal of Phenomenology, Hermeneutics and Metaphysics, *[S. l.]*, v. 1, n. 2, 2017. DOI: 10.6394/aoristo.v1i2.18209. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/aoristo/article/view/18209. p. 69.

empiristas sua concepção de subjetividade", desta forma, conclui que "a lógica pura, para ser fundamentada epistemologicamente, exige a refutação de toda forma de psicologia ou de teoria da subjetividade que a inviabilize."[103] É dizer, o itinerário (para a tomada de decisão) para ser lógico não pode ser pavimentado sobre as experiências, anseios e demais cargas da vida pregressa do decisor, uma vez que isso não está ao alcance do domínio intersubjetivo, de forma que possa ser validado ou rejeitado. Assim, não se trataria de uma decisão lógica, mas de psicologismo. Deste modo, a depender sempre de alguém, e não do ordenamento jurídico, enfraquece-se também a segurança jurídica.

A esse respeito, Perelman diz que jurista nenhum pode negar que a "segurança jurídica, que outorga a capacidade de prever, de maneira satisfatória, as decisões dos encarregados de dizer o direito, sejam juízes ou agentes administrativos, constitui um valor central do direito tal como agora se concebe."[104]

De acordo com Manuel Atienza, a segurança jurídica é, em sentido amplo, como a segurança que o Direito nos proporciona de prever, até certo ponto, a conduta humana e as consequências da dita conduta[105].

Essa previsão não pode se dar num âmbito de um pensamento exclusivo, no qual o intérprete, sem limites, perante o tribunal da própria razão, decide algo. Streck denuncia que baseados em "estados de experiência interiores e pessoais", diversos magistrados, seja em sentenças ou acórdãos, seja em discursos, entrevistas ou outros meios extraoficiais, evidenciam que julgam "conforme sua consciência" ou "seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei", em circunstâncias "devidamente teorizadas" pela tese do poder discricionário.[106]

Sobre essa discricionariedade, Rosemiro Leal aponta que "em face das constituições democratizadas, não mais apresenta contornos personalistas, voluntaristas ou arbitrários", e aqueles que creem que o juiz faz "a lei pela sentença",

---

103 PERES, S. P. **Psicologismo e psicologia em Edmund Husserl. A**oristo - International Journal of Phenomenology, Hermeneutics and Metaphysics, *[S. l.]*, v. 1, n. 2, 2017. DOI: 10.6394/aoristo.v1i2.18209. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/aoristo/article/view/18209. p. 68.

104 PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Editorial Civitas, 1979, p. 114.

105 ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar, 2014. p. 205.

106 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

regrediriam “ao autoritarismo romanístico-pretoriano” uma vez que ao negarem que o princípio da reserva legal e processo como “instrumentador da legitimidade da conduta do juiz”, mas como simples instrumento da jurisdição.[107]

Nesse sentido, mesmo na hipótese de uma abertura linguística que supostamente atraia a tentação da discricionariedade, deve o julgador demonstrar não seu entendimento pessoal, mas o entendimento historicamente enraizado no sistema jurídico sobre a questão[108].

Segundo Lênio Streck, tem-se como princípios informadores do Código de Processo Civil de 2015: a instrumentalidade das formas, a flexibilização da técnica processual, a proporcionalidade e a razoabilidade. Chama à atenção, contudo, é o princípio do “ativismo judicial”, “circunstância que desnuda não somente a indevida compreensão da noção de “princípio”, como também o problema do – agora sim – princípio democrático”. Assim, conclui o escritor que “o Código já nasce com um déficit de democracia ao deslocar o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário.”[109]

É certo que diante das conquistas implementadas na Constituição Federal de 1988, especialmente a inclusão em seu texto dos direitos e garantias fundamentais, no âmbito de uma democracia, não se pode aceitar como compatível o ensino kelseniano de que a interpretação é um ato (discricionário) de vontade, com a criação, pelo juiz (por sua subjetividade interpretativa), de uma norma individual para o caso concreto. Se assim o fosse, morta estaria a segurança jurídica, uma vez que apenas após a “edição da norma individual” para o caso concreto é que se saberia a conduta a ser seguida, ou a ser cessada.

3.3 O solipsismo judicial e o esvaziamento do papel técnico e institucional do processo

Sem o efetivo contraditório não há processo. De modo que o contraditório não consiste apenas em oportunizar às partes que se manifestem, mas sim, que suas

---

107 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.51.

108 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 136.

109 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

manifestações sejam levadas em consideração no momento da decisão, já que esta deve ser um trabalho conjunto, colaborativo e intersubjetivo, conforme expresso no artigo sexto do Código de Processo Civil brasileiro.

Contudo, sob a guia do Instrumentalismo, o solipsismo judicial tem alargado sobremaneira a subjetividade do julgador na condução e resolução do processo. Em seu magistério, Dhenis Cruz Madeira, diz que a

> A postura solipsista é frequentemente adotada no ambiente forense, mesmo em países democráticos, quando alguns magistrados, ao julgar, utilizam frases como minha íntima convicção, minha compreensão, não compreendo assim, decido conforme minha consciência, conforme minha convicção etc., em uma subjetividade ainda maior do que a percebida no cogito ergo sum (penso, logo existo) cartesiano, dada a falta de rigor metodológico de muitas dessas afirmações, ainda que alinhavadas com algumas citações legais e indicações de instrumento de prova, não raro, para mascarar a subjetividade subjacente à decisão em si.[110]

Apesar de ser algo que ocorra com muita frequência, tais decisões (solipsistas) não são compatíveis com o direito democrático, vez que, nele, a linguagem "teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia".[111]Apartado desses princípios-garantias, não se pode dizer que há processo, mas tão-somente um procedimento sequenciado. Streck em uma de suas obras traz claríssimos exemplos (de defesa do solipsismo) extraídos da realidade forense:

> Do mesmo Superior Tribunal de Justiça, tem-se que "se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência".
> Há, pois, um núcleo comum, uma espécie de holding, que torna o tema recorrente: o juiz não se subordina a "nada", a não ser ao "tribunal de sua razão". Com efeito, "o deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, a teor da letra do art. 208, última parte, do Código de Processo Penal, não vicia a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não

110 MADEIRA, Dhenis Cruz.O que é solipsismo judicial?. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

111 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. – 2. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2017. p. 65.

> encerrada a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação...". Ou seja, em *ultima ratio*, em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.[112]

Fica a parecer, como demonstrado no exemplo acima, que os cidadãos estão aprisionados naquilo que o "livre convencimento" ou a "consciência" do julgador entender por justo, após sua absorção das sensações advindas do "universo axiológico" da sociedade.

No sentido inverso do solipsismo, J.J. Calmon de Passos ensina que o direito é uma das maneiras de se conferir sentido e significação ao agir humano, exigindo, assim, para sua compreensão, "ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, ineliminável dimensão intersubjetiva e lingüística de sua produção". Desta forma, indispensável faz-se a institucionalização do direito "fundamental de se participar, ativa e responsavelmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas"[113].

Nesse particular não trata J.J. Calmon de Passos apenas das decisões judiciais, mas de todas as formas de tomadas de decisão no Estado Democrático de Direito. Contudo, mais evidente se torna a necessidade da institucionalização desse direito com formas de controle da decisão judicial, de uma maneira que as manifestações das partes no decurso processual sejam efetivamente levadas em consideração no momento da decisão a que estão obrigados. É dizer, a decisão judicial deve ser efetivamente construída no ambiente colaborativo do processo (Art. 6º do Código de Processo Civil).

No mesmo sentido, Madeira, ao assertar que no Estado Democrático de Direito, "o modelo constitucional de processo proposto pelas Constituições democráticas não admite a atuação solitária do magistrado", não podendo, assim, o magistrado considerar como "acessória ou eventual a colaboração das partes na construção do

---

112 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

113 PASSOS, J.J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal.** RDC nº 7. Set-Out 2000, p. 8.

provimento jurisdicional", uma vez que tal "colaboração não se limita à oportunidade de manifestação das partes e dos seus advogados, mas de, efetiva e seriamente, levar em consideração o argumento das partes."[114]

Audard, da mesma forma, no esteio dos pensamentos de Rawls e Habermas, que, segundo ela, concentraram esforços para a descobrir um novo método de legitimação da democracia, e chegaram a uma conclusão semelhante:

> A normatividade do direito e da justiça só pode nascer da autonomia moral dos próprios cidadãos, da cooperação e da discussão entre eles e condições de liberdade e de igualdade, de maneira a fazer com que o uso de seus direitos de comunicação seja orientado para o bem público.[115]

Contudo, tanto Rawls quando Habermas consideram a autonomia moral como um "conjunto institucionalizado de práticas e processos que garantem que os cidadãos são responsáveis pelos princípios e normas aos quais devem se submeter". Desse modo, é trazido para a tomada de decisões o elemento "intersubjetivo" que tem forças para afastar o relativismo e o solipsismo, tornando assim, a decisão mais amoldada ao princípio democrático, portanto, legítima.

> A existência de um verdadeiro debate público em que cada cidadão pode apresentar suas razões a todos os outros, e um acesso igual de todos aos processos de deliberação e de decisão, que acabam por desempenhar o papel de um critério transcendente de justiça. [116]

É sob o paradigma da democraticidade que se devem elaborar lei e tomar decisões, obviamente, com a participação de todos os interessados, rejeitando-se o relativismo e o solipsismo. Contudo, ainda no século XXI, sob o império da Constituição democrática de 1988, acredita-se que o juiz, por qualidades que "lhes são subjetivas e imanentes, seja capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro

---

114 MADEIRA, Dhenis Cruz.**O que é solipsismo judicial?** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

115 AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. *In* **Habermas: o uso público da razão**. Rainer Rochlitz (Coordenador). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p.82.

116 AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. *In* **Habermas: o uso público da razão**. Rainer Rochlitz (Coordenador). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p.82.

para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes."[117]

J. J. Calmon de Passos, em seu magistério, vem dizer que nenhum saber "é neutro, nenhum saber é definitivo, nenhum saber é absoluto, pelo que em seu nome, nada pode ser imposto aos homens, que têm sempre o direito (no sentido de poder de resistir e de exigir) de problematizá-lo". [118]

Tendo-se que uma sociedade regida pelo direito é, ao mesmo tempo, uma sociedade linguística, supõe-se que os termos usados nos textos das leis devam ser entendidos num sentido comumente aceitado, a menos, que por razões especiais, se justifique a troca desse sentido comum para a utilização de outro.[119] A intersubjetividade deve sempre estar presente, pois indicador de legitimidade.

De outra sorte, deixando-se a decisão à mercê da consciência da autoridade judicante, "há uma radicalização do eu, uma expansão da subjetividade, da solidão ao decidir, ou, pode-se dizer, uma imposição da subjetividade de um em detrimento do outro."[120] Este é, pois o cerne do solipsismo judicial. Exemplo claro dessa "radicalização do eu" e expansão da subjetividade" pode ser encontrado na decisão abaixo, proferida pela juíza Adriana Sette da Rocha Raposo, à época, titular da Vara do Trabalho de Santa Rita, na Paraíba:

> A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com

117 MADEIRA, Dhenis Cruz.**O que é solipsismo judicial?**. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

118 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.8.

119 PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Editorial Civitas, 1979, p. 129.

120 MADEIRA, Dhenis Cruz.**O que é solipsismo judicial?.** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

> bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele.[121]

Se a lei, em seu processo de formação, exige debates, defesas, votação, consenso ou decisão da maioria, por que sua interpretação e aplicação estariam sujeitas a um único indivíduo sem regras claras de como ele deve atuar para extrair da lei a norma a ser aplicada no caso concreto, de modo a produzir uma decisão que seja intersubjetivamente compreensível, logo criticável? É sabido que aqueles que estejam inconformados com uma decisão judicial podem se valer dos recursos cabíveis, contudo, o mero inconformismo não pode fundamentar as razões recursais, há de se detalhar em que ponto o magistrado foi omisso, em que ponto deixou de observar este ou aquele argumento, etc. Em outras palavras, é preciso ser objetivo.

O controle intersubjetivo da decisão judicial permite justamente poder recorrer de uma decisão que não observou o ordenamento e tradições jurídicas sobre determinado assunto, por outro lado, é conformar-se com uma sentença contrária aos seus interesses por entender que a decisão foi adequada uma vez que apresentou seus fundamentos da lei e na tradição jurídica acerca do objeto da lide.

A jurisdição não pode ser uma ação isolada do juiz solipsista, antes de tudo, ela deve estar vinculada ao Estado Democrático de Direito[122], uma vez que, a Constituição Federal de 1988 proibiu o Legislativo de deliberar sobre emendas que visassem alterar a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais, implícito está que da mesma forma o Executivo e o Judiciário devem agir no mesmo sentido. Especialmente o Judiciário no seu mister exclusivo da jurisdição, no âmbito do devido processo constitucional, que certamente não se trata de instrumento para decisão solitária da autoridade, mas instituição pública coinstitucionalizante e coinstitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos (decisões) nas mais diversas esferas do Estado (judicial, legislativa ou administrativa). Nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo

---

121 Processo nº 01718. 2007.027.13.00-6, *in*: https://www.conjur.com.br/2007-nov-17/juiz_superior_qualquer_material_juiza, acessado em 21 de outubro de 2021.

122 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 161.

pode ser exarado em desaviso aos princípios institutivos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e isonomia[123].

Ao revés do procedimento em juízo solipsista, “o discurso processual não mais aceita que os fundamentos das decisões se blindem da crítica, sob pena de não poder ser adjetivado como democrático”, conforme anteriormente demonstrado pelo princípio da vinculação, tal se dá pela impossibilidade de se “exercer o contraditório – princípio basilar da democracia – sob um argumento que supostamente reside na consciência, na moral e na compreensão metajurídica dos interlocutores”. Ora, o contraditório (efetivo e levado em consideração na tomada de decisão) é peça fundamental sem a qual não há processo, apenas “mero rito, mera forma sem conteúdo”. Por fim, afirma Madeira que “sair do Direito para argumentar é, na verdade, excluir a fiscalização recíproca do discurso processual, retirando deste sua legitimidade democrática”, pois, sem sombra de dúvida, “é impossível fiscalizar validamente um argumento extraído do juízo subjetivo”.[124]

Nesse sentido, Rosemiro Leal aponta que o princípio da legalidade foi integralmente adotado pela Constituição Federal de 1988 como pressuposto da “operacionalização institucional do processo”, logo, não existe devido processo fora da legalidade, e a jurisdição “é a atividade estatal só legitimável pela tutela do processo”[125] (neoinstitucionalista). Para o processualista, ocorre um fenômeno no qual o homem vem-se colocando, “por aparelhos ideológicos, acima das instituições jurídicas, num incitamento obsessivo ao culto de poderes estatais ou personalidades supostamente salvadoras”[126]. Fenômeno este que certamente alimenta o instrumentalismo/solipsismo, ou induz a eles.

Outro ponto a ser destacado quando se trata de instrumentalismo e solipsismo judicial, são as expressões legais vazias de significados ou de significados amplíssimos a, ainda, as “lacunas da lei” que, fatalmente, o julgador haverá de pôr ali uma determinação, haja vista a proibição do *non liquet*. Nesse particular, importa

---

123 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, P.99.

124 MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é solipsismo judicial?. Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

125 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.99.

126 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.99.

trazer a preocupação de Bryan Z. Tamanaha[127], ao tratar sobre “Os perigos do infiltrante instrumentalismo legal”:

> More critically, legal instrumentalism, and the battle it has generated, threatens to corrode the integrity of law, in at least two different respects. A distinguishing characteristic of law has always been that it is a manifestation of public power that is to be wielded in furtherance the public good. The legitimacy of the law, its claim to obedience, is based upon this claim. Without this characteristic law is raw coercion. If the law is an empty vessel, an instrument to be filled in and applied to the advantage of any group that successfully controls it, then law will involve the application of public power to private advantage, in the pursuit of a private agenda.[128]

Aqui, o professor americano vem dizer que, se a lei é um recipiente vazio, um instrumento a ser preenchido e aplicado para vantagem de qualquer grupo que o possa controlar, então o direito seria o uso do poder público para vantagens particulares na implementação de uma agenda particular. Similarmente Rosemiro Leal diz que:

> Mesmo na chamada modernidade, em que o direito é posto na realidade pelo discurso da lei atribuída a um povo ou representante desse povo, ainda se crê que a lei, como instrumento formal do direito, apresenta lacunas que são inerentes ao sistema jurídico e, como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei. (...) pelas convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma Sociedade Intocável.[129]

A lei não deve, pois, ser um instrumento do juiz solipsista para dizer o direito, mas deve ser o seu próprio fundamento, uma vez adotado o princípio da reserva legal, e o do devido processo constitucional. Todavia, existe um esvaziamento

---

127 O Professor Brian Z. Tamanaha é um renomado estudioso de jurisprudência e direito e sociedade, e autor de dez livros e mais de setenta e cinco artigos e capítulos de livros. Seu último livro é Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences (Oxford 2021). Seu livro anterior, A Realistic Theory of Law (Cambridge 2017), recebeu o IVR Book Prize 2019 da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social para o melhor livro de filosofia jurídica publicado em 2016-18, bem como uma Menção Honrosa para o Prosa Awards in Law 2018 pela Association of University Presses. Quatro de seus livros receberam prêmios internacionais, incluindo A General Jurisprudence of Law and Society (Oxford 2001), que ganhou um prêmio de direito e sociedade e um prêmio de teoria jurídica (prêmio de $ 50.000 AUS).

128 TAMANAHA, Brian Z., **The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism**. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=725582, acesso em 22 de outubro de 2021. p. 65.

129 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 32.

procedimental quando se trata da condução de um “processo” por um juiz que decide conforme a própria consciência. É dizer, nas palavras de Madeira, “o juízo solipsista abandona por completo a metodologia presente no devido processo e, por consequência, no modelo constitucional de processo.”[130]

Continua Madeira à guisa da doutrina de Feyerabend, afirmando que “aceitar que a decisão judicial esteja fundamentada em critérios subjetivos e metajurídicos é o mesmo que adotar o anarquismo metodológico no discurso processual”.[131] É justamente tal anarquismo metodológico que esvazia a tecnicidade e o papel institucional do processo.

O paradigma de democraticidade (que também é um princípio) expurgou a figura do juiz “paternalista ou do *magister* em juízos de desvinculada subjetividade”, haja vista a revogação, pelas constituições democráticas, de sistemas inquisitórios e de livre convencimento, uma vez que estes “historicamente assentados em bases autocráticas e carismáticas de juízos de arbítrio, discricionariedade, conveniência e equidade, sem qualquer suporte no princípio da anterioridade e exterioridade normativas”[132]

Para se evitar o arbítrio e permitir uma fiscalidade pública das decisões judiciais, de modo que os cidadãos possam calcular/planejar suas ações, sob a proteção da segurança jurídica, a fundamentação das referidas decisões não podem ser frutos de julgador que não sai de si mesmo (Streck) e decide com seus próprios juízos de sabedoria, clarividência e magnanimidade (Leal). Deve, pois, a autoridade julgar dentro de limites e critérios “previamente determinados pela lei para o seu autoconvencimento ante os fatos e atos examinados”.[133]

Numa Democracia as decisões são tomadas pelo povo que, de acordo com a Constituição Brasileira, é de onde emana todo o poder. Assim, o solipsismo judicial é

---

130 MADEIRA, Dhenis Cruz.O que é solipsismo judicial?. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210

131 MADEIRA, Dhenis Cruz.O que é solipsismo judicial?. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210

132 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018, p.184-185.

133 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018, p.184-185.

uma anomalia antidemocrática pois nega a efetiva participação dos interessados na formação do provimento judicial. Não há democracia sem participação.[134]

Assim, numa democracia, o processo não está a serviço da jurisdição. O processo por escopo garantir isonomia ao discurso dos interessados, ou seja, tem por função garantir a liberdade das partes durante o debate na jurisdição. [135]

3.4 O instrumentalismo e o processo ideologizado

Até aqui, é possível afirmar que a instrumentalidade se apresenta como uma forma prática de pensar, sem diálogos mais amplos com a filosofia do direito e a hermenêutica contemporâneas.[136] Apresenta-se, portanto como uma ideologia, que, conforme Jesus Ranieiri, no esteio da doutrina de Lukács, é "a tomada de consciência dos problemas que afetam grupos sociais, assim como a orientação para a resolução destes conflitos", ainda que a "ideologia é, nessa medida, um elemento regulador, cujo fim é dirimir conflitos sociais."[137]

O instrumentalismo não seria, então, uma teoria, mas uma série de enunciados que não podem não podem ser justificados ou confirmados senão por outros enunciados, ou por dogmas, ou ainda pelo psicologismo, caindo assim no trilema popperiano (dogmatismo – regressão infinita – psicologismo). Donde se tem que o dogmatismo é a aceitação do enunciado por força da autoridade do autor, a regressão infinita por conta de outro enunciado, e o psicologismo é aceitação do enunciado não apenas por outro, mas também pela experiência perceptual.[138]

Candido Rangel Dinamarco afirma que "a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a

---

134 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

135 CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos Falar sobre o Instrumentalismo Processual.** Empório do Direito, Florianópolis, out. 2017. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acesso em 20 de nov 2021.

136 COSTA, H. A; COSTA, A. A. (2010). **Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo**: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). 2010 v. 18 n. 72 out./dez.

137 RANIERI, Jesus. **Sobre o conceito de ideologia.** Estudos de Sociologia, v. 7, n. 13/14, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/106749>.

138 SOUSA, Rafael Silva. **A Resposta Popperiana para as Teses Holísticas de Duhem e Quine**. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal Do Piauí – UFPI, Programa De Pós-Graduação Em Filosofia. Teresina, 2018, p. 67.

interpretação sociológica dos textos". O processualista afirma haver várias razões para essa ocorrência, mas que a "causa mais aguda" seria "o preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado".[139]

Tem-se que, para justificar uma de suas afirmações, Dinamarco utilizou-se do psicologismo, ao afirmar que o motivo da lentidão da evolução do direito processual em relação à Constituição se devia ao "preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico". Esta última afirmação pode ser comprovada num âmbito técnico-científico ou mesmo lógico, sem fiar-se no psicologismo ou dogmatismo? Como validar a afirmação de que, através do juiz, a sociedade fará escolhas no processo?[140] Se como antes demonstrado, no solipsismo judicial sequer os argumentos dos partícipes são efetivamente considerados, e suas interpretações da lei relativamente ao caso concreto são utilizados na formação do convencimento e fabricação do provimento?

O que se tenta demonstrar nesse particular não é o fato de ideologia, de maneira objetiva, seja ruim. Afinal, as leis são carregadas das ideologias que seus fazedores possuem. A questão a ser apontada no processo instrumentalista (ideologizado) é que sua ideologia não é a constitucionalmente adotada. É dizer, a ideologia constante da Constituição brasileira não abarca do instrumentalismo, logo, pode-se dizer o mesmo do processo instrumental.

Candido Rangel Dinamarco ao afirmar que "a visão instrumentalista do sistema precisa levar o juiz a desapegar-se de formalismos também nos critérios de julgar" rejeita o princípio da legalidade, e, ainda, ao dizer que no momento do julgamento, deve ter o juiz "uma mentalidade sensivelmente instrumentalista", rende-se a um psicologismo que, por definição, não pode ser impessoal e imparcial, violando, por óbvio, os princípios da impessoalidade e imparcialidade. Quais critérios objetivos e democráticos podem levar alguém a saber o que é "uma mente sensivelmente instrumentalista"? Não existem. Apenas no seu íntimo alguém pode se considerar ou não "sensivelmente instrumentalista". Indo adiante, como saber se o juiz está "imbuído

---

139 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

140 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 40-41.

dos valores" corretos? Sem possibilidade de controle por todos os cidadãos, sem que estes, a fonte originária do Poder, consigam entender como tal decisão é tomada, não há democracia.

O alargamento da subjetividade promovido pelo instrumentalismo com sua ideologia de se flexibilizar as formas e a maneira de decidir de modo a dar um rápido resultado para quem busca a jurisdição tem acumulado cada vez mais poder nas penas dos juízes das mais diversas instâncias que, imbuídos das próprias ideologias (cada um com a sua), valores, experiências, tem causado danos toda a sociedade, na medida que não se julga de acordo com o direito, mas de acordo com a própria consciência.

No âmbito democrático, para a tomada de decisão, na avaliação dos princípios que serão utilizados em sua formação, não se deve levar em consideração aquilo que neles está de acordo com a ideia pessoal do julgador, mas sim, que o processo de escolha desses princípios seja reconhecido por todos como justo.[141]

J. J. Calmon de Passos, em crítica ao instrumentalismo, afirma que os pioneiros na construção do processo civil brasileiros jamais trataram da instrumentalidade como princípio processual, ou coisa parecida.

> Se nos voltarmos para a doutrina nacional, a mesma conclusão será tirada. Da instrumentalidade, como princípio fundamental do processo, não cuidaram nem PONTES DE MIRANDA, nem LOPES DA COSTA, como também FREDERICO MARQUES, BUZAID, AMILCAR DE CASTRO e LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, pioneiros no tratamento moderno de nosso direito processual. Também num livro muito lido e prestigiado na década de quarenta, *Los princípios formativos del processo civil*, ROBERT WYNESS MILLAR nenhuma referência faz ao princípio da instrumentalidade, nem mesmo indiretamente a ele se referindo o autor. A partir da década de cinqüenta, em plena renovação do pensamento jurídico do após Segunda Guerra Mundial, um autor, insuspeito de ser ortodoxo, reacionário ou individualista empedernido, ANDRÉA PROTO PISANI, ao falar no caráter instrumental da norma processual (não do processo, frise-se) adverte sabiamente que essa instrumentalidade consiste no fato de que só lhe cabe intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada, e também no sentido de que o direito substancial é indispensável para o direito processual. Isso, contudo, enfatiza ele, não autoriza concluir-se que o

141 AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. *In* **Habermas: o uso público da razão**. Rainer Rochlitz (Coordenador). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p.95.

> direito processual seja secundário em relação ao direito material e que este possa menosprezá-lo.[142]

A diminuição do papel do processo, relegando-o a um mero instrumento da jurisdição, evolução do pensamento de Bulow – Relação Jurídica –, apresentado por Cândido Dinamarco, é, pois, tomando-se a análise feita por Calmon de Passos, algo relativamente novo no meio processual nacional. O próprio prof. Dinamarco referindo-se ao instrumentalismo, confirma ser esta uma "novidade", quando sugere que "o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento".[143]

Segundo o Calmon de Passos, o instrumentalismo se mantém pela "força do prestígio de seus arautos".[144] Este pensamento pode ser unido ao pensamento de Rosemiro Leal (tratando da proibição do *non liquet*, mas que certamente é uma crítica à todo o sistema instrumentalista) quando este afirma que o instrumentalismo se sustenta "pelas convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma Sociedade Intocável".[145]

Assim é que vem André Cordeiro Leal afirmar que a Escola Instrumentalista não põe seus anseios no processo, de outra sorte, põe sua esperança no juiz magnânimo e preparado.[146] Desta forma, diz Antonio Carvalho Filho que para o instrumentalismo "o processo é visto como um mal necessário para a obtenção da tutela jurisdicional em tempo adequado e com satisfação integral, custe o que custar".[147]

A ideologização, pois, do processo, como instrumento do poder (jurisdição) para a pacificação social, não levando em consideração, como deveria ser, da lei e do direito, mas pugnando por uma cada vez maior flexibilização das formas e dos parâmetros de decisão do juiz, tendo neste a personificação da justiça, o "canal" pelo

---

142 PASSOS, J.J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. RDC nº 7. Set-Out 2000, p. 11.

143 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

144 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.68.

145 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 32.

146 LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 137.

147 CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos Falar sobre o Instrumentalismo Processual.** Empório do Direito, Florianópolis, out. 2017. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho.

qual a “sociedade faz escolhas”, com fins de entregar a decisão colhida de sua consulta ao “universo axiológico” da sociedade, se trata, como afirmado por Calmon de Passos, posição da qual comungamos, de “uma postura ideológica perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de vivência política”.[148]

3.5 O instrumentalismo e o Estado de Exceção

Rosemiro Leal, citando Rosa Maria Cardoso da Cunha, sustenta haver um “caráter retórico” do princípio da legalidade, uma vez que os “juízos dos julgadores” substituiu os “juízos de direito”, e que tal situação se encontra perfeitamente exemplificada pelo instrumentalismo processual[149]:

> Exemplo máximo é a prática da “escola instrumentalista do processo” que, ao trabalhar o conceito de processo como instrumento da jurisdição (atividade dos juízes), cria uma “instrumentalidade” metajurídica autoritária para o exercício da atividade “jurisdicional” de tal sorte a instalar uma metalinguagem inerente ao saber judicante como ideologia de comunicação e ponderabilidade a partir do julgador, identificando, na sua pessoa, processo e jurisdição como faculdades inseparáveis do sujeito decisor.

Esse autoritarismo se manifesta quando não decidindo com o direito, mas com suas próprias consciência, experiências, sensibilidade, ideologias e com suas peculiares concepções de justiça, o juiz usa o poder estatal para impor um comando cujo destinatário não participou efetivamente para sua elaboração. A situação, contudo, pode ser ainda mais grave.

> Mais grave que o "caráter retórico" da legalidade é a tirania decisória que seus efeitos acarretam com a consequente exclusão da possibilidade processual de uma democratização do sentido da lei, o que tem levado a humanidade a experimentar secularmente a ditadura da linguagem historicista (paideica) dos líderes carismáticos que se apresentam como dirigentes predestinados, juízes oniscientes,

148 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.68

149 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 153-154.

> funcionários íntegros e talentosos, patriotas autênticos e burocratas indispensáveis.[150]

Importa, ainda, trazer a observação feita por Calmon de Passos, ao defender o devido processo constitucional jurisdicional (democrático), quando afirma que "para evitar sofismas e distorções maliciosas", que ele (devido processo constitucional jurisdicional) "não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir."[151]

Dentre essas garantias tem-se o contraditório, que não quer dizer apenas que uma parte deve ter ciência e contrapor-se à manifestação da outra, mas, sob a perspectiva democrática inaugurada pela atual Constituição Federal da República, o contraditório dever ser entendido e aceito como ensinado por Ronaldo Brêtas:

> Garantia constitucional de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo em suas fases lógicas e atos, a fim de que, em igualdade de condições possam influenciar o juiz no julgamento de questões de fato e de direito que surjam discutidas ao longo de todo o itinerário procedimental, relevantes à solução decisória almejada.[152]

Diante, pois, da predominância do instrumentalismo, que na prática substitui os juízos de direito pelo juízo dos julgadores[153], e segundo o qual os juízes podem afastar a manifesta intenção do legislador, bem como julgar conforme suas convicções (progressista ou conservadora)[154], tendo em vista não o direito conforme advindo do parlamento e o efetivo contraditório, mas a justiça criada pelo decisor solipsista, é que Rosemiro Leal aponta a existência de um Estado de Exceção.[155]

---

150 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 154-155.

151 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.68-69.

152 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 136.

153 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2017. p. 153-154.

154 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48-49.

155 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.183-184.

Ora, os juízos dependentes do voluntarismo das autoridades, que emitem decisões de acordo com suas consciências, negando isonomia discursiva entre partes e juízes[156] acabam, na realidade, praticando a suspensão da legalidade conforme produzida pelo órgão legitimado para sua produção, fazendo nascer, assim o estado de exceção.

Adiante do já apresentado pela ideologia instrumentalista, tem-se também a sugestão dada pelo processualista Cândido Dinamarco de flexibilização da garantia da coisa julgada, informando aos juízes que a eles cumpre o dever de em

> todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc.[157]

Sobre isso, Abboud afirma que tal ideia de se relativizar a coisa julgada quando esta for injusta, "possui um perfil teratológico, porquanto, permite a abertura para o estado de exceção no Brasil, na medida em que cria um vazio de direito em decorrência de negar o próprio Estado Democrático de Direito".[158]

> Essa teoria parte de casos isolados em nosso sistema (sentenças injustas, inconstitucionais…) e acaba por propor a suspensão de nossa legalidade instituindo a relativização da coisa julgada, teoria na qual toda a ordenança jurídica é prejudicada, uma vez que ao se relativizar a coisa julgada, a legalidade é suspensa, ao se desconsiderar a coisa julgada, desconsidera-se o próprio Estado Democrático de Direito, essa ruptura com a legalidade possibilita a ascensão do estado de exceção.[159]

É importante o reforço de que coisa julgada material é característica do Estado Democrático de Direito e é o que garante efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Assim, afirma Marinoni que "de nada adianta falar em direito de

---

156 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.183-184.

157 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material.** RePro 109/32. São Paulo: Ed. RT, 2003

158 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo:** críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, Dez 2008, p. 16.

159 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo:** críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, Dez 2008, p. 16.

acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente."[160]

Para Rosemiro Leal a coisa julgada, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, "assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo", não sendo mais um "mero atributo" ou "qualidade" do efeito da sentença de mérito. Pelo que, continua o epistemólogo:

> (...) impõe-se a distinção entre a sentença transitada em julgado como ato jurisdicional afetado pela preclusão máxima com a coisa julgada, esta agora como garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritais pelo atendimento ao direito fundamental do devido processo.[161]

A coisa julgada é, assim, na doutrina rosemiriana, instituto-garantia constitucionalizado insuscetível de revogação, relativização ou desconsideração. Trata-se de um instituto articulado a outros, para, nas palavras de Rosemiro Leal, "afastar uma Jurisdição milagreira que escolhe, a seu alvitre, quais os casos que devem merecer a aplicação dos direitos fundamentais do DEVIDO PROCESSO: ampla defesa, contraditório e isonomia".

Para Abboud, a defesa (no âmbito do Estado Democrático de Direito) da relativização da coisa julgada, para além das hipóteses previstas no Código de Processo Civil, no prazo de dois anos também lá fixado, após o qual a coisa julgada material torna imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada independente da legalidade ou justiça, é o mesmo que "criar sua própria lei, partindo da premissa de que a necessidade não conhece lei". Abrindo caminho para a ascensão do estado de exceção. [162]

---

160 MARINONI, Luis Guilherme. **Relativizar a coisa julgada material?.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo15.htm. Acessado em 01 de novembro de 2021.

161 LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada** – temática processual e reflexões jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5.

162 ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo:** críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, Dez 2008, p. 16-17

4 ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DOS ARTIGOS 489, §§ 1º 2º, E 926, do CPC, À LUZ DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

O Código de Processo Civil nacional que entrou no mundo jurídico em 2015 com a intenção de dar mais agilidade ao processo e, ao mesmo tempo, limitar os poderes dos juízes não logrou êxito nesses intentos. Houve avanços, mas estes ainda não estão devidamente enquadrados no paradigma democrático vigente desde a promulgação da Constituição Federal da República de 1988.

Ainda se tem, de maneira quase que hegemônica, a instrumentalidade do processo renovada no novo código, que busca a uma celeridade na entrega da decisão judicial, e não propriamente uma decisão constitucionalmente adequada, ao se fiar ainda, na figura do juiz que, da maneira que achar mais adequada, regulará (flexibilidade das normas) o contraditório e ampla defesa, nos moldes propostos pela ideologia instrumentalista. Nesse mesmo sentido, se manifesta Joseli Lima Magalhães, quando afirma que com o escopo de celeridade processual do novo CPC, "ainda que encoberto pelo manto da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, é alicerçado na concepção autoritária e centralizadora de pôr na figura do juiz a decisão."[163]

Deve-se, contudo, ir mais além ao se analisar o papel do magistrado sob os auspícios do Código de Processo Civil. A linguagem adotada pela lei processual coloca o juiz não apenas como intérprete/aplicador da lei, mas torna-o também um co-legislador, na medida em que deixa para o magistrado a tarefa de efetiva de dar sentido às palavras e expressões. No artigo 8º do código está dito que "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". Aqui mais uma vez vale trazer a justa crítica feita por Joseli Magalhães, quando diz que o legislador confiou à subjetividade (criatividade) do juiz a resolução de questões transformadas em ações judiciais. Confiou-se ao juiz (pessoa) e não ao processo democrático (instituição democratizada).

---

163 MAGALHÃES, Joseli Lima. **A construção do novo código de processo civil brasileiro a partir da influência exercida pela comissão de juristas elaboradora do anteprojeto:** a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. Revista Paradigma, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017.

> (...) o legislador ainda insiste em apostar na subjetividade do magistrado para a resolução das demandas no Estado Democrático de Direito, na medida em que expressões como “fins sociais” “exigência do bem comum”, “dignidade da pessoa humana” e “razoabilidade” são vagas, imprecisas e até mesmo manipuláveis, constituindo “prato cheio” para o magistrado imprimir uma visão pessoal no momento da decisão.[164]

O artigo 1º do Código de Processo Civil determina que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa” observando-se suas disposições. Logo no início, pois, tem-se uma referência e reverência expressa do processo civil à Constituição Federal. Tomando-se, assim, o paradigma de Estado Democrático de Direito, tem-se que “o discurso processual democrático, por se basear no respeito às diferenças, não admite que alguém imponha sua moral (ou intuição, convicção, sapiência etc.) ao outro” tal postura é profundamente subjetiva e certamente arbitrária. Desta forma, diante da complexidade da sociedade contemporânea, e da diversidade dos legitimados ao processo,

> A única possibilidade (como hipótese) de se construir uma decisão judicial de forma compartilhada e sem que se suplante o direito à diferença – incluindo-se o direito das minorias – é elegendo-se um *medium* linguístico do Devido Processo Legal, ou seja, é se adotando um procedimento argumentativo comum (devido processo legal) regido por princípios jurídicos institucionalizados que garantam essa coparticipação (devido processo constitucional).[165]

O devido processo constitucional é a garantia de um processo democrático, vez que, como ensina Rosemiro Leal, é necessário um controle sobre a interpretação jurídica pelos princípios autocríticos do processo (interpretante) a encaminhar “um direito igual de compreensão e operacionalização (hermenêutica isonômica) de um sistema processualmente coinstitucionalizado para todos os destinatários normativos”[166].

---

164 MAGALHÃES, Joseli Lima. **A construção do novo código de processo civil brasileiro a partir da influência exercida pela comissão de juristas elaboradora do anteprojeto:** a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. Revista Paradigma, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017.

165 MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é solipsismo judicial?.** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210

166 LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; ANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. [Coords]. **Processo como democracia na**

Ora, não há dúvidas, conforme expresso no artigo 1º a lei processual que esta deve curvar-se ao princípio democrático e demais direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal, logo, "são também normas fundamentais do processo civil brasileiro todas as disposições constitucionais que cuidam do processo, tenham ou não sido lembradas pelo Código".[167]

Com esse intuito de fazer da Constituição Federal um balizador para as interpretações da lei processual e, ao mesmo tempo, diminuir o protagonismo do juiz, é que entre as normas fundamentais do processo civil, consoante disposto no artigo 6º do CPC foi estabelecido que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Assim, apesar de o instrumentalismo ainda dominar o CPC, há artigos que indicam vontade de mudar, de se sair de um alargado protagonismo judicial para um processo democrático. Por outro lado, há ainda dispositivos que intentam uma celeridade processual açoitando garantias fundamentais.

É o caso do artigo 382, §4º do CPC, que, nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, é uma "barbaridade inconstitucional". O referido artigo trata da produção antecipada de provas e extirpa a possibilidade de contraditório e ampla defesa.[168]

Como se tem da leitura do dispositivo, sem necessidade de exercícios hermenêuticos, é proibida a defesa a defesa ou recurso, salvo na hipótese expressa, o que, para Ronaldo Brêtas se trata de "deslavada e grosseira agressão ao devido processo constitucional".[169] O doutrinador explica:

> Para se entender a crítica formulada, formulo alguns exemplos. A produção antecipada da prova é requerida, mas uma das partes (autor requerente ou réu requerido) não guarda qualquer pertinência subjetiva com as questões de direito material relacionadas aos fatos cuja prova se pretende, vale dizer, na espécie exemplificativa

---

contemporaneidade: colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p 12.

167 CABALLERO, Berto Igor; LUZ, Danilo Rocha; RIBEIRO, Luiz Felipe; UCHÔA, Rostônio; LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. **Novo CPC:** principais alterações. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016, p. 35.

168 Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. (…) §4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

169 DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. Aspectos técnicos e teóricos da prova no novo código de processo civil**.** *In*: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 82-83.

> cogitada, não é parte legitimada ou interessada para figurar no procedimento. Pois bem, mesmo assim, o requerido está proibido pelo Código de se defender, pleiteando a extinção do processo, conforme normas do artigo 485, VI, apesar de o mesmo e novo Código, em seu artigo 17, prescrever que, para se postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade.[170]

Por fim, estando convencido da perplexidade causada pelas normas do artigo 382, § 4°, do novo Código de Processo Civil, por violentarem gravemente o devido processo constitucional, sugere o autor que elas "não poderão ser aplicadas pelo juízo, estigmatizadas por manifesta inconstitucionalidade", contudo, não fica apenas na crítica, ele também apresenta a solução, qual seja, "que os sujeitos do processo interpretem e apliquem as normas do novo Código em estreita sintonia com o processo constitucional, de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios-garantias fundamentais".[171]

A intenção do legislador, como logo demonstrada bem no início da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil é o de criar um sistema processual civil que "proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados", e ele afirma que caso tal sistema assim não funcione, "não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito."[172]

Como se percebe, houve o interesse de dar eficiência e constitucionalidade ao processo civil brasileiro, todavia, ao se adotar, ainda, o processo como instrumento da jurisdição[173], e não como instrumento para tomada democrática de decisões, incluindo efetivamente os interessados na formação do provimento a que serão submetidos, é possível afirmar que a efetividade e celeridade buscadas no novo CPC

---

170 DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. Aspectos técnicos e teóricos da prova no novo código de processo civil**.** *In*: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 82-83.

171 DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. Aspectos técnicos e teóricos da prova no novo código de processo civil**.** *In*: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 83.

172 BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

173 Logo na primeira nota explicativa da exposição de motivos o legislador, fazendo referência a "realização de direitos", explica que "Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos. In: BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

servem mais para ajudar o Judiciário no escoamento de ações que abarrotam as mesas (físicas e virtuais) dos juízes, do que propriamente harmonizar com as garantias constitucionais conquistadas no Estado Democrático de Direito.

De acordo com Rosemiro Leal a Constituição Federal de 1988 no inciso II do seu artigo 5º adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, consoante o estabelecido nos incisos LIV e LV do mesmo artigo, pelo que, "o devido processo não existe fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legitimável pela tutela do processo."[174]

Se o processo é apenas um instrumento para a aplicação da jurisdição (poder estatal), e o artigo 5º, inciso LIV diz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", seria razoável afirmar, então, que o processo é apenas um instrumento do Estado para privar o cidadão de seus bens e de sua liberdade. É uma afirmação absurda, mas se o juiz decide conforme sua consciência[175], de maneira livre, captando as pressões axiológicas da sociedade[176], talvez não seja uma afirmação descolada da realidade.

Como se percebe, a relação publicista do processo concebida por Bulow e reforçada Candido Rangel Dinamarco e outros ainda é dominante no novo CPC, pelo que não se pode falar, ainda, em devido processo constitucional. Sobre isso, Joseli Lima Magalhães entende que

> A alma de Bulow ainda continua mais viva do que nunca, a influenciar, fortemente, a legislação de um país que ainda não conseguiu se desvencilhar das amarras e armadilhas de um direito social de cunho autoritário, já não mais reinante em toda a Europa, cujas nações durante todo o século XX já conseguiram se desprender desta manipulação estratégica.[177]

---

174 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.99.

175 O sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias**.** (AgInt no AREsp 1707979/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021).

176 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

177 MAGALHÃES, Joseli Lima. **A construção do novo código de processo civil brasileiro a partir da influência exercida pela comissão de juristas elaboradora do anteprojeto:** a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. Revista Paradigma, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017.

Houve, contudo, a inclusão de dispositivos que apontam para possibilidade de implementação de uma constitucionalidade democrática no processo, dos quais destacam-se o artigo 6º que trata como fundamental a cooperação entre as partes e o juiz para a produção do provimento, e o artigo 489, parágrafos 1º e 2º, que trouxe critérios mais objetivos para a fundamentação das decisões judiciais (interlocutórias, sentenças e acórdãos) sob pena de considerá-las não fundamentadas, logo, nulas.

4.1 O princípio da cooperação (art. 6º do CPC) e a (possibilidade de) democratização do processo civil

Uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro é aquela que estabelece a cooperação entre os sujeitos do processo para a produção do provimento judicial adequado. O juiz não está mais sozinho nessa tarefa, as partes envolvidas no procedimento em contraditório devem construir conjuntamente a decisão. O desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Alfeu Machado, assim definiu o princípio da cooperação:

> Pelo princípio da cooperação depreende-se que o processo é produto de uma atividade cooperativa triangular, composta pelo juiz e pelas partes, que exige uma postura ativa, de boa fé e isonômica de todos os atores processuais, e, especificamente do juiz, a atuação como agente colaborador do processo, e não mero fiscal de regras, visando à tutela jurisdicional específica, célere e adequada. Traduz-se, portanto, em um diálogo entre partes e juiz, que encontra, porém, limites na natureza da atuação de cada um dos atores processuais.[178]

Tratando-se, pois, de princípio, deve ser obrigatoriamente observado sempre, sob pena de ilegitimidade dos atos praticados, já que é uma norma interpretante de dever (todos os sujeitos do processo devem cooperar[179] entre si) e não pode ser substituído por outro princípio vez que “assegura um entendimento estrito como

178 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Acórdão 1011021, unânime, Relator: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 19/4/2017. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/principio-da-cooperacao. Acesso em 09 nov. 2021.

179 Importa esclarecer que a cooperação devida é que todos se esforcem no sentido de conseguir uma decisão de mérito justa e efetiva. Todos têm o comum interesse na decisão final e trabalham juntos no sentido de alcançá-la.

condição de legitimidade (validade-eficácia) do ato ser praticado"[180]. Com isso, é inegável que essa norma fundamental do processo civil, elevada a estatura de princípio, não permite a ação do solipsismo judicial, sob pena de subversão de todo o sistema processual interpretado a partir do princípio da cooperação[181].

Na mesma toada, ensina ainda Rosemiro Leal que "a existência do procedimento em contraditório é fator irredutível de manutenção de uma comunidade de intérpretes do ordenamento jurídico". E é essa comunidade que por meio do contraditório, isonomia e ampla defesa que deve atuar nas "bases de produção e aplicação da lei".[182]

Com a efetiva cooperação das partes e entre as partes e o juiz (os sujeitos do processo), pois, com real isonomia e observância do discurso (contraditório) na construção do provimento buscado[183], é que se pode falar de legitimidade e de uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC). Sobre esse modelo cooperativo, Hermes Zaneti Jr. aponta que o modelo

> (...) normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos: condições de comunicação lastreadas na pretensão de correção, ou seja, na garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa. No direito processual, esse modelo normativo é expresso na máxima da cooperação (Kooperationsmaxima) e importa na necessária visão cooperativa de processo que deve ser seguida pelos três participantes do seu esquema mínimo: autor, réu e juiz.[184]

Neste ambiente cooperativo, tendo em vista o caráter dialético do processo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias vem dizer que "os argumentos e contra-argumentos

---

180 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.91.

181 "O princípio como norma interpretante de permissão, vedação ou dever, ao aplicador da lei, é lei também". In LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.91.

182 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.91.

183 MAGALHÃES, Joseli Lima. Impropriedades e características de algumas normas fundamentais no novo código de processo civil. In: **O caráter mítico e estratégico do novo CPC**. Joseli Lima Magalhães (coordenador). Teresina: EDUFPI, 2021, p. 32.

184 ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. rev., amp. e alt. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56-57.

das partes são traços marcantes do procedimento em contraditório" sendo então esses argumentos "razões de justificação" apresentados pelas partes acerca do objeto da lide, das questões de fato e de direito discutidas.[185]Continua Brêtas trazendo doutrina de Carnelutti que afirma que "a decisão é obtida resolvendo-se as questões discutidas no processo, razão pela qual as questões a serem resolvidas se convertem em razões da discussão e estas serão as razões da decisão".[186]

O modo pelo qual Carnelutti apresenta para a obtenção da decisão judicial se dá no ambiente cooperativo do processo. É considerado que as razões de discussão se tornam as razões da decisão, assim, não conta do doutrinador com a ação solipsista do decisor, mas com sua cooperação na manutenção de uma isonomia do discurso. Contudo, como assevera Dhenis Cruz Madeira, que a "garantia plena do contraditório, é essencial para que se faça uma demarcação do discurso processual pela via do devido processo, evitando que este caia no espaço nu, que é, em última palavra, um espaço solipsista e antidemocrático".[187]

Daí é que afirma Rosemiro Leal que "hermenêutica, nas democracias, é dada na base processual institutiva da lei", ou seja, levando em consideração o princípio da legalidade, a lei vigente, não podendo, assim, essa hermenêutica "ser uma teoria (ciência ou técnica) de interpretação por uma inteligência superestrutural e privilegiada (diálogo de especialistas) da judicatura como porta-voz dos valores e princípios estruturais da sociedade" que, numa democracia, não pode estar "à margem ou ao fundo imperscrutável do direito legislado."[188]

Chega-se à conclusão de que o discurso realizado na plenitude do contraditório, nos limites de uma hermenêutica com base processual instrutiva na lei (que está ao alcance de todos), garantidas a isonomia e ampla defesa, num ambiente efetivamente cooperativo do processo, traria ao mundo jurídico um provimento judicial democrático.

---

185 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 183.

186 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil., 33-34, *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 183.

187 MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é solipsismo judicial?.** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210.

188 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.94.

4.2 A fundamentação das decisões judiciais (art. 489, parágrafos 1º e 2º) à luz da Teoria Neoinstitucionalista do Processo

A teoria processual desenvolvida por Rosemiro Leal, chamada neoinstitucionalista, se trata, com fortes bases na nova lógica lançada por Popper, da construção de uma "proposição linguístico-jurídica para testificar as teorias positivadas ou não que se rotulem democráticas".[189] Assim, em Popper, a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste[190] independentemente dos desejos pessoais e valores do intérprete (julgador).

Desta forma, numa perspectiva de que direito e linguagem são indissociáveis, é certo que a interpretação jurídica não pode ser meramente subjetiva, pois assim não admitiria uma igualdade no exercício de interpretação para todos (que é justamente a capacidade para falsear/refutar o enunciado), já que, sendo um ato íntimo do julgador, comportaria numa hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom senso e conveniência do decisor.[191]

Nesse sentido, o pensamento anunciado por Popper influenciou o delineamento da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a qual apontou que a objetividade científica (como deve ser a decisão judicial) funda-se justamente na possibilidade de os resultados científicos serem testados, em princípio, por qualquer um que venha a ter formação crítica suficiente (testabilidade intersubjetiva)[192].

Aqui importa retornar a Habermas, para o qual, no âmbito democrático, para a tomada de decisão, na avaliação dos princípios que serão utilizados em sua formação, não se deve levar em consideração aquilo que neles está de acordo com a ideia pessoal do julgador, mas sim, que o processo de escolha desses princípios seja

---

189 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 137.

190 POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 41.

191 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.154.

192 POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. 1 ed. São Paulo: Unesp, 2013, p. 502.

reconhecido por todos como justo.[193]Para Habermas, conforme ensina Rosemiro Leal, o direito deve sempre estar sujeito à contínua correição/fiscalização, “desde o ponto decisório de sua criação até o momento de sua aplicação”, em outras palavras, desde a edição da lei, até sua aplicação no caso concreto.[194]Em vista disso, a decisão judicial deve, além de ser produzia observando o princípio cooperativo, ser estruturada de forma a permitir que as partes, a partir de uma hermenêutica com bases institutivas na lei (Rosemiro Leal), possam objetivamente entender o porquê do resultado, de modo a se ter uma decisão de mérito legítima, justa e efetiva (art. 6º do CPC).

4.2.1 A fundamentação das decisões judiciais: hipóteses trazidas pelo art. 489, § 1º, do CPC

O Código de Processo Civil não diz expressamente como deve ser fundamentada a decisão judicial, contudo, apresenta hipóteses que, em sendo confirmadas, a decisão (interlocutória, sentença e acórdão) não pode ser considerada fundamentada. Tais hipóteses representam avanço da legislação processual civil na medida que trazem mais objetividade para a decisão, de forma a facilitar a identificação de não-fundamentação. Importa ressaltar que o rol trazido pelo §1º do artigo 489 do CPC não é taxativo, é exemplificativo, podendo as decisões judiciais carecerem de fundamentação por outras razões.

> Também não se pode concluir que somente os casos apresentados pelo parágrafo primeiro do art. 489 é que são consideradas situações de falta de fundamentação na decisão; com efeito, os seis incisos são meramente exemplificativos – é um mero rol – com o propósito outro senão de tentar diminuir o grau de subjetividade do magistrado no momento do ato decisor. Não à toa que são as situações que mais acontecem no dia a dia forense, as mais corriqueiras e, por isto mesmo, resolveu o legislador, seguindo diretriz traçada pela Comissão de Juristas elaborada do anteprojeto do novo CPC, a elas dar atenção especial.[195]

---

193 AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. *In* **Habermas: o uso público da razão**. Rainer Rochlitz (Coordenador). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 95.

194 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. - Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 137.

195 MAGALHÃES. Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença no novo CPC. In: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 46.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais (interlocutórias, sentenças e acórdãos) vai além de uma mera exigência de natureza técnico processual, “consiste em garantia verdadeiramente estruturante do Estado Democrático de Direito (…) pois versa sobre a própria legitimidade do Poder Judiciário” para o exercício de suas funções típicas. Ora, tal obrigação está determinada na Constituição Federal e “constitui o único dispositivo da Carta Magna cominador de nulidade em caso de não observância (art. 93, IX, CF/1988).[196]

a) A decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida – Art. 489, §1º, I, do CPC.

Caso uma decisão judicial seja enquadrada neste inciso, ela também seria não fundamentada por ignorar o princípio da cooperação, uma vez que impossível que o “fundamento” da decisão que se limite à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, tenha efetivamente observado o contraditório na sua construção.

Neste caso, para que seja considerada fundamentada, deve a decisão, após a efetiva manifestação das partes e, tendo elas cooperado para sua formação (efetivo contraditório), apontar de que modo as normas adotadas (pelo juiz) se aplicam ao caso concreto. Por isso, é que se mostra extremamente necessário que o juiz delimite o objeto da controvérsia, pois, “a delimitação do objeto litigioso, isto é, daquilo que será efetivamente decidido na decisão judicial, cumpre importantes funções analítica e hermenêutica.”[197]

Tem-se, portanto, mais objetividade, mais elementos que permitem uma interpretação de todos os interessados e toda a comunidade, quando, de maneira clara, fica demonstrada a relação entre o fato e norma (subsunção), reforçando a segurança jurídica, com vistas ao ordenamento jurídico, e não ao pensamento do julgador.

---

196 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais:** o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 124.
197 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais:** o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79.

b) A decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso – Art. 489, §1º, II, do CPC.

As teorias de processo como contrato e quase contrato, apesar de, aparentemente terem ficado no século XIX, continuam a influenciar, mesmo que com pequena força, o direito processual civil brasileiro, pelo que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados (que com mais força influenciam o direito civil), também veio a fazer parte do nosso processo civil.[198]

Existem, no ordenamento jurídico pátrio, diversas normas com conceitos jurídicos indeterminados, tais quais, tempo razoável (art. 6°, CPC/2015), fins sociais e bem comum (art. 8°, CPC/2015), excessivamente oneroso e extrema vantagem (art. 478, CC/2002), probabilidade do direito e perigo de dano (art. 300, CPC/2015), interesse público (art. 178, 1, e art. 947, § 2º, CPC/2015), grande repercussão social (art. 947. CPC/2015), preço vil (art. 891, CPC/2015), entre muitos outros.

Luiza Barros Rozas[199] define conceito jurídico indeterminado como sendo aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo.[200]Essa incerteza, contudo, não pode ser preenchida pela vontade, sapiência ou experiência do juiz, pois, desta forma o intérprete seria também uma norma, se esse "espaço vazio" estivesse "sintaticamente delimitado à livre inserção de atributividade semântica pelo juiz todo-poderoso (pensador-legislador-intérprete-aplicador)".[201]

Na delimitação do conceito, faz-se necessária, vez que fundamental (democrático) o efetivo contraditório com a cooperação das partes na conceituação, na medida em que cada um traz sua interpretação nos limites legais para tanto (vez que a lei sempre será a baliza hermenêutica), relativamente ao fato controverso trazido a juízo.

---

198 MAGALHÃES. Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença no novo CPC. In: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 49.

199 Mestre e doutoranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Assistente da Escola Paulista da Magistratura.

200 ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019.

201 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.90-91.

Assim, o conceito jurídico indeterminado não facilita o trabalho do julgador, na medida que não está autorizado a decidir discricionariamente num processo (procedimento em contraditório) cooperativo, democrático, pelo contrário, aumenta sua obrigação de argumentar na fundamentação da decisão judicial.[202] Daí que vem afirmar Didier Jr que "não basta que transcreva o enunciado, afirmando que ele se aplica ao caso concreto (…). Espera-se que o juiz enfrente a abertura do texto, determinando o seu conteúdo no caso concreto."[203]

c) Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão – Art. 489, §1º, III, do CPC.

É seguro afirmar que esta terceira hipótese de não-fundamentação é ainda mais repudiante que as duas primeiras. Explica-se: ao se prestar a usar motivos (frases feitas, padrões, modelos) que poderiam servir para qualquer outra decisão, demonstra o total descompromisso do julgador com a garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), com o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF). Ainda, comprova que o juiz que assim age ignora os autos e as questões levadas a juízo pelas partes.

Contudo, tais "não-fundamentações" tem sido deveras corriqueira devido à vontade de alguns magistrados de decidirem com celeridade, de melhorar suas estatísticas e desabarrotar suas mesas. É a celeridade à custa das garantias constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e ampla defesa.

Desta forma, os motivos a serem invocados pelo decisor em sua decisão judicial deve ser aquela que avalia os fatos e fundamentos jurídicos levados a juízo, observando as peculiaridades de cada caso, não importando, por vezes, a existência e causas idênticas, uma vez que cada uma deve ter a decisão produzida pela cooperação dos sujeitos do processo, e suas argumentações próprias.

---

202 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131.

203 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula de Sarno. **Curso de direito processual civil.** Vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340.

d) Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador – Art. 489, §1º, IV, do CPC.

Este inciso vem a ser o reforço infraconstitucional da garantia do efetivo contraditório, da participação dos interessados (as partes) na criação da decisão judicial a qual estarão submetidos. As partes são os agentes processuais "constitucionalmente autorizados para provocar decisões, criar, reconstruir, modificar ou extinguir as suas próprias realidades do existir jurídico", pela via construtiva do processo coinstitucionalizante "que é o ser jurídico perpétuo (instituição legal) nas democracias plenas". Este mesmo processo (coinstitucionalizante) vem a criar e impor o contraditório, ampla defesa e isonomia (garantias e elementos autocríticos do processo) na formação dos provimentos estatais, incluindo-se os judiciais.[204]

Rosemiro Leal, aglutinando ensinamentos de Harbele, explica o papel das partes, expandindo assim a visão Neoinstitucionalista a este respeito:

> A parte já coinstitucionalmente legitimada é o agente do dever-ser normativo (devido processo legal) que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo) para criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito. O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica-, em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das democracias como governo de uma nova totalidade social concreta, isto é: povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido processo coinstitucionalizante.[205]

Este inciso, assim, determina a análise todos os argumentos, daí termos defendido anteriormente a necessidade de o juiz, em cooperação com as partes, delimitar o objeto da controvérsia, de modo a produzir fundamentos que efetivamente

---

204 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.93.

205 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.93-94.

levem em consideração todos os argumentos, especialmente aqueles que possam, em tese, infirmar sua conclusão.

A palavra infirmar vem do latim *infirmare* e quer dizer enfraquecer, debilitar, deteriorar, assim, se, em tese, algum argumento apresentado por alguma das partes puder, em tese, enfraquecer, debilitar a conclusão, o julgador deve com mais diligência e labor jurídico, fundamentar porque os rejeitou. Em outras palavras, para decidir em favor o pedido do autor ou para acolher a defesa do réu, o julgador tem que infirmar todos os pontos da argumentação contrária, isso, contudo, só poderá acontecer com o enfrentamento de cada uma delas.[206]

e) Decisão que 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 - Art. 489, §1º, V, do CPC.

Esta hipótese guarda estreitas similaridades com as dos incisos I e II. Sendo defeso ao julgador fundamentar aleatoriamente sua decisão apenas citando precedente ou enunciado de súmula, sem a devida adequação destes com o caso concreto, com o objeto da ação. Nas palavras de Joseli Magalhães deve-se haver "um respeito à adequalibilidade, àquilo que ser quer tomar como referência e, por isto mesmo, deve ser correspondente".[207].

Em vista disso, incipiente e inaceitável que seja apenas indicado na fundamentação precedente este ou aquele, sem "demonstrar que os fatos do caso presente a ela se amoldam e daí extrair a conclusão". Assim, acertadamente, buscou-se, com o novo código, rejeitar com veemência a simples transcrição de ementas como fundamento de decisão, justamente "porque as ementas podem consistir em proposições descontextualizadas das circunstâncias fáticas que integram os

206 SILVA, Suzana Ribeiro da. **A interpretação do STJ sobre o artigo 489 §1º, IV do código de processo civil nos embargos de declaração.** MS 21315 / DF. Ratio Juris. Revista Eletrônica Da Graduação Da Faculdade De Direito Do Sul De Minas, v. 2. n. 1. jan.-jun. 2019.

207 MAGALHÃES. Joseli Lima. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença no novo CPC. In: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018, p. 51-52.

fundamentos de terminantes, sendo necessário buscar o DNA dos precedentes invocados com a situação concreta em jogo".[208]

Neste caso, pois, ao usar um precedente ou enunciado de súmula, este deve ser passível de uma testabilidade intersubjetiva, por parte dos sujeitos do processo, como ensina Popper, de modo a atestar sua pertinência, enquadramento no caso concreto, prestigiando-se mais uma vez o efetivo contraditório.[209].

f) Decisão que 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 – Art. 489, §1º, V, do CPC.

Pela leitura deste inciso se tem que o magistrado deve estar atento relativamente à permanência de entendimentos residentes em súmula, jurisprudência ou precedente, e que fundamente suas razões de deixar de seguir alguma delas demonstrando que o entendimento apresentado pela parte não se coaduna com a realidade dos fatos levados a juízo (distinção).

Para a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (Enunciado 11), os precedentes a que se refere este inciso são os constantes no art. 927 do CPC, I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; e no art. 332, IV, do CPC (enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local).

Assim, para deixar de seguir algum dos precedentes ou enunciados acima listados, além da distinção, já demonstrada, pode o julgador apontar a superação de

---

208 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais:** o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 138.
209 POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. 1 ed. São Paulo: Unesp, 2013, p. 502.

tal entendimento que, de acordo com Caio Frederico Bastos Pereira, impõe um ônus argumentativo ainda maior que a distinção, “porque é quando o Poder Judiciário definirá que a interpretação por ele conferida no passado, não mais corresponde ao contexto presente e, por conta disso, deve ser alterada”.[210]

4.2.2 A fundamentação das decisões judiciais na hipótese de “colisão entre normas” – Art. 489, §2º, do CPC.

O §2º do art. 489 do CPC comanda 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”.

Com esta prescrição o Código vem tratar de dar alguma objetividade quando a fundamentação contenha o enfrentamento da chamada “colisão de normas”. O conceito de norma jurídica, por sua vez, em sentido amplo, compreende as ideias de regras jurídicas e princípio jurídicos.[211]

Na ocorrência da colisão, deve o juiz usar a ponderação, conforme prescrito no texto analisado, e após isso, justificar o objeto e os critérios gerais utilizados, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Em que pese a palavra “ponderação” aqui tratada possuir uma alta carga de subjetividade, ela parecer ter sido cercada de razoável objetividade.

Ronaldo Brêtas, que qualifica colisão ou conflito de princípios como “tensão entre princípios”, vem dizer que, caso tal situação aconteça “cada princípio teria que ceder perante o outro, de modo que ambos atuassem em termos ótimos, ou seja, o melhor possível”, já que, são mandados de otimização (Alexy). Todavia, no que toca

---

210 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais:** o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 142.

211 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 145.

às regras jurídicas, estas têm uma carga de “determinações no âmbito fático e juridicamente possível”, portanto, sendo válidas devem ser cumpridas.[212]

Nesse caso, quando se tratar um conflito de regras, deve o juiz utilizar as maneiras tradicionais de se resolver o conflito aparente de normas, qual sejam a hierarquia das leis, lei posterior revoga anterior, lei especial revoga a geral, situação que dispensaria a fundamentação conforme o §2º do art. 489, do CPC, haja vista se tratar de soluções objetivas e legais para o conflito aparente de normas.

Em vista disso, parece que a “colisão de normas” referida no dispositivo se trata do conflito entre princípios bem como do conflito entre conceitos jurídicos indeterminados ou entre cláusulas gerais.[213] Mais uma vez, importa lembrar que o juiz não está sozinho na construção da decisão judicial, valendo-se da participação dos demais sujeitos do processo, para, no desenrolar do discurso no procedimento em contraditório, apresentar um provimento adequado, efetivo e passível de uma testabilidade intersubjetiva objeto do trabalho cooperativo da comunidade processual, e que, no caso de colisão de normas, justifique o objeto e os critérios gerais utilizados da ponderação.

4.3 A uniformização da jurisprudência sob o prisma da Teoria Neoinstitucionalista do Processo – uma análise do art. 926, do CPC

O art. 926, do CPC/2015, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (caput), na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante (§ 1º)”. No seu § 2º, informa que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Este dispositivo, que introduz no sistema processual um maior destaque e relevância aos precedentes, súmulas e enunciados, consiste em verdadeira novidade

---

212 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 145.

213 CABALLERO, Berto Igor; LUZ, Danilo Rocha; RIBEIRO, Luiz Felipe; UCHÔA, Rostônio; LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. **Novo CPC:** principais alterações. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016, p. 199.

no direito processual codificado, e revela uma combinação do *civil law* com o *common law*, criando-se algo bem brasileiro.

A intenção do CPC é conferir segurança jurídica ao determinar a uniformização da jurisprudência. É dizer, oferecer à sociedade uma previsibilidade quanto as possíveis consequências de determinadas condutas e ações, para que as pessoas se adequem a essa realidade. São, pois, os precedentes, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

> Pronunciamentos judiciais que, originários de julgamentos de casos concretos, querem ser aplicados também em casos futuros quando seu substrato fático e jurídico autorizar. Assim, tais decisões são chamadas de "precedentes" porque foram julgados com antecedência a outros casos e, de acordo com o art. 927, é desejável que aquilo que expressam seja observado em casos que serão julgados posteriormente.[214]

Renata Montans de Sá, por sua vez, vem dizer que a palavra precedente assumiria uma função dúplice, pois serve tanto para designar decisão que já nascem precedentes e por esta razão devem ser observadas em casos futuros, como é o caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; dos enunciados de súmula vinculante; e dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; bem como para a decisão pretérita serve com fundamento para caso futuro, sendo este o conceito mais próximo do precedente no *common law*.[215]

A seu turno, Rosemiro Leal identifica o precedente como instituto processual que fora introduzido na ordem jurídica nacional para “guiar a construção jurisprudencial dos tribunais”. Para o autor, o que de fato muda com a introdução deste novo instituto processual é a estrutura lógica de compreensão e aplicação (atuação) do Direito no Brasil.

> a jurisprudência não é mais um repertório (repositório) de decisões dominantes dos livres juízos tribunalícios, mas um bloco (compêndio)

---

214 BUENO, Cassio Scarpinella**. Manual de Direito Processual Civil.** 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 698.

215 SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1209-1210.

> progressivo de decisões meritais cujos fundamentos se assentam nas circunstâncias fáticas das pretensões jurídicas, indicativas da *causa petendi*, como precedentes (antecedentes) lógicos do julgamento do *petitum*, de tal sorte a possibilitar a enunciação de uma singularidade fática sumulável e criativa de um juízo sintético para eventuais decisões que apresentem igual correlação de causalidade jurídica.[216]

Com efeito, tem-se que, somente casos que se igualam pela causa de pedir é que podem, como assevera Leal, "gerar entre si coerência, integridade e estabilidade, para comporem uma cadeia jurisprudencial absolutamente correlacionável à formação de uma jurisprudência dominante objetiva".[217]

A preocupação com objetividade dos provimentos de modo a permitir uma igualdade de interpretação a todos os interessados é uma constante na Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Rosemiro Leal é um ferrenho crítico da subjetividade, discricionariedade e voluntarismo no ato de decidir nas diversas esferas estatais, uma vez que, estando num Estado Democrático de Direito, a lei deve ser sempre a baliza, o guia, bem como o limite para as interpretações e decisões, daí sua defesa da necessidade inafastável do processo (procedimento em contraditório) com garantia dos direitos fundamentais "biunívocos" de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-igualdade (dignidade), para que, ao fim se construa uma decisão jurídica.[218]

Também, no sentido de se garantir direitos fundamentais, e primando por uma decisão que observe a realidade do caso levado a juízo, afirmam Streck e Abboud que "inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar, por efeito cascata, diversos casos futuros".[219]

---

216 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.310.

217 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.311.

218 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.308.

219 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 50.

No mesmo sentido, Renato Montans de Sá afirma que a “aplicação dos enunciados de súmula somente podem se dar com a devida interpretação (arts. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, do CPC)”.[220]

Casos que sejam “iguais jurisprudencialmente” devam ter julgamentos iguais, pelo que, se entende respeitar a isonomia constitucionalmente prevista, mas, para que isso aconteça, continua o autor, “o precedente há de equivaler a uma processual regra-critério (enunciado de base), não mais um mero juízo dispositivo”. Com isso, mais uma vez se tenta dar objetividade, já que, sendo o precedente um dispositivo criado por um juiz ou tribunal, correr-se-ia o risco da criação de “uma norma referencial” criada por uma subjetividade.[221]

Em um sistema processual orientado pelo instrumentalismo que propõe a falácia do juiz-antena, nunca é repetitivo se denunciar o alto grau de subjetividade das decisões que são tomadas no âmbito da consciência do julgador, nos limites (?) do seu livre convencimento. É certo que o art. 489, §1º, do CPC, avançou em dar mais objetividade aos fundamentos das decisões, mas também é certo que, sua ampla efetivação não se dará da noite para o dia.

Nesse sentido, a instituição de um sistema de precedentes, sem a prévia estabilização e efetivação de um devido processo constitucional (impossível sob viés instrumentalista), com garantia de acesso a todos, parece ser uma coroação do Judiciário como legislador. Assim, como Habermas dizia que o mundo seria colonizado pelo direito, nos parece que o ordenamento jurídico brasileiro será colonizado pelo precedente.

O art. 927, do CPC, prescreve que os juízes e tribunais observarão (em suas decisões): I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Em vista disso é que Streck vem dizer

---

220 SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1231.

221 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.309.

que o Congresso Nacional cometeu o “suicídio de sua função normativa”, além de revogar “por meio de um texto infraconstitucional o princípio constitucional da legalidade”

> Ao invés da cláusula pétrea do artigo 5º, inciso II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, teremos, agora, um “novo”, pelo qual “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!).[222]

As assertivas de Streck se dão pela angústia dos provimentos judiciais construídos pela subjetividade da autoridade, quando “há uma radicalização do eu, uma expansão da subjetividade, da solidão ao decidir, ou, pode-se dizer, uma imposição da subjetividade de um em detrimento do outro”[223].

Ao seu turno, analisando o §1º do art. 926, Rosemiro Leal aponta grave inconstitucionalidade, tendo em vista que os parâmetros exclusivos para a elaboração de enunciados de súmula serão aqueles constantes nos regimentos internos dos tribunais, instrumentos que podem ser alterados sempre que o colegiado quiser, permitindo que os tribunais gerem

> A esmo normas em que juízos de ponderabilidade, otimização, proporcionalidade, repercussão geral, boa-fé, clamor público, bem-estar social e segurança jurídica, em elásticos espectros semânticos, orientem, como pressupostos interpretativos, a realização de escopos metajurídicos a reafirmarem a dogmática positivista (kelseniana) de que, por interpretação autêntica, a lei é o que o juiz diz que ela é, reforçando, assim, as máximas assistencialistas do *jura novit curia* e do *summum jus*, *summa juria*, que transformam a autoridade em fonte doadora de entimemática justiça social por ações afirmativas e políticas públicas[224].

Aqui se tem que o Legislativo renunciou ao seu poder normatizador para dar parâmetros aos enunciados de súmula (que deverão ser seguidos por todo os juízes),

---

222 STRECK, Lênio Luis. **Senso incomum:** Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomumcpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>, acesso em 15 de nov. 2021.

223 MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é solipsismo judicial?.** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020 p. 191-210

224 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.314.

entregando este poder para os tribunais, alargando, ainda mais, sua autonomia normativa, de forma que o Poder Judiciário terá total controle do sistema de precedentes. Todavia, sob a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, deve-se entender o instituto do precedente agora vigente em nosso direito processual de acordo com o paradigma democrático, "logo é-lhe infungível o instituto da reserva legal" constante no art. 5º, II, da Constituição Federal. Portanto, deverá ser a legislação a dar suporte de legitimidade ao que virá a ser a jurisprudência dominante. [225]

Pela vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, princípio decorrente de imperativo lógico do próprio sistema constitucional, como assevera Ronaldo Brêtas, que vem a ser produto da "conexão interna entre democracia e Estado de Direito"[226], é que os precedentes, para sua legitimação, deverão ser formatados do desenrolar do processo constitucional (art. 1º, do CPC), com observância da prévia legalidade.

Daí que vem afirmar Rosemiro Leal que:

> O art. 1º do NCPC, quanto à construção de precedente pela decisão jurídica, está jungido a um contraditório que não é da jurisdicionalidade arcaica do processo como relação jurídica (Bülow e seus modernos seguidores), mas a juízos lógicos egressos de um Sistema Jurídico que há de assegurar coerência e integridade pela possibilidade procedimental de uma fiscalidade processual irrestrita, aberta a todos os legitimados ao processo (povo) desde o nível instituinte da normatividade.

Trata-se, pois, da impressão da democraticidade na construção do precedente, atributo indispensável e inafastável das decisões e dos processos que as produzem, e da legalidade de sua utilização (arts. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, do CPC). Aqui é reduzido o espaço para voluntarismo da autoridade, nem de para fundamentações advindas da sabedoria peculiar do julgador, do contrário, prejudicada estaria a segurança jurídica.

---

225 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.315.

226 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 160.

Por isso, e visando a segurança jurídica, a introdução do sistema de precedentes tal qual codificado demanda “a uniformização da jurisprudência a partir de um crescente repertório (repositório) precedencial de modo a vedar o julgamento decisional diferenciados para pedidos por igual causa de pedir”.[227]

Complementa esse pensamento Didier Jr. ao ensinar que a “análise das circunstâncias fáticas é primordial para que a norma geral a ser extraída do precedente possa ser aplicada nos casos futuros”, pois o cerne do precedente é “uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas futuras”.[228]

Desta feita, à luz da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, deve o precedente, conforme introduzido na lei processual, ser concebido como “instituto processual *ad-nunc* a redimensionar todo o percurso decisório brasileiro na gradual remoção do entulho autoritário e dogmático da jurisprudência”,[229] que fora criado no período de 1964 a 1988, mas que, ainda fazem parte do ordenamento jurídico.

---

227 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.317.

228 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula de Sarno. **Curso de direito processual civil.** Vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 443.

229 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.315.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Com o desenvolvimento da pesquisa e o desenrolar do presente trabalho foi possível perceber que o momento histórico influencia nas teorias nascidas no período, assim, Bülow, em seu tempo, logrou construir sua "Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais" (1868) na qual apresenta o direito como um fato sociológico ou fato psicológico, cujas lacunas da lei deveriam ser preenchidas pelo magistrado no momento da decisão, por meio de sua sensibilidade, no meio social.[230]

Contudo, passados quase 150 anos, o direito processual brasileiro ainda é fortemente influenciado por sua doutrina, como notadamente se vê no Código de Processo Civil de 2015, o que causa perplexidade tendo em vista o paradigma democrático inaugurado em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, que, antes de tudo, rechaça o autoritarismo e eleva o processo a um *status* constitucional.

A partir do momento em que, de forma irrevogável e infungível, a Constituição Federal institui que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, todos os aparatos estatais, governamentais e seus provimentos devem submeter-se ao "democrático" que qualifica[231] o Estado, de onde que conclui que o povo, fonte verdadeira do Poder, deve participar das tomadas de decisões, em simétrica paridade, efetivo contraditório e, caso necessário, ampla defesa. Essa tomada de decisão não se dá de outra forma, senão pelo devido processo constitucional (podendo ser legislativo, administrativo ou judicial).[232]

Desta forma o devido processo (como instituição coinstitucionalizante e coinstitucionalizada) é a aglutinação dos institutos do contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental que, no final, dará origem a uma decisão constitucionalmente adequada, devendo ser atestada tanto pelos

---

230 AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso (Et. al.). Processo, ação e jurisdição em Oskar Von Bülow. *In*: **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2005, v. 06, p. 47.

231 O "democrático" qualifica o Estado (em Estado Democrático de Direito), fazendo irradiar os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

232 Esse posicionamento de Rosemiro Leal se mostra adequado à fiscalidade processual abstrata e concreta no Direito Democrático (Devido Processo Constitucional) consubstanciado na vigente Constituição brasileira (art. 1º). DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105

legitimados quando pelo decisor[233]. Podendo ser atesta por todos os legitimados (a decisão), tem-se uma efetiva fiscalidade, necessária no ambiente democrático.

Assim, o instituto do processo (como acima apontado) num ambiente cooperativo (art. 6º, do CPC), consolida a democracia com a abertura e garantia de participação de todos os interessados na construção do provimento a que estão submetidos.

Por essa razão é que o instrumentalismo anacrônico ainda forte influenciador do processo civil brasileiro e do Judiciário, que ensina que o juiz é o canal (legítimo) pelo qual "o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais"[234],desconsidera o caráter garantidor de direitos fundamentais que o processo tem. Pois entrega todo o trabalho para o juiz antena que com sua inacessível sabedoria define, precisa sentidos, suprime lacunas e ainda determina a "evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais". Ora, mas se pode afirmar: Mas o juiz, mesmo instrumentalista, decide no processo. Sim, mas não no devido processo constitucional, pois neste ele não poderia decidir conforme a sua consciência.[235]

É por isso, e pelo que já foi anteriormente escrito, que repetimos a indignação de Calmon de Passos a se referir à instrumentalidade do processo como "perversidade ideológica, a ser combatida" ou se surgida "por descuido epistemológico, equívoco a ser corrigido".[236]

O próprio sistema processual inaugurado em 2015 com a promulgação de um novo Código Civil, mesmo ainda possuído pela alma de Bülow[237], inovou na criação

---

233 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.145.

234 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

235 O sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias**.** (AgInt no AREsp 1707979/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021).

236 PASSOS, J.J. **Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal.** RDC, nº 7. Set-Out 2000, p. 7

237 Ao que parece, a alma de Bulow continua mais viva do que nunca, a influenciar, fortemente, a legislação de um país que ainda não conseguiu se desvencilhar das amarras e armadilhas de um direito social de cunho autoritário, já não mais reinante em toda a Europa, cujas nações durante todo o século XX já conseguiram se desprender desta manipulação estratégica. MAGALHÃES, Joseli Lima. **A construção do novo código de processo civil brasileiro a partir da influência exercida pela**

de critérios objetivos para a fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC), na tentativa de limitar o excesso antidemocrático de subjetividade dos magistrados, que impedem um controle ou testabilidade objetiva por parte dos demais sujeitos processuais das decisões que lhe serão impostas.

Nesse sentido, aduz Rosemiro Leal, com o que concordamos, que nos tempos atuais de democracia na qual "as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima", e esta convicção não está "balizada em critérios legais"[238]

Na mesma toada, rejeitando o subjetivismo e voluntarismo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias declara que a função jurisdicional, "no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado", sendo, portando um direito fundamental, que deve ser garantido pelo devido processo constitucional.[239]

Para auxiliar a função jurisdicional em seu mister, foi introduzido no Código Civil de 2015 o instituto do precedente, normatizando situação jurídica já existente. Tentamos analisar este novo instituto processual sob o prisma da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, como nos propomos, pelo que se concluiu que com a introdução do sistema de precedentes a uniformização da jurisprudência deve "vedar o julgamento decisional diferenciados para pedidos por igual causa de pedir"; que pelo princípio de vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito devem os precedentes e enunciado de súmulas se submeter ao devido processo constitucional e ao princípio da reserva legal; há necessidade de produção legislativa que crie critérios objetivos para a constituição de precedentes e enunciado de súmulas, não podendo tais critérios estarem adstritos aos regimentos internos de cada tribunal.

---

comissão de juristas elaboradora do anteprojeto: a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. Revista Paradigma, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017.

238 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.185.

239 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 55.

Por fim, de ante de todo o que foi aqui desenvolvido, o que se tentou sofridamente demonstrar foi o caráter autoritário do instrumentalismo que estimula e exige o subjetivismo, confiando na autoridade como fonte de legitimidade, e que põe as partes como assujeitados ao Poder Estatal, como que desconsiderando a existência de direitos subjetivos que podem ser exigidos contra o Estado, na oportunidade em que as partes também exercem o poder.

Como alternativa ao instrumentalismo apresentou-se, ou tentou-se apresentar, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, como teoria do sistema processual a guiar os institutos processuais na construção de decisões democráticas que observem com efetividade o contraditório, a isonomia, a ampla defesa e a isomeria, para que o processo se firme com instituto que venha a fortalecer a democracia com a observação dos direitos-garantias e com uma permanente fiscalidade dos provimentos estatais.

O processo, assim, é instituição pública coinstitucionalizante e coinstitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos (decisões) nas mais diversas esferas do Estado (judicial, legislativa ou administrativa). Nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios institutivos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e isonomia[240].

O instituto do processo deve ser aperfeiçoado ao ponto de exercer com efetividade sua missão constitucional de garantia de direitos fundamentais e, para tanto, não pode estar afastado do princípio democrático ao qual devem estar submetidos todos os órgãos, institutos e instituições estatais. Nesse sentido, o processo não é um simples instrumento para que a autoridade aplique o direito, mas um instituto constitucional democrático para a construção da decisão a qual estarão as partes submetidas, e da qual estas concorreram efetivamente para a criação.

---

240 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, P.99.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo:** críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, Dez. 2008.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo –** Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, vol. 242 2015, p. 21 – 47, Abr 2015.

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso (Et. all.). Processo, ação e jurisdição em Oskar Von Bülow. *In:* **Estudos Continuados de Teoria do Processo.** Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Temas de argumentação jurídica: teoria da decisão judicial, justiça e cotidiano.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. *In:* **Habermas:** o uso público da razão. Rainer Rochlitz (Coordenador). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional:** aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

____. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

CABALLERO, Berto Igor; LUZ, Danilo Rocha; RIBEIRO, Luiz Felipe; UCHÔA, Rostônio; LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. **Novo CPC:** principais alterações. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6ª. Ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977.

CAMPOS, Felipe de Almeida; MARIA, Thais Campos. A Racionalidade das Decisões Judiciais na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. *In:* **Processo e Democracia Jurídica.** André Cordeiro Leal. Sergio Henriques Zandona Freitas; Gean Carlos Dias (Orgs.). Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia - Vol. 5. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual.** Empório do Direito, Florianópolis, out. 2017. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acesso em 09 de nov. 2021.

COSTA, H. A; COSTA, A. A. (2010). **Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo:** uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). 2010 v. 18 n. 72 out./dez.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In:* **Processo e Constituição:** estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

____. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

____. Aspectos técnicos e teóricos da prova no novo código de processo civil**.** *In*: MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula de Sarno. **Curso de direito processual civil.** Vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

____. **Relativizar a coisa julgada material.** RePro 109/32. São Paulo: Ed. RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRATEKI, Gabriel Gomes. **Vertente Dialética do Processo em Goldschmidt**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Mestrado em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2018.

HAYEK. F. A. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; ANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. [Coords]. **Processo como democracia na contemporaneidade:** colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia:** a ação jurídica como exercício da cidadania. Séries de Estudos Jurídicos 03. Cadernos da EJEF. 2005.

____. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2017.

____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

____. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito***.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: Fonte de compromisso estatal para a edificação de uma sociedade fraterna. *In:* **O Direito natural** / prefácio Ives Gandra da Silva Martins; organizador Carlos Aurélio Mota de Souza. - Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é solipsismo judicial?.** Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020.

MAGALHÃES, Joseli Lima. **A construção do novo código de processo civil brasileiro a partir da influência exercida pela comissão de juristas elaboradora do anteprojeto:** a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. Revista Paradigma, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017.

____. Impropriedades e características de algumas normas fundamentais no novo código de processo civil. *In*: **O caráter mítico e estratégico do novo CPC**. Joseli Lima Magalhães (coordenador). Teresina: EDUFPI, 2021.

____. A fundamentação das decisões jurisdicionais e suas relações com o contraditório: da origem à presença no novo CPC. *In:* MAGALHÃES. Joseli Lima (coordenador). **O Processo e os impasses da legalidade**. Teresina: EDUFPI, 2018.

MARDEN, Carlos; MACHADO, Camila Fechine. Ativismo Judicial: uma análise da judicialização da saúde em tempos de pandemia. *In:* **Pandemia e os Direitos Fundamentais**. Joseli Lima Magalhães e Rosemiro Pereira Leal (Coordenadores). Teresina: EDUFPI, 2021, p.69.

MARINONI, Luis Guilherme. **Relativizar a coisa julgada material?.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo15.htm. Acessado em 01 de novembro de 2021

MENDONÇA, Jacy de Sousa. **O Direito Natural na moderna axiologia**. In: O Direito natural / prefácio Ives Gandra da Silva Martins; organizador Carlos Aurélio Mota de Souza. - Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **RDC** nº 7. Set-Out 2000, p. 11.

____. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais:** o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PERES, S. P. **Psicologismo e psicologia em Edmund Husserl.** Aoristo - International Journal of Phenomenology, Hermeneutics and Metaphysics, *[S. l.]*, v. 1, n. 2, 2017. DOI: 10.6394/aoristo.v1i2.18209. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/aoristo/article/view/18209.

PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Editorial Civitas, 1979.

POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

RANIERI, Jesus. **Sobre o conceito de ideologia**. Estudos de Sociologia, v. 7, n. 13/14, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/106749>. Acesso em 10 de nov. 2021.

ROZAS, Luiza Barros. C**onceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1231.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Suzana Ribeiro da. **A interpretação do STJ sobre o artigo 489 §1º, IV do código de processo civil nos embargos de declaração – MS 21315 / DF.** Ratio Juris. Revista Eletrônica Da Graduação Da Faculdade De Direito Do Sul De Minas v. 2. n. 1. jan.-jun. 2019.

SOUSA, Rafael Silva. **A Resposta Popperiana para as Teses Holísticas de Duhem e Quine.** Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal Do Piauí – UFPI, Programa De Pós-Graduação Em Filosofia. Teresina, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

____. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

____. **Senso incomum: Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomumcpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>, acesso em 15 de nov. 2021.

____, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 50.

____. **Comentários ao art. 489**. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

____. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TAMANAHA, Brian Z., **The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism**. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=725582, acesso em 22 de outubro de 2021.

VIOLA, Ricardo Rocha. **Teoria da Decisão Judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. rev., amp. e alt. São Paulo: Atlas, 2014