
A Resistência ao Modelo Constitucional de Processo e o Papel da Jurisdição em um Estado Democrático de Direito: A Convivência do Novo com o Antigo

Resistance to the Constitutional Model of Process and the Role of Jurisdiction in a Democratic State of Law: The Coexistence of the New With the Old

La Resistencia al Modelo Constitucional de Proceso y el Papel de la Jurisdicción en un Estado Democrático de Derecho: La Convivencia de lo Nuevo com lo Viejo

<https://doi.org/10.24119/f27haa84>

Marta de Cássia Pangaio

Currículo: Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

E-mail: marta.pangaio@gmail.com

Data de submissão: 30-04-2023

Data de Aceite: 08-05-2023

Data de publicação: 20/04/2024

RESUMO:

O presente artigo tem como propósito demonstrar a difícil convivência da concepção de Jurisdição e do processo firmada em bases socializantes e meramente técnicas, com a proposta constitucional de efetivação de direitos fundamentais e o processo como lugar de prática democrática, manifesta na construção cooperativa de decisões judiciais. Como reflexo direto da coexistência de modelos diferenciados, há, por um lado, a ênfase na celeridade processual e quantificação do acesso à justiça e, por outro, o Código de Processo Civil com a disciplina normativa da cooperação, contraditório substancial e a fundamentação das decisões judiciais. Nessa perspectiva, apresentam-se alguns julgados e enunciados que apontam uma possível postura de resistência por parte dos Tribunais. Por fim, faz-se uma breve reflexão quanto às repercussões do “novo que não nasceu plenamente e o antigo que não se foi” na prática jurídica e judiciária, refletindo possivelmente uma rejeição a própria normatividade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito- Jurisdição – Processo



ABSTRACT:

The purpose of this article is to demonstrate the difficult coexistence of the Jurisdiction concept and the process established on socializing and merely technical bases, with the constitutional proposal for the realization of fundamental rights and the process as a place of democratic practice, manifested in the cooperative construction of judicial decisions. As a direct reflection of the coexistence of different models, there is, on the one hand, the emphasis on procedural speed and quantification of access to justice and, on the other, the New Code of Civil Procedure with the normative discipline of cooperation, substantial contradictory and the reasoning for court decisions. From this perspective, we present some judgments and statements that indicate a posture of resistance on the part of the Courts. Finally, we carry out a brief reflection on the repercussions of the “new that was not fully born and the old that did not go away” from the legal and judicial practice, possibly reflecting a rejection of the constitutional normativity itself.

KEYWORDS: Democratic State of Law- Jurisdiction - Process

RESUMEN:

El presente artículo tiene como propósito demostrar la difícil convivencia de la concepción de la Jurisdicción y del proceso sobre las bases socializadoras y meramente técnicas, con la propuesta constitucional de ejecución de los derechos fundamentales y el proceso como lugar de práctica democrática, manifiesta en la construcción cooperativa de decisiones judiciales. Como reflejo directo de la coexistencia de diferentes modelos, hay, por un lado, el énfasis en la celeridad procesal y la cuantificación del acceso a la justicia y, por otro lado, el Código Procesal Civil con la disciplina normativa de cooperación, contradictorio sustancial y la fundamentación de las decisiones judiciales. Desde esta perspectiva, se presentan algunos juzgados y declaraciones que apuntan una posible postura de resistencia por parte de los Tribunales. Finalmente, se hace una breve reflexión sobre las repercusiones del “nuevo que no nació plenamente y el antiguo que no se fue” en la práctica jurídica y judicial, reflejando posiblemente un rechazo a la propia normatividad constitucional.

PALABRAS CLAVE: Estado Democrático de Derecho – Jurisdicción - Proceso



INTRODUÇÃO

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, em vários países, viu-se o florescimento do Estado Democrático de Direito, instituído nas chamadas constituições sociais do período, representando uma mudança paradigmática em razão de suas bases centradas na democracia e na noção radical de efetividade dos direitos fundamentais. Nesse cenário, ganha relevo a discussão sobre o papel da Jurisdição e o modelo de processo, sobretudo porque as constituições sociais instituíram o amplo acesso à justiça, disciplinaram princípios e garantias processuais, bem como apresentaram um rol considerável de direitos fundamentais que careciam de efetivação.

Na verdade, a partir do Estado Democrático de Direito, tem-se a valorização do papel da Jurisdição, com intensa judicialização de questões das mais diversas ordens, pertinentes a direitos individuais e coletivos. Intensifica-se também, no campo acadêmico doutrinário a discussão do modelo constitucional de processo e sua implementação.

No Brasil, a instituição do Estado Democrático de Direito possui traços próprios, tendo ocorrido por meio da Constituição Federal de 1988, que apresenta um elenco de direitos fundamentais, disciplina vários institutos jurídicos de diferenciados ramos do Direito e firma a proposta democrática como norte da relação Estado e sociedade.

Na perspectiva de transformação da realidade social, essa mudança paradigmática impõe uma nova concepção da Jurisdição e modelo de processo. Nesse cenário, tem-se o Código de Processo Civil (CPC) que manifesta, através de sua disciplina normativa, o princípio da cooperação, o contraditório substancial e a relevância da fundamentação adequada das decisões judiciais.

Em outro giro, observa-se, em enunciados e alguns julgados, em especial do Superior Tribunal de Justiça a resistência em abandonar o protagonismo judicial e sua estreita relação com o realismo jurídico, movimento do início do século XX, caracterizado pela defesa da criação do Direito por meio dos juízes, como forma de garantir fins sociais.

Assim, este artigo tem como tema a resistência ao modelo constitucional de processo e o papel da jurisdição em um Estado Democrático de Direito, procurando observar a convivência do novo com o antigo. A relevância do estudo é evidente na proporção que envolve a própria efetivação da disciplina constitucional relativa à proposta democrática, refletida na prática dos Tribunais, com fins de implementar promessas da modernidade, tais como: igualdade, solidariedade e justiça social.

O artigo tem como objetivo demonstrar a convivência de modelos e concepções de jurisdição e processo, originados em bases políticas e jurídicas bem distintas, o que pode apontar para uma verdadeira resistência à normatividade constitucional.

Inicialmente, faremos uma contextualização do tema partindo do Estado Democrático de Direito, com ênfase na realidade brasileira, passando pelas reformas processuais focadas na celeridade processual até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Após, fez-se destaque para alguns dispositivos do Código de Processo Civil, que evidenciam o modelo democrático de processo, com ênfase para a cooperação, para o contraditório substancial e para

a fundamentação das decisões judiciais. Assim, realizamos um breve estudo do artigo 489, parágrafos primeiro e segundo do CPC, referentes à forma da fundamentação das decisões e a necessária justificativa racional no uso da ponderação diante do conflito de normas.

Por fim, apresenta-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e enunciados com o objetivo de demonstrar algumas reações em relação à mudança paradigmática, pertinente ao papel da jurisdição e ao processo como espaço democrático de participação, estabelecida pela Constituição Federal e ratificada pelo Código de Processo Civil.

A metodologia utilizada tem caráter bibliográfico sem a pretensão de esgotar a temática, mas sim contribuir para a discussão acadêmica do tema.

1. CONTEXTUALIZANDO EM BREVES LINHAS

Após a Segunda Guerra Mundial, observa-se a evolução da proposta do Estado Social por meio do surgimento, em textos constitucionais de diversos países, da figura do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um modelo político-institucional e paradigma jurídico normativo, que pode ser compreendido como “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado”.¹

A conjugação do Estado de Direito com a Democracia aponta para um projeto compromissório que apresenta preocupação com solidariedade, igualdade e justiça social.

Nesse cenário, entende-se que a liberdade é esvaziada em seu sentido, quando não se asseguram as condições sociais mínimas para que a pessoa possa desfrutar da liberdade, não apenas no aspecto formal, conforme a prática liberal. Por isso, falaciosa a proclamação da liberdade em um ambiente de exclusão social.

No Estado Democrático de Direito, o assistencialismo clientelista perde posição para a noção de cidadania que não se restringe à participação na escolha dos governantes, mas inclui espaços de participação direta e canais de controle.

Esta concepção de Estado corresponde a uma síntese das fases anteriores (Estado Liberal e Estado Social), com a proposta de suprir as deficiências deixadas, o que caracteriza a pretensão de resgatar as promessas da modernidade, sendo uma delas a efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa linha, entende-se que o Estado Democrático de Direito pressupõe valorização do jurídico, naquilo que diz respeito à função social, na medida em que a Constituição traz uma tábua de valores e direitos fundamentais que apontam para a transformação da sociedade. Na verdade, estabelece a chamada nova racionalidade, a racionalidade ética.

Enquanto no Estado Liberal a ordenação constituía a principal atividade, sendo destacado o Poder Legislativo, no Estado Social, ganha relevo a promoção de direitos via políticas públicas desenvolvidas

1 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000. p 231.

pelo Executivo. No Estado Democrático a Constituição cria mecanismo para mudança do *status quo*, configurando o texto constitucional como claro espaço do bom encontro do Direito com a Política, gerando a possibilidade de deslocamento do centro de tensão para o Poder Judiciário² que pode intervir na perspectiva de contribuir com a efetivação da proposta constitucional³.

Neste contexto, a Jurisdição é repensada em papel de destaque, bem como o processo sofre direta influência da Constituição, resultando, portanto, em um modelo constitucional de processo, entendido como espaço de garantias e participação.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, caracterizada como dirigente e compromissória, anuncia o Estado Democrático de Direito com todas as implicações que esse modelo de Estado traz para as Instituições e para o próprio Direito. Anuncia-se o fenômeno da constitucionalização do Direito caracterizado, sobretudo, pela disciplina constitucional de variados ramos do jurídico, entre os quais destaca-se o Direito Processual que deveria ser repensado sob a ótica democrática.

Em breves linhas, a partir da Carta Magna de 1988 posto estava o desafio: deixar o porto seguro de um Direito liberal individualista, reafirmado por um Judiciário com traços de acentuado paternalismo, para a adoção de um modelo de Direito com papel de transformação da realidade social, a fim de se adotar novas práticas jurídicas e judiciárias.

Por ocasião da promulgação do Texto Constitucional e nos anos que se seguiram, convivíamos com um liberalismo processual, caracterizado pelo protagonismo das partes, sendo a magistratura expectadora imparcial; e, por outro lado, com a expansão da proposta de socialização do processo, mais atrelada aos traços de um Estado Social, na qual a jurisdição apresenta-se com roupagem paternalista, restou às partes uma posição mais passiva. Nesta esteira, o processo passa a ser compreendido como mero instrumento técnico para composição de conflitos.⁴

No campo da efetividade de Direitos, o Judiciário paulatinamente ganhou destaque com uma explosão de demandas, repetitivas ou não, em relação às quais parte do discurso oficial responsabilizou a lentidão da máquina judiciária, apontando-a como grande vilã, quase que absoluta, da carência de efetividade dos direitos fundamentais. A questão centrava-se em um processo lento e uma normativa processual que carecia de ajustes.

Um movimento de acesso à justiça importado para terras brasileiras, com fins de tutela de direitos, fundamentou as sucessivas reformas da normativa processual, principalmente o Código de Processo Civil de 1973, tendo como fio condutor uma maior celeridade dos ritos processuais, além de um enxugamento do quantitativo de demandas, da adoção de métodos “alternativos” de composição de conflitos e do uso de instrumentos processuais (novos ou não), para uma prestação jurisdicional mais efetiva, entendida quase como sinônimo de prestação célere.

Não se pode perder de vista que a Emenda Constitucional 45 de 2004, denominada de Emenda da Reforma do Judiciário, entre outras importantes mudanças, introduziu o inciso LXXVIII no artigo 5º

2 STRECK, Lenio Luiz. *ibid.*, p. 13.

3 STRECK, Lenio Luiz. *ibid.* p. 9-17.

4 MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-62.

da Carta Constitucional, estabelecendo como direito fundamental um processo com tempo de duração razoável, seja na via judicial ou administrativa.

Nesse ponto, cabe destacar que a citada Emenda não se refere à celeridade como um relógio correndo, mas à duração razoável⁵ que pode ser compreendida como um período necessário à realização de atos processuais pertinentes ao modelo constitucional proposto, qual seja: o modelo democrático de processo.

Em paralelo, a magistratura reafirma de forma acentuada o protagonismo judicial, que muitos denominam de ativismo judicial, firmando-se como um dos principais temas na seara político-institucional e no campo do Direito, notadamente do Direito Constitucional e do Direito Processual.

Independentemente dos relevantes debates sobre o assunto, que envolve desde aspectos conceituais, passando pela relação comumente delicada entre Legislativo e Judiciário, chegando quase à posição unânime de que se trata de fenômeno praticamente global, merece destaque o ponto de vista de Lênio Streck, quando afirma que “A grande questão não é quanto de judicialização, mas como as questões judicializadas devem ser decididas. Aqui está o *busílis*”.⁶

Diante do brevíssimo cenário descrito, as mencionadas reformas legislativas não foram suficientes para dar resposta à questão do acesso à justiça e tutela de direitos discriminados no Carta Política e na ampla normativa produzida. Por tal razão, muitos processualistas afirmavam que a legislação processual teria se tornado uma “colcha de retalhos”⁷, apontando a necessidade de um Novo Código de Processo Civil, o que foi feito.

Deste modo, não é possível afirmar que a nova lei processual não era necessária, mas vale ressaltar que restringir a questão ao aspecto normativo e à necessidade de celeridade nas práticas judiciais, pode esconder uma postura de resistência à releitura do papel do Direito, da jurisdição e da implantação do modelo de processo, todos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A JURISDIÇÃO E O PROCESSO

No cenário de um Estado Democrático de Direito, a noção de que todo poder emana do povo ocorre tanto por meio de eleição de representantes para as Casas Legislativas, como também pela participação direta na construção das decisões públicas. Fica para trás a noção de um “sujeito que recebe seus direitos”, característica de um Estado assistencialista, para ascender a concepção de cidadania emancipatória, evidenciada em espaços reais de manifestação, reconhecidos pelas normas e pelas Instituições.

Essa mudança afeta diretamente o papel da Jurisdição e o modelo de processo, o que pode ser evidenciado nos princípios constitucionais processuais e no Código de Processo Civil de 2015.

5 DELFINO, Lúcio e SOUSA, Diego Crevelin. O Levante contra o art. 489, parágrafo primeiro, incisos I a VI do CPC/2015: O autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normativa. Disponível em: www.luciodeslino.com.br. Acesso em: 12 jul. 2021.

6 LÊNIO, Streck. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 1º jul. 2021.

7 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 34.



O Texto Constitucional de 1988 disciplinou princípios processuais importantes em um ambiente democrático, tais como a ampla defesa e contraditório⁸, a vedação de provas ilícitas⁹, o devido processo legal¹⁰ e a fundamentação das decisões judiciais¹¹.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil (CPC) inicia sua disciplina normativa, em seu artigo 1º, com o comando de que será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

O legislador deixou claro que o ambiente do processo e a prática dos juízes devem estar pautados nas bases características do Estado de Direito Democrático, como garantia de direitos e efetiva participação.

Nesse ambiente, o artigo 6º do CPC traz o princípio da cooperação ao afirmar que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si na construção de uma decisão de mérito, justa e efetiva, em tempo razoável. Logo, a decisão não é um ato solitário de um juiz protagonista, mas o resultado do trabalho cooperativo dos sujeitos processuais envolvidos.

Claro fica o propósito do artigo 7º ao sustentar que o juiz tem o dever de garantir um efetivo contraditório, garantindo às partes paridade na participação, firmando que a decisão não é fruto do que o “juiz diz”, mas resultado do que “todos possam dizer” ao longo do processo.

Por isso, fala-se na doutrina em contraditório substancial¹², o que por si só aponta outra concepção do contraditório, para além de dizer e poder contradizer, mas na possibilidade real de influência no ato decisório.

Na verdade, centra-se a legitimidade da decisão no debate e nos argumentos dos sujeitos processuais (participação democrática), não mais na autoridade do magistrado. Assim, perde o juiz a posição solitária salvacionista, do modelo socializante de processo, na medida em que na relação processual não há mais demandantes clientes, mas cidadãos no exercício da cidadania.

A nova legislação deixa evidente o rompimento, proposto pela própria norma constitucional, com uma prática judicial rotineira, bem próxima do Realismo Jurídico, movimento surgido na primeira metade do século XX, que defende uma atividade de livre criação do Direito pelos juízes, para o alcance de fins sociais. Sobre isso, é possível expressar o Realismo citando uma frase conhecida de Oliver W. Holmes, juiz da Suprema Corte dos EUA, que diz: “o Direito é o que os Tribunais dizem que ele é”.¹³

Nessa linha, o artigo 10 do CPC/2015 afirma que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se

8 Art. 5º - LV - LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de julho 2021).

9 Art.5º - LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

10 Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

11 Art. 93 - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

12 Sobre isso: “Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não de surpresa para a formação das decisões.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre de Melo, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2015. p. 93)

13 LÊNIO, Streck. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 377-384.

manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Já o artigo 11 da mesma norma processual, ratifica o ditame constitucional, exigindo que todos os julgamentos sejam públicos e fundamentados, sob pena de nulidade.

Essas normas mostram a íntima relação entre contraditório substancial e fundamentação das decisões, já que estará no resultado exposto em sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos a possibilidade de controle por parte dos sujeitos quanto à influência efetiva de sua participação no ato decisório.

Destarte, ganha relevo o artigo 489, parágrafos primeiro e segundo do CPC/2015, ao disciplinarem, respectivamente, o que não pode ser considerado fundamentação, bem como a necessidade de informação sobre o método utilizado na ponderação, em caso de conflito de normas. Passemos a um breve estudo do dispositivo.

3. O A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA ÀS BASES CONSTITUCIONAIS

O artigo 489, parágrafo primeiro, incisos I a VI do CPC/2015, que trata da fundamentação adequada das decisões judiciais, despertou grande insatisfação do Judiciário, o que pode ser atestado nas manifestações da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, na postura da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e na Associação dos Magistrados do Trabalho – ANAMTRA, ao oficiarem à Presidência da República buscando o veto do dispositivo, o que não ocorreu.¹⁴

Na verdade, o comportamento da magistratura pode retratar a resistência à própria disciplina da Constituição Federal, com fins de manter o “estado das coisas”, manifesto em decisões de caráter genérico, fundamentadas de forma insuficiente diante dos argumentos apresentados pelas partes, ou fazendo uso do senso de justiça do juiz, em nome do “livre convencimento.”

Considerando plena vigência do artigo 489, parágrafo primeiro do CPC, vemos que o inciso I faz referência à decisão que apenas “indica, reproduz ou parafraseia” normas, sem informar como a norma geral e abstrata se aplica ao caso.

No inciso II, faz-se referência aos conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, função social, que se não forem interpretados considerando a Constituição, podem ser “supostas autorizações normativas” para decisões baseadas no que “o juiz entende”.

No inciso III, abordam-se as fundamentações genéricas que poderiam ser usadas para qualquer outro caso. Nesse particular, a decisão que, por exemplo, informa sobre o indeferimento da tutela antecipada, em virtude da ausência dos requisitos do artigo 300 do NCPC”, pode ser apontada como uma clássica decisão genérica.

14 Informações obtidas no texto dos Professores Diego Crevelin de Sousa e Lúcio Delfino “O Levante contra o art. 489, parágrafo primeiro, incisos I a VI, do CPC/2015: O Autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normatividade Constitucional. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201652014457.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

Por sua vez, no inciso IV, afirma-se que não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos manifestados no processo. Esse inciso específico mostra bem a concepção de efetivo contraditório, como corolário do processo democrático. Contudo, a parte final do artigo tem sido usada pelo Judiciário para “garantir” a não observância do dispositivo, por afirmar “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo *capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador.*”

Já os incisos V e VI referem-se a precedentes e enunciados de súmula. O inciso V aborda a citação de precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar a relação com o caso concreto em questão. Noutra giro, o inciso VI trata de uma hipótese da não aplicação do precedente ou enunciado de súmula, sem justificativa.

Essas últimas hipóteses são complexas porque precedentes e súmulas estão vinculados diretamente a casos concretos específicos. Logo, não se pode entender pela mera aplicação ou não do precedente ou do enunciado de súmula sem investigar os casos que os originaram, de modo a verificar a possibilidade de alguma correlação ou semelhança com o caso em julgamento.

Curiosamente, a jurisprudência em muito se distancia do disciplinado pela normativa processual.

Logo, após a entrada em vigor do CPC de 2015, o Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21315/DF, em que se evidencia uma postura resistente ao disposto no art. 489, parágrafo primeiro, IV, do Tribunal responsável pela uniformização de interpretação da lei federal. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL – AUSÊNCIA 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. **A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.** 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a Ação Ordinária nº 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre mandado de segurança e ação ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum. 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl-MS 21.315/DF, 1ª Seção, Relª Min. Diva Malerbi – Desembargadora Convocada do TRF 3ª da Região, J. 08.06.2016, DJe 15.06.2016)¹⁵

Nota-se aqui a aplicação de um entendimento sobre o dispositivo em comento, contrário ao que pode ser compreendido como fundamentação adequada, de acordo com o modelo constitucional. Isso porque, caberá ao Tribunal manifestar sua posição quanto a todos os argumentos apresentados pelas partes, independente quais as razões embasarão a decisão. Isso porque as partes devem poder exercer

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl-MS 21.315/DF, 1ª Seção, Relª Min. Diva Malerbi – Desembargadora Convocada do TRF 3ª da Região, J. 08.06.2016, DJe 15.06.2016. Disponível em www.stj.gov.br; Acesso em 12/07/2021

controle quanto a influência de sua participação (contraditório substancial) no pronunciamento judicial, de caráter decisório.

Na mesma linha de posicionamento, destaca-se:

DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DA SUMULA 284 DO STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO NÃO PROVIDO.

O Tribunal estadual dirimiu a matéria submetida sob sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca de temas necessários à integral solução da lide, de modo que ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica ofensa ao art. 489 e ao art. 1022 ambos do NCPC.

(...) Pacífica a jurisprudência dessa Eg. Corte Superior no sentido de que não é omissa e nem carece de fundamentação a decisão judicial que, embora decida em sentido contrário aos interesses da parte, examina suficientemente as razões que lhe foram propostas, adotando entendimento de que ao órgão julgador parecia adequado a solução da controvérsia posta.

(...) órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas os considerados suficientes para fundamentar a decisão, o que foi feito.”

(...) A Jurisprudência do STJ orienta que a contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração a interna, ou seja, aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não aquela entre a fundamentação em que se baseia o acórdão recorrido e a que a parte pretende seja adotada.

Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (Resp. 1703376/PB. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 06/10/2020) ¹⁶

Nota-se que a compreensão do dispositivo legal se restringe em haver fundamentação suficiente, e, portanto, desconectada de uma das mais relevantes finalidades atreladas a exigência constitucional de fundamentação, qual seja: controle pelas partes da influência dos argumentos apresentados e debatidos na decisão judicial. Caso o magistrado não se deixe influenciar pelas teses apresentadas, sua decisão não é o resultado de uma construção conjunta, mas um ato solitário, o que não se coaduna com a proposta de um Estado Democrático.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA. VALIDADE. 1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado. 2. O Superior Tribunal de Justiça, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende que a fundamentação do ato jurisdicional, ainda que concisa, revela-se apta a cumprir o mandamento constitucional contido no art. 93, IX. 3. **Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ainda que de forma sucinta, fundamentou a decisão, afastando, de uma só vez, as alegações que o recorrente sustenta não terem sido analisadas.** 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1340172/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, T1 -PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019).¹⁷

APELAÇÃO CÍVEL. Contratos Bancários, Ação Revisional de Contratos Bancários. Sentença de Improcedência. Inconformismo do autor. 1 – Nulidade de sentença não caracterizada. Juiz deve indicar de forma clara o seu convencimento, **não se exigindo fundamentação exaustiva da decisão.** (TJ-SP Apelação Cível 10158666120198260100. Relator (a) Daniela Menegatti Milano; Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento 17/07/2020).¹⁸

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1703376/PB. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 06/10/2020. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 12/07/2021.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1340172/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, T1 -PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019. www.stj.gov.br. Acesso em 12/07/2021

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 10158666120198260100. Relator (a) Daniela Menegatti Milano; Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento 17/07/2020. Disponível em www.tjsp.gov.br. Acesso em 12/07/2021.

Nos casos supracitados, o Tribunal declara que “decisão sucinta” não significa ausência da fundamentação. Entretanto, o artigo 489, e seus parágrafos disciplinam sobre o aspecto qualitativo da decisão judicial, não a existência de algumas linhas com aspectos jurídicos.

Por fim, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça apreciou, pela primeira vez, pedido de nulidade de decisão, por violação do parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, em sede de Recurso Especial sob nº 1.765.579, julgado em março de 2019.¹⁹

Esse dispositivo legal afirma que ao aplicar a ponderação, na hipótese de conflito de normas, no caso concreto, deverá o magistrado justificar e deixar claros os critérios gerais da ponderação.

O recurso foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana, autora de ação contra o Google por causa de suposta ofensa à liturgia religiosa islâmica no vídeo do funk Passinho do Romano, publicado no YouTube, o qual cita trechos do Alcorão. A partir da ponderação entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu não haver ofensa e rejeitou o pedido de indenização e de retirada do vídeo.

Nas razões recursais, a recorrente sustentou que o Tribunal de Justiça de São Paulo violou os artigos 1.022 e 489, parágrafos 1º e 2º, do CPC/2015, visto que não teria enfrentado todos os argumentos expostos pela parte autora, nem observado os critérios previstos na lei processual no que diz respeito à técnica de ponderação em caso de conflito entre normas.

Para a recorrente, houve deficiência de fundamentação diante da omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão, em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, bem como ausência dos critérios usados na ponderação.

O Superior Tribunal de Justiça, através da 3ª Turma, não declarou as nulidades apontadas pela Sociedade Beneficente Muçulmana. Os ministros concluíram que o Tribunal de Justiça enfrentou todas as questões necessárias à solução da controvérsia, além de ter apresentado de forma clara os motivos fáticos e jurídicos que levaram o juízo a decidir pela prevalência da liberdade de expressão. Sobre a ponderação de princípios, o colegiado, acompanhando o relator, não entendeu pela deficiência de fundamentação e entendeu pela competência do Supremo Tribunal Federal para avaliar a correção do julgamento realizado pela Justiça paulista, por se tratar de matéria constitucional.

Nessa demanda, observa-se mais um caso no qual o magistrado decide favoravelmente a tutela de um direito fundamental, sem apresentar a devida justificativa racional sobre sua decisão.

Por fim, mostra-se prudente destacar Enunciados que bem manifestam a não compreensão ou não aceitação da disciplina constitucional e legislativa sobre fundamentação de decisões judiciais:

Enunciado 10 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM que sustenta: “A fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade de decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.”²⁰

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 176579, 3ª Turma. Data do julgamento 12/032019. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 12/07/2021.

20 Disponível em www.tjrj.gov.br. Acesso em 12/07/2021

Verbete 52 da Súmula do TJ-RJ: “Inexiste omissão a sanar através de embargos declaratórios, quando o acórdão não enfrentou todas as questões arguidas pelas partes, desde que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso.”²¹

Nesses julgados e enunciados, nota-se o descompasso entre o entendimento manifesto na prática judiciária e a proposta constitucional de jurisdição e processo em um Estado Democrático de Direito.

Para agravar o caótico cenário, temos ainda o argumento da celeridade processual, quase a qualquer custo, travestido no discurso de acesso à Justiça, em relação ao qual denuncia parte da doutrina²² a ênfase ao aspecto quantitativo do acesso à Justiça, manifesto, por exemplo, nas metas de sentenças fixadas pelos Tribunais e do Conselho Nacional de Justiça.

Trata-se do dilema alertado por Lênio Streck sobre “o velho que não morre e o novo que não nasce”²³. As razões do impasse entre esses paradigmas podem estar atreladas aos aspectos dos mais variados que passam pelas Instituições, pela dificuldade de um compreender a prática democrática, em uma sociedade plural (e de modernidade tardia), da cultura atrelada ao sistema de Justiça e sua inerente concepção de processo e, por fim, do próprio entendimento (ou pouco entendimento?) do que venha a ser o Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, procurou-se demonstrar o modelo constitucional de processo e o papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito, bem como as resistências manifestas em decisões e práticas judiciárias.

Assim, iniciamos destacando os principais aspectos do Estado de Direito Democrático, no qual o poder emana do povo, por representantes eleitos, bem como pela participação direta na construção de decisões públicas.

No ambiente do Estado Democrático de Direito, o jurídico passa a ser compreendido como instrumento de transformação social, destacando-se a solidariedade, igualdade e justiça social. Por consequência, o Judiciário passa a ocupar um lugar central no desenho das Instituições públicas, por ser compreendido como um espaço de efetivação das promessas da modernidade.

A lentidão da máquina judiciária aliada à necessidade de reformas legislativas foram as principais “explicações” para a dificuldade do Judiciário em produzir decisões adequadas, no sentido da implementação de direitos fundamentais.

Assim foram realizadas sucessivas e pontuais reformas legislativas, sobretudo no Código de Processo Civil de 1973, gerando uma normativa processual repleta de remendos, mas carecedora de sistematização. Clara estava a necessidade de um Novo Código de Processo Civil, o que foi feito.

21 Disponível em <https://www.enfam.jus.br/>. Acesso em 12/07/2021

22 PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodium. 2016.

23 STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da crise da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p.52



A nova normativa processual torna ainda mais evidente o que já era anunciado pela Constituição de 1988: a efetivação de direitos e a participação na construção das decisões, ou seja, o processo como lugar de cooperação dos sujeitos para a produção de decisões de mérito, justas e efetivas.

Assim, demonstra-se necessidade de uma nova leitura do princípio do contraditório como capacidade de influência das partes na formação do ato decisório, recebendo por parte da doutrina o adjetivo de contraditório substancial, no viés constitucional de um Estado Democrático.

Nesse cenário, recebe destaque a fundamentação das decisões judiciais como forma de controle e verificação da efetiva influência das partes no resultado do processo, com seus argumentos, teses e produção probatória.

Entre os diversos dispositivos normativos, analisou-se em breves linhas o disposto no art. 489, parágrafos primeiro e segundo do CPC, que disciplinam o que não seria fundamentação adequada, bem como trazem a exigência de justificação racional do uso da ponderação, na hipótese de conflito de normas.

Lamentavelmente, mostramos uma postura de oposição por parte da magistratura, através de recentes julgados e enunciados, configurando a convivência nada harmônica entre a proposta constitucional de processo e jurisdição e uma prática judiciária pautada em antigo modelo, bem mais próximo do realismo jurídico, do início do século XX, que firma a criação de normas pela magistratura, limitando o Direito ao que dizem os Tribunais.

Neste ambiente, não resta dúvida que cabe aos diversos atores (advogados, defensores e promotores), bem como à academia, exercer pressão no interior do sistema de justiça e nos espaços de discussão, buscando apresentar teses nos processos e artigos acadêmicos que desenvolvam e/ou apliquem o modelo democrático emancipatório. Resistir ao que resiste é necessário, sobretudo porque a gravidade está no fato de que a oposição não se dirige à nova normativa processual, mas destina-se à própria normativa constitucional.

5. REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 1993.

DELFINO, Lúcio e SOUSA, Diego Crevelin. O Levante contra o art. 489, parágrafo primeiro, incisos I a VI do CPC/2015: O autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normativa. Disponível em: www.luciodeslfin.com.br. Acesso em: 12 jul. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2019.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: ANDRADE, André (Org). *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da crise da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

STRECK, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 1º jul. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre de Melo, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2015. p. 93

