
BOA-FÉ OBJETIVA DO MAGISTRADO E PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

OBJECTIVE GOOD-FAITH FROM THE JUDGE AND SOCIAL SECURITY JUDICIAL PROCEEDING

Diego Calandrelli

Especialista em Direito Civil

*Procurador Federal, em exercício no Escritório Avançado de Foz do Iguaçu/PR, da
Procuradoria Seccional Federal de Cascavel*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 2 Boa-fé objetiva do magistrado; 2.1 Não se considera fundamentada decisão judicial que apenas se limita à citação de ato normativo sem explicar sua relação com a causa; 2.2 Não se declara fundamentada decisão judicial que emprega conceitos indeterminados sem nexos com o caso concreto; 2.3 Não se considera como fundamentada a decisão genérica; 2.4 A decisão que não enfrenta todos os argumentos das partes deve ser tida como não fundamentada; 2.5 A decisão fundamentada deve ser aquela que segue súmula ou jurisprudência identificando os fundamentos anteriores e se necessário, demonstrando o “distinguishing”/“overruling”; 2.6 Do questionável Parágrafo 2º do art. 489 do novo CPC; 3 Do desafio das novas disposições no direito processual previdenciário brasileiro; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este ensaio pretende analisar a boa-fé objetiva do juiz nos processos previdenciários, particularmente quanto às consequências pela introdução do novo Código de Processo Civil no Brasil de 2015 (CPC). Passará a confrontar analiticamente a boa-fé objetiva com o artigo 489 da nova lei processual nos processos previdenciários brasileiros, tendo ainda por base os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). Além disso, traz uma visão crítica quanto à antiga teoria do “livre convencimento motivado” do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 131) que, em situações exacerbadas, autorizou decisões na esfera previdenciária sem lastro no princípio constitucional da legalidade e por vezes em confronto à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-Fé Objetiva. Processo Judicial. Seguridade Social. Código de Processo Civil. Direito Estrangeiro.

ABSTRACT: This study aims to discuss the objective good-faith from the Judge in Social Security proceedings, specifically intended about the consequences of new 2015-Brazilian Procedure Civil Code (CPC). It criticises precisely the analytical framework for the objective good-faith with CPC's article 489 and Precedents of Permanent Procedure Civil Doctors Assembly on Brazilian Social Security proceedings. Among these measures, it is worth stressing criticizing the old fashioned proof theory by 1973-Procedure Civil Code, as called “free motivated conviction principle” (article 131), which on extreme circumstances, it has permitted Social Security sentences, that often they have infringed the constitutional principle of legality and have broken the terms of Supreme Courts' jurisprudence.

KEYWORDS: Objective Good-Faith. Judicial Proceeding. Social Security. Civil Procedure Code. Foreign Law.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo apontar sobre a boa-fé objetiva no direito processual civil, com foco no direito previdenciário. Ademais, proceder-se-á apontamentos com relação ao direito comparado, especialmente, o italiano.

1 DESENVOLVIMENTO

De forma semelhante à brasileira, a Constituição italiana no seu art. 111 prevê o devido processo legal, o contraditório e o exercício da jurisdição por meio de um juiz dito imparcial. Ainda, prevê o dever de motivação da decisão judicial (art. 111, Parágrafo 6o.¹) na mesma sintonia do art. 93, IX, da nossa Carta.

No âmbito de legislação infraconstitucional e na sistemática processual, o comando de leitura exegética deveria ser aquele que exigiria do juiz uma máxima isonomia possível, bem como o exercício do contraditório como forma de controle de seus e dos atos da parte. Também adviria da mesma ordem a concordância com o ordenamento Jurídico, especialmente quanto às sentenças, respeitando os precedentes dos Tribunais, com preocupação da não impressão das convicções pessoais acima dos elementos de prova e dos interesses dos litigantes.

Na codificação revogada, principalmente os artigos 125, I; 219 e 300, do Código de Processo Civil/73 (CPC/73) eram vistos como formas de integração ao contraditório. Na lei processual anterior, permitia-se ao magistrado, para evitar o “non liquet”, a utilização de formas de integração (analogia, costumes e princípios gerais de direito - à semelhança do art. 4o., da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro) e da equidade como última “ratio”, apenas nos casos previstos em lei² (art. 126 e 127, do CPC/73).

No quesito probatório, ainda sob a legislação revogada, consolidou-se uma posição do livre convencimento motivado do magistrado (também

-
- 1 “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.[...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.” (ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.
- 2 “Art. 113. Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile.” (ITALIA. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. Codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

denominado pela doutrina de “sistema da persuasão racional”³), indicando na decisão as razões pelas quais levaram a assim concluir. Em sede doutrinária, comentando o antigo art. 131, do CPC/73, encontravam-se vozes a declarar que o juiz era o “perito dos peritos”⁴, de forma que se poderia extrair a sua análise dos elementos de prova no “sentir”⁵ da sentença prolatada pelo juiz:

No exercício de suas funções o juiz deverá sentir-se o intérprete da lei, o órgão que manifesta a sua vontade na solução do caso concreto, a ‘vox legis’. Nisso consiste a sua independência interna, dita independência jurídica. O juiz a ninguém e a nada se subordina, senão à lei.

Quer isso dizer que o juiz, conquanto componente de um organismo cujos órgãos se distribuem em instâncias ou graus, uns inferiores, outros superiores, é idêntico sempre, qualquer que seja o ponto que ocupe na hierarquia judiciária. No exercício da função jurisdicional o juiz não se subordina a qualquer outro órgão judiciário, do qual não recebe ordens ou instruções e cujas decisões não está obrigado a aceitar como normas de decidir.

Livre de quaisquer peias de natureza hierárquica o juiz, no exercício de suas atribuições judicantes, ao formular seus juízos, não tem superiores, é absolutamente autônomo, submetendo-se apenas à sua própria consciência.⁶

Para Lênio Streck⁷, por exemplo, essa leitura doutrinária da norma processual aliada ao livre convencimento motivado, previsto em lei, elevaram o índice de protagonismo judicial, do chamado “ativismo judicial”. Primeiro, como forma de indicação de elementos de prova pelo próprio juiz, denominado no vocábulo da busca da “verdade real”, da realidade dos fatos, e finalmente, como uma maneira, muitas vezes, de produzir construções jurídicas extravagantes. Deslocando o foco das

3 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 378-379.

4 “O juiz é o ‘peritus peritorium’ por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado estivesse preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o ‘experto’ acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processo civil*. Campinas: Millennium, 1999. p. 426.

5 Georges Abboud, em seu doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), informa que houve uma tradução equivocada pela doutrina do termo em latim “sentire”. Ao invés de significar “sentir”, tem como signo as palavras “ouvir/escutar”. (APUD THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 330)

6 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105.

7 STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25.

partes e com base em uma visão de exaltação da figura do magistrado, de um ser, segundo esse ponto, dotado de excelência de caráter, que foi aprovado em concurso de provas e títulos (art. 37, II e 93, I, da CF/88), permitiram-se leituras e, portanto, decisões judiciais, que se baseavam na responsabilidade apenas da “consciência do magistrado” e não mais verdadeiramente na lei ou na Constituição.

Como muito bem retratado por Sílvio de Sá Batista⁸, o ponto central do processo passou do devido processo legal (dialética das partes) à figura quase mitológica do juiz, que estaria - segundo essa visão - submetida apenas aos seus próprios princípios, à sua consciência, relativizando a letra da lei na busca de um ideário de justiça de caráter pessoal, refletido no caso “sub judice” como se fosse (e sempre) uma realidade universal.

Em outras palavras, mesmo fora dos casos legais, poder-se-ia, então, decidir com base nas técnicas de integração da norma jurídica ou afastando norma jurídica válida e eficaz com base em ponderação de princípios que sequer entravam em rota de colisão no caso concreto.

Com inspiração na máxima aristotélica, de ser que conhece o bem e o mal, a ideia do juiz como criador do direito no caso “sub judice” ganhou corpo nas lições de Oskar Von Bülow, célebre processualista alemão do século XIX, tendo sido absorvidas ainda na doutrina de Chiovenda, Carnelutti e até de Enrico Tullio Liebman, jurista italiano que fugiu do fascismo e que lecionou no Brasil. Dentre os alunos de Liebman, como cediço, destacaram-se o ex-Ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal Alfredo Buzaid, justamente o mentor da codificação processual revogada (de 1973).

Sobreleve, ainda, que na cultura jurídica nacional a doutrina se inspirou também na escola da “Jurisprudência de Valores” alemã, que tinha como pressuposto a remodelação daquele Ordenamento Jurídico, afastando-se da rigidez da legalidade que legitimou o poderio nazista. No Brasil, a inspiração para a utilização da corrente tedesca não atendia ao mesmo fim histórico, mas serviu, contudo, para auxiliar na vivacidade do sentimento da consciência do juiz como inspiração ao ato sentencial.

Apenas a título ilustrativo e para demonstrar que as consequências desse pensamento nem sempre foram satisfatórias no viés legal, cite-se, por exemplo, a corrente doutrinária-gaúcha do “Direito Alternativo”, que surgiu nas décadas de 80/90⁹. Com mesmo discurso baseado no pensamento de Aristóteles, de Bülow, associado à leitura de Karl Marx, pregava-se que

8 BATISTA, Sílvio de Sá. *Má-fé e boa-fé na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 77-88.

9 “A organização dos juízes alternativos surgiu em 1983, no Rio Grande do Sul como grupo de estudos de filosofia e ganhou corpo em 1991, após uma polêmica na mídia.” APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 187.

o dever do juiz era decidir conforme a justiça social. Extraindo o conceito marxista da luta de classes, os juízes alternativistas defendiam a leitura da norma legal inclusive “contra-legal”, aventando para sua sentença, se preciso, até o dever de caridade. Interessante citar a crítica de Goffredo Telles Júnior¹⁰, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre o Direito Alternativo:

Há um argumento que, segundo penso, não foi ainda aventado, mas que é de suma importância, dentro do contexto do chamado ‘Direito Alternativo’.

A sentença ‘contra legem’ é uma violação da lei, praticada ‘deliberadamente pelo juiz. É ato ilícito. Ora, a lei é norma ‘autorizante’. E norma que ‘autoriza o lesado, pela violação dela, a exigir o cumprimento da norma violada, ou a indenização pelo dano sofrido. Logo, o lesado pela sentença ‘contra legem’ tem, além dos recursos normais para as instâncias superiores, uma ação contra a pessoa do juiz, que é um infrator confesso.

Assim, o autor da sentença ‘contra legem pode passar de juiz a réu, em ação de reparação de danos.

Péssimo exemplo deram esses juízes do ‘Direito Alternativo’. Péssimo exemplo, apesar de seu amor pela Justiça. Poderiam demonstrar seu amor, usando meios adequados. Mas, fazendo o que estavam fazendo, colocaram-se na situação de agressores, ferindo direitos líquidos e certos, de pessoas que não-merecem esse tratamento.

Quando os juízes declaram que não-cumprem as leis, quem as cumprirá?

O Poder não-fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que odiamos, porque é o Poder dos ditadores e dos tiranos. É o Poder que odiamos, mesmo quando esse Poder está nas mãos de juízes.

Sim, é certo, situações de injustiça social existem, por toda parte. E não há dúvida que a Justiça humana é imperfeita. Mas ainda mais imperfeita se tornará se ela for entregue ao arbítrio dos juízes.

Erraram de carreira os juízes do ‘Direito Alternativo’. Se queriam se dedicar à luta contra as leis injustas, não deveriam ser juízes. Deveriam ser políticos. Deveriam se alinhar conosco, deveriam

10 TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, 1999. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67433>. Acesso em: 29 ago. 2016.

participar de nossas campanhas, por uma ordem jurídica melhor, por uma Democracia mais perfeita.

Pois bem, o cenário descrito desaguou-se, infelizmente, no “solipsismo judicial”¹¹ e no “panprincipiologismo”¹², que legitimavam decisões baseadas até em métodos contraditórios entre si ou que, por vezes, passavam por uma suposta racionalidade de argumentação à ponderação de princípios de Robert Alexy¹³, mas que, no fundo, transformavam-se em obras de discricionariedade judicial.

No direito processual previdenciário não ocorreu de forma diferente, muito pelo contrário.

Com esse ideário da figura do juiz como modelo de ética, justiça, desbravador, o processo previdenciário ganhou contornos perigosos, especialmente se considerarmos que foram desprezados seus princípios básicos, como o da legalidade, da contrapartida e da capacidade contributiva (arts. 195, § 5º e 201, da Constituição Federal de 1988), estes dois últimos, que exigem do segurado o prévio financiamento da Seguridade Social.

Não raro veem-se sentenças judiciais no direito previdenciário que desconsideram a letra da lei, a (necessária) avaliação administrativa¹⁴ da Autarquia Federal especializada (Instituto Nacional do Seguro Social) e até outras decisões judiciais, especialmente, de Tribunais Superiores. Muitas vezes, sob a premissa do “in dubio pro misero”, mesmo quando este princípio deveria ser utilizado apenas no aspecto probatório na verdadeira dúvida ou incerteza, ou, por vezes, por meio de interpretação extravagante da norma constitucional, aplicou-se verdadeira política judiciária de distribuição de renda, concedendo-se circunstancialmente aposentadorias ou pensões completamente ilegais, muitas vezes, como dito, fora dos parâmetros já decididos pelo próprio Poder Judiciário¹⁵. Considerando que a Seguridade Social no Brasil encontra-se em sério risco de colapso financeiro, face à

11 STRECK, Lênio Luiz. “*O que é isto – decido conforme minha consciência?*”. ed. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36-63.

12 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. ed. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 162-175.

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no. 631240*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe-220 de 10-11-2014. Disponível em: <<http://www.stfj.us.br>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

15 Nesse passo e com todo respeito, merecem críticas as decisões da TNU no PEDILEF n.º 50108581820134047205 ou do TRF4ª Região no ARGINC n.º 5012935-13.2015.404.0000 que concluíram que na aposentadoria por tempo de contribuição dos professores merece afastamento o fator previdenciário. O tema já houvera sido julgado de forma completamente contrária pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, que o fator de redução era de incidência obrigatória na aposentadoria dos docentes nos termos do art. 29, I, da Lei 8.213/91 (exemplo, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1490380/PR). Ainda, contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do fator previdenciário e da inexistência de especialidade na aposentadoria por tempo de contribuição dos professores (ARE 742005 AgR).

insuficiência de receitas públicas para fazerem azo às exigências sociais, o problema guarda contornos mais que jurídicos, mas também sociais, pois se vê a necessidade de estancamento de despesas, porém, de outro lado, lidam-se com direitos mínimos do cidadão, por vezes, cláusulas pétreas, que estão supridas dentro do princípio da seletividade da política pública.

Para se ter uma ideia do problema financeiro a que se refere, a despesa estimada no Orçamento da Seguridade Social no ano de 2016 foi R\$ 496,846 bilhões em 2016, o que corresponderia a 7,39% do PIB, conforme anexo IV.6 do Projeto de Lei 02/2016-CN (Mensagem 144/2016-Origem)¹⁶, Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017.

Aliada à Reforma da Previdência aprovada no ano de 2015, o governo do Presidente Michel Temer apresentou no final de 2016 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 287/2016¹⁷ tudo para, com certeza, obter uma racionalidade financeira no sistema, sem menosprezar, de outro lado, os direitos dos futuros segurados e pensionistas.

Logo, uma decisão judicial concessiva de benefício previdenciário fora dos parâmetros pensados pela lei pode configurar, na consciência do magistrado, uma justiça (sua) no caso concreto; mas, no ideário macro, universal, com certeza traduz-se numa despesa ao INSS não prevista pelo Poder Executivo, verdadeiro responsável pela aplicação da política pública social. Isso só na análise de um processo: se colocarmos na balança a visão de que a decisão pode ser um precedente judicial e que, portanto, pode servir de causa de pedir em outros casos verossimilhantes, o efeito cascata de decisões concessivas - muitas vezes, em tutela provisória de urgência¹⁸ - podem gerar como resultado a bancarrota do próprio sistema.

Se considerarmos, outrossim, que a política pública é definida pela conjugação de esforços legislativos pelos Poderes Executivo e Legislativo, ambos eleitos por votação popular, a decisão também pode ser tachada, no mínimo, de antidemocrática e que privilegia seu ideário de justiça em prejuízo da vontade do povo, verdadeiro detentor do poder político por norma constitucional (art. 1º, Parágrafo Único, da CF/88).

16 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/lido/lido2017/lido-2017-tramitacao-no-congresso-nacional-ciclos/Projeto.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

17 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

18 Art. 294, do CPC/15. "A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental." (BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm#art804>. Acesso em: 26 ago. 2016).

Mas, voltemos à ótica processual, principalmente considerando a legislação processual nova. Explique-se.

No ano de 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil (CPC/15 ou NCPC), Lei 13.105/2015, com “vacatio legis” de um ano (art. 1.045), tendo entrado em vigor em 18/03/2016¹⁹, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, Colegiado responsável, entre outras funções jurisdicionais, pela uniformização do entendimento sobre lei federal no Brasil (art. 105, III, “c”, da CF/88). Entre os ganhos legislativos, em semelhança ao Código Suíço (art. 52²⁰) destacamos a introdução na legislação processual do princípio da boa-fé (objetiva) - art. 5^o²¹, inclusive, com aplicação também ao magistrado. Também preveem a boa-fé objetiva as codificações portuguesa (arts. 7o. e 8o., da Lei 41/2013²²) e a italiana (art. 88, do “Codice di procedura civile”²³), por exemplo.

Ainda, importante ressaltar, desde este início, que se revogou o dispositivo que autorizava o livre convencimento do juiz em matéria de apreciação probatória, com explícita obrigação de motivação na decisão, inclusive, com a necessidade de respeito a enunciados e à jurisprudência dos Tribunais.

O desafio deste ensaio, então, é tentar estabelecer os efeitos da interpretação do novo art. 489, Parágrafo 1º., do CPC e do princípio da boa-fé objetiva do magistrado, em especial, com foco no direito processual previdenciário. Passemos a essa análise.

2 BOA-FÉ OBJETIVA NA FIGURA DO MAGISTRADO

A boa-fé objetiva foi prestigiada no Código de Processo Civil em vários dispositivos, em especial e para fins deste ensaio, nos arts. 5º, 6º, 10, 322, § 2º. e 489, § 3º. Reconhecidamente transportado do direito privado ao

19 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-definir-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o>. Acesso em: 20 ago. 2016.

20 Art. 52. All those who participate in proceedings must act in good faith”. (THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 203).

21 Enunciado 374, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016)

22 PORTUGAL. *Lei no. 41, de 26 de Junho de 2013*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstipltl/portugalepcivilnovo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

23 “Art. 88 (Dovere di lealtà e di probità) Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”. (ITALIA. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. “Codice di procedura civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

direito processual²⁴, já existia antes no Código de procedimentos revogado (art. 14, II), mas certamente não com a intensidade de que é cuidada nesta nova legislação, inclusive, com a adição explícita de que magistrado também é agente processual que lhe deve respeito e observação. Nesse sentido, as lições de Humberto Theodoro Júnior²⁵:

Dispõe o art. 5º do novo NCPC que ‘aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé’. A má-fé subjetiva (conduta dolosa, com o propósito de lesar a outrem) sempre foi severamente punida, tanto no âmbito do direito público como no privado. Há, porém, uma outra visão da boa-fé, que se desprende do subjetivismo, para se localizar objetivamente no comportamento do agente, como exigência de ordem ético-jurídica. Essa boa-fé objetiva assumiu maior relevo, em nosso direito positivo, com o advento do Código do Consumidor e do novo Código Civil, que a adotaram como um dos princípios fundamentais do direito das obrigações. No campo dos contratos, a boa-fé objetiva assumiu a categoria de limite da autonomia da vontade, bem como de norma básica de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de funcionar, a própria boa-fé objetiva, como fonte legal de deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual (CDC, art. 4º, III; CC, art. 422).

Consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados. [...]

Reconhecendo-se, pois, a Constituição como a justificadora da presença da boa-fé objetiva em todo o sistema normativo atual, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e as partes envolvidas na relação processual não escapam da submissão ao ‘dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade’.

24 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. ed. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 623-630.

25 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. ed. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 149-151.

Andou bem, portanto, o novo CPC quando inseriu entre as ‘normas fundamentais do processo civil o dever de todos os que atuam em juízo de ‘comportar-se de acordo com a boa-fé’ (art. 5º). [...] (grifos nossos)

No direito material privado, como dito, a boa-fé existia inicialmente com a feição mais focada ao viés subjetivo, da intenção, da vontade das partes na celebração, por exemplo, do ato/negócio jurídico ou do casamento²⁶. Com o advento da Constituição de 1988, no seu objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o princípio da boa-fé objetiva viu sua seiva constitucional, que pode ser traduzido como a conduta leal das partes²⁷ com reflexos nos chamados “deveres anexos ou laterais de conduta”, como o respeito, cuidado, confiança, colaboração e cooperação²⁸.

Da mesma forma que no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a boa-fé objetiva também foi incluída no art. 422, do Código Civil balizando as esferas negocial, pré e pós-contratual²⁹. Adotando o conceito de patrimonialidade da lei civil italiana (art. 1.321, do “Codice Civile”³⁰), o Código Civil de 2002 implementou junto com o CDC uma nova mentalidade teórica contratual³¹, de forma que o negócio jurídico celebrado entre as partes (ainda que consumidora) exija não só a satisfação do credor, mas, também, o respeito à dignidade da pessoa humana, às normas de ordem pública, aos bons costumes e aos deveres laterais, não necessariamente pontuados pelas partes explicitamente no contrato, mas implicitamente postos pela lei como cogentes, sob pena de responsabilização na modalidade objetiva³².

26 Vide, por exemplo, os arts. 85 e 221, do Código Civil de 1916.

27 “Art. 1175. Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.” (ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942. “Codice Civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 26 ago. 2016.)

28 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. ed. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 623-630.

29 Enunciado 25, I Jornada CJP/STJ. “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”

30 “Art. 1321. Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.” (ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

31 Enunciado 167, da III Jornada de Direito Civil do CJP/STJ – “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

32 Enunciado 24, da I Jornada de Direito Civil do CJP/STJ – 24 - “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Pois bem, a respeito da boa-fé objetiva e da sua observância obrigatória também pelo magistrado, vê-se que a figura da decisão com base apenas na “consciência do juiz”, do solipsismo judicial, já não se coaduna com o modelo do novo processo civil, ou seja, aquele que pontua que os agentes processuais têm seus papéis de protagonista bem definidos, evitando contradições, deslealdade e desarrazoabilidade, tais como mudanças de posições jurídicas sem fundamentação³³ (“venire contra factum proprium” e o abuso de direito) e que sempre visem a uma célere resolução de mérito³⁴. Respectivamente a respeito do magistrado, a boa-fé objetiva aliada à revogação do art. 131, do Código de Processo Civil de 1973, que tratava do livre convencimento motivado, além de exigirem uma real fundamentação, vetam a utilização de conceitos imprecisos, vagos, ou que se traduzem em mera paráfrase de ato normativo, devendo, também, respeitar aos precedentes dos Colegiados, especialmente, dos Tribunais Superiores, tudo com vistas a evitar a fadada discricionariedade judicial.

Nesse passo, eis o art. 489, Parágrafo 1º., do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

33 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no Informativo 545/2014:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE EM QUE AO MAGISTRADO NÃO É POSSÍVEL INDEFERIR PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA.

Uma vez deferida a produção de prova pericial pelo magistrado [...], caso o laudo tenha sido inconclusivo, ante a inaptidão dos elementos materiais periciados, não pode o juiz indeferir o refazimento da perícia requerida por ambas as partes, quando posteriormente houver sido disponibilizado os requisitos necessários à realização da prova técnica [...]. Isso porque o processo civil moderno vem reconhecendo, dentro da cláusula geral do devido processo legal, diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado que deverá fazer parte do diálogo processual. [...]” (BRASIL. Recurso Especial no. 192.681-PR, Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 ago. 2016)

34 CUNHA, Leonardo da. Art. 5o. In: _ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Analisemos cada um dos incisos não exaustivos³⁵ do dispositivo, com base na melhor doutrina, esta muitas vezes traduzida nos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Acima de tudo notemos como o dispositivo em comento ao art. 5º, do CPC/15 exige a boa-fé objetiva do magistrado³⁶ na fundamentação da sua decisão (art. 489, § 3º), justamente para que se possam respeitar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal substancial.

2.1 Não se considera fundamentada decisão judicial que apenas se limita à citação de ato normativo sem explicar sua relação com a causa

Uma decisão que apenas cita um ato normativo e diz que julga conforme este entendimento não se encontra fundamentada. A Constituição e a lei exigem a explanação mental dos fatos e sua subsunção à lei, sob pena de vício de nulidade. Nessa linha, como bem anotado por Maurício Ramires³⁷ sobre o tema:

A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que 'jamais uma decisão pode ser do tipo 'Defiro com base na lei x ou na súmula y'. Essa escolha 'livre' de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do

35 Enunciado 303, do FPPC. "As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 499 são exemplificativas." (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016)

36 Enunciado 305, do FPPC. "O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva". (idem)

37 RAMIRES, Maurício. *Invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de 'civil' e 'common law' no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. São Leopoldo, 2009. p. 24. Tese (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS.

vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente.

Logo, a decisão que limita-se à mera reprodução ou paráfrase do texto da norma sem demonstrar a relação com o caso concreto não se considera fundamentada³⁸.

2.2 Não se declara fundamentada decisão judicial que emprega conceitos indeterminados sem nexos com o caso concreto

A técnica de utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais pela legislação não é nova no nosso Ordenamento, sendo exemplos o CDC, o Código Civil e agora o Código de Processo Civil³⁹. Com essa técnica legislativa, perde-se na especificação do conceito, do instituto tratado na norma, mas se obtém, de outra forma, um texto normativo mais genérico, passível de enquadramento em diversas situações não pensadas originalmente pelo legislador. Trata-se, como bem denominado por Judith Martins-Costa, de “janelas abertas para a mobilidade da vida”⁴⁰.

Entretanto, a técnica é apenas legislativa, não deve ser mantida na decisão judicial, de forma a não demonstrar, no caso “sub judice”⁴¹, a concretização do conteúdo legal indeterminado. Em outras palavras, não pode o magistrado prolatar uma decisão genérica, a ponto de não

38 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 577.

39 THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 53.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em: 12 set. 2016.

40 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*, v. 35. n. 139 (jul./set. 1998). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 12 set. 2016.

41 Fredie Didier, com base na doutrina do mestre português Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, explica que também é uma variante da boa-fé a decisão com base nos elementos existentes no caso concreto:

“O princípio da boa-fé atua mediante a aplicação de dois ‘subprincípios’ ou ‘princípios mediantes’: (a) proteção da confiança pelo qual se protege o sujeito que foi levado a acreditar em certo estado de coisas; (b) prevalência da materialidade subjacente: é preciso aplicar as normas jurídicas com atenção ao ‘conjunto’ das particularidades da situação concreta que se busca resolver, em postura de combate ao formalismo – então entendido como submissão rígida dos casos a decidir as proposições legais tidas por aplicáveis. Como diz Menezes Cordeiro, o subprincípio da primazia da materialidade subjacente ‘traduz a vocação efectiva da Ciência do Direito para, em termos constituintes, resolver problemas concretos.’ (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e ‘supressio’*: aplicação do ‘duty to mitigate the loss’ no processo civil. *Revista de Processo*, n. 171, p. 42-43, maio. 2009.)

explicar o porquê daquele conceito indeterminado ter integrado as razões da fundamentação, transformando-a em um édito elíptico⁴².

2.3 Não se considera como fundamentada a decisão genérica

O inciso III do Parágrafo 1o do art. 489 do novo Código de Processo Civil disciplina que a decisão judicial deve ter motivos, demonstrando “in concreto” as razões pelas quais partiu-se do entendimento para se chegar à conclusão. Reconhece a nova legislação a natureza jurídica da fundamentação como forma de publicização das razões de decidir do magistrado, para fins de que as partes conheçam os verdadeiros motivos da procedência ou improcedência do pedido autoral.

Entretanto, a fundamentação não tem apenas uma função endoprocessual; possui também uma função externa, de controle do Estado Democrático de Direito⁴³ na atuação do Estado-juiz⁴⁴. A respeito das duas funções da motivação judicial, não poderíamos deixar de citar os ensinamentos do Professor Italiano Marco de Cristofaro⁴⁵ que disserta que

42 Enunciado 517, FPPC. “A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016)

43 “Conclui-se [...] que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, [...] foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática de todo o povo nos mecanismos do ‘controle das decisões’, e de sua ‘real participação’ nos ‘rendimentos da produção’”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. ed. 39. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120)

44 Art. 103-B, da CF/88. “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...]”

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]”

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; [...]

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.”

45 CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfé. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador:

a primeira função, a denominada de extraprocessual, tem como verdadeiro fim o controle externo da atuação estatal, e a segunda, endoprocessual, como garantia do contraditório das partes, para evitar o arbítrio do juiz e conhecer as razões pelas quais tais os quais fatos ou seus argumentos foram ou não considerados:

[...] entende-se que há, por um lado, evidência da função extraprocessual da motivação, como instrumento para um controle 'difuso' do trabalho dos órgãos jurisdicionais por parte dos jurisdicionados: controle em que se exprime uma concepção democrática do poder jurisdicional e das relações entre cidadãos e justiça; por outro lado, o reconhecimento da função endoprocessual da motivação. Nessa última perspectiva, ela se apresenta essencialmente como garantia individual de um adequado controle da sentença nas fases de sua eventual impugnação, chegando-se a pensar até mesmo em um 'efeito repressivo' da motivação, que consiste em prevenir o arbítrio do juiz por meio da previsão de um controle da sentença impugnada por parte das instâncias superiores.

A essa perspectiva endoprocessual da motivação é possível acrescentar que a obrigação da motivação constitui elemento essencial da garantia do contraditório: garantia que deve ser entendida não apenas como requisito fundamental do processo justo, mas também como princípio heurístico, ou seja, como instrumento eletivo - dentro de um processo inspirado no princípio dispositivo - para garantir o melhor conhecimento dos fatos, valendo-se do estímulo da competição entre as partes em conflito.

O contraditório, como elemento discriminante entre processo e procedimento, não se exaure no princípio participativo, que é um conceito típico também do procedimento administrativo. No processo, o contraditório é determinado - de modo por vezes diverso, seja do ponto de vista qualitativo ou quantitativo - pela efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, efetivada por meio da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicantes entre si. O processo - e somente ele - é concebido por se centrar no contraditório, ou seja, sobre o princípio pelo qual a atividade do interessado não apenas deve ser correspondida por uma

faculdade de reação e réplica da parte contrária, mas deve ser refletida na atividade do juiz, uma vez que o autor do ato-sentença deve ter ciência dessa atividade ‘cujos resultados, então, ele pode desobedecer, mas não obliterar’.

Torna-se, então, evidente como a motivação da decisão judicial é o principal meio de reconhecimento da efetividade do contraditório: somente por meio da motivação torna-se possível não apenas compreender a razão da sentença, mas, sobretudo, verificar se o juiz levou em conta a atividade das partes e posicionou-se a respeito, aceitando-a ou repudiando-a, conforme imposto pelo princípio do contraditório. Para que se evite que a decisão do juiz negligencie fundamentais argumentos deduzidos pela parte ou elementos instrutórios sem justificar a razão pela qual tais aspectos foram considerados irrelevantes.

No mesmo sentido, pode-se citar a decisão-lapidar do Ministro Celso de Mello no HC 69013/PI⁴⁶ que, a despeito de tratar de processo-crime, dialoga com os ensinamentos do Professor Marco Cristofaro a respeito da fundamentação e motivação dos atos decisórios:

[...] A análise da estrutura formal do acórdão questionado evidencia que esse ato decisório revela-se desprovido da necessária fundamentação, que é reclamada e exigida, sob pena de nulidade, não só pela legislação processual penal (CPP, art. 381, III), como também pela própria Constituição da República (CF, art. 93, IX). - A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção as liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados - e que antes era de extração meramente legal - dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. - A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente a própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus no. 69013*. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ 01-07-1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2016.

expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário. [...]” (grifos nossos)

Ainda, a respeito da experiência italiana, o Professor da Universidade de Pádua⁴⁷ traz interessante questão a respeito da necessidade de motivação, não apenas de uma motivação aparente, como assim denomina, mas que evidentemente abranja os fatos narrados na causa, de forma clara, transparente, que não se traduza em premissas contraditórias, complexas ou objetivamente incompreensíveis.

O mesmo discurso impera na doutrina brasileira; temos, por exemplo, a lição de Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira⁴⁸ sobre o dispositivo em comento:

A motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo ‘presentes os pressupostos legais, concedo a tutela provisória’, ou simplesmente ‘defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos’, ou ainda ‘indefiro o pedido, por falta de amparo legal’.

Essas decisões não atendem à exigência da motivação. Trata-se de tautologias ou, numa irreverente imagem trazida por Teresa Wambier, trata-se de ‘decisão judicial tipo ‘vestidinho preto’ – que, exatamente por isso, não se pode considerar fundamentada.

O magistrado tem necessariamente que dizer ‘por que’ entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão da tutela provisória; tem que dizer ‘de que modo’ as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que ‘ingressar no exame da situação concreta posta à decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento.

Conclua-se quanto ao inciso III do Parágrafo 1º do art. 489 da nova codificação que o juiz deve expor claramente os motivos de sua decisão, evitando “lugares-comuns”, sobretudo decisões-genéricas.

47 CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfe. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2105. p. 71-74.

48 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. d. 11. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 342.

2.4 A decisão que não enfrenta todos os argumentos das partes deve ser tida como não fundamentada

No caso do art. 489, Parágrafo 1o., IV, do CPC/15 o problema da decisão está no desprezo aos argumentos das partes. Para a nova legislação, tal vício na decisão judicial acarreta a violação ao dever de fundamentação.

O atual entendimento do Poder Judiciário brasileiro é justamente o oposto do que proposto no enunciado normativo, qual seja, de que o magistrado não necessita responder a todos os argumentos que as partes aduzem nas suas manifestações. Inclusive, segue exemplo de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal declarando que os juízes não são obrigados a responder todos os argumentos das partes litigantes:

Com razão entendeu o acórdão recorrido que a decisão, então embargada para declaração, continha fundamento suficiente ao convencimento dos Juízes que apreciaram a questão de acordo com elementos reputados adequados à solução da lide, *sem a obrigação de responder a todos os argumentos das partes*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 281007. Relator: GALOTTI, Octávio. Publicado no DJ 18-08/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2016) (grifos nossos)

Ocorre, entretanto, que esse entendimento pretoriano merece revisão após a nova disposição legal, havendo correto entendimento doutrinário de que não somente os argumentos jurídicos devem ser enfrentados pelo magistrado, mas, também, os aspectos fáticos essenciais ao deslinde da demanda (Enunciados 515 e 516, do FPPC⁴⁹). Aliás, sobre esse aspecto, ou seja, de enfrentamento também dos fatos importantes ao deslinde do feito, as redações dos arts. 371 e 479, do Código atual parecem concordar com o entendimento doutrinário, já que em conjugação com o dispositivo analisando, exigem a exposição de motivos de convencimento e de discordâncias das conclusões técnicas periciais: “Art. 371. 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.” (grifos nossos).

Pontua-se: “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, *indicando na sentença os motivos que o levaram a*

49 Enunciado 515, FPPC. “Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda.” Enunciado 516, FPPC. “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016)

considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” (grifos nossos).

Acredita-se, mais uma vez, que o art. 489, § 1º, VI, do CPC tem também fundamento na boa-fé objetiva do magistrado (§ 3º), de forma a evitar uma decisão judicial que não aprecie todas as razões trazidas à baila pelas partes, inclusive, àquelas atinentes aos aspectos fáticos da demanda.

2.5 A decisão fundamentada deve ser aquela que segue súmula ou jurisprudência identificando os fundamentos anteriores e se necessário, demonstrando o “distinguishing”/“overruling”

Analisa-se os incisos V e VI do Parágrafo 1º do art. 489 da nova lei processual. Ambas trazem situações que se completam e exigem do magistrado que respeite os precedentes, as súmulas ou a jurisprudência, identificando seus fundamentos determinantes com o caso “sub judice”, podendo, se não se enquadrarem, realizar a chamada “distinção” ou “distinguishing” ou mesmo a superação, ou “overruling”.

Deve demonstrar que os fundamentos que deram ensejo ao precedente citado são plenamente aplicáveis à decisão no caso concreto, adotando ainda mais cautela quando for basear-se sua decisão nos precedentes de observação obrigatória, como as decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal (artigos 102 e 103-A, da CF/88). Ainda, no art. 927, do CPC o juiz deve observar os acórdãos em incidente de assunção de competência, os precedentes em recursos repetitivos e repercussão geral, as Súmulas do STF e do STJ e a orientação plenária ou do órgão especial dos Tribunais a que está vinculado.

Entretanto, isso não é sinônimo de dizer que súmulas e precedentes jurisprudenciais são “trunfos”⁵⁰, que são retirados pelo magistrado na decisão para supostamente fundamentá-la. Repita-se, deve colher o precedente e demonstrar que os fundamentos nele expostos são adequados a decidir o caso concreto.

Mas, importante é dizer que o respeito aos precedentes e súmulas dos Tribunais com aplicação no caso concreto de forma fundamentada tende a demonstrar a boa-fé objetiva do magistrado, reduzindo seu grau de discricionariedade judicial, principalmente, quando tem que se curvar (e essa é a leitura do CPC) à jurisprudência. Evitam-se assim decisões contraditórias proferidas pelo mesmo magistrado (combate do “venire contra factum proprium” judicial), dando aplicação ainda aos princípios da isonomia e da segurança jurídica: Enunciado 376, FPPC: “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional.”

50 THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 346.

E o Enunciado 377: “A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.”

Compreendendo que os fundamentos do precedente não servem ao caso concreto o magistrado deve promover o “distinguishing” de forma fundamentada (Enunciado 306, do FPPC⁵¹), justamente para proporcionar o controle sobre sua decisão, pelas partes envolvidas e pelo órgão “ad quem”, podendo, ainda, aplicar o “overruling”, ou seja, a demonstração da superação do entendimento⁵².

2.6 Do questionável Parágrafo 2º do art. 489 do novo CPC

Quanto ao artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015 restamos comentar a respeito do seu Parágrafo 2º que tem a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 2º 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.

Concordam-se com as críticas de Streck⁵³ em relação ao parágrafo citado, pois conflita com o art. 93, IX, da Constituição e entra em choque com outros dispositivos do mesmo Código. Para fins deste trabalho, em especial, afronta o princípio da boa-fé objetiva e a vedação da discricionariedade do juiz na decisão judicial.

O dispositivo é de tal grau de inconstitucionalidade que inverte, inclusive, a própria natureza de ponderação de princípios de Robert Alexy, permitindo a dita “ponderação” também quanto às regras, o que sequer foi admitido pelo próprio autor. Como cediço, Alexy⁵⁴ só permite a ponderação entre princípios nos “hard cases”, que devem se harmonizar no caso concreto, não havendo o mesmo método quanto às regras que, em caso de choque, devem ser classificadas como válidas ou inválidas:

51 Enunciado 306, FPPC. “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.” PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016)

52 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. ed. 11. Salvador: JuisPodivm, 2016. p. 348-349.

53 STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 589-690.

54 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 88-89.

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de ‘proporcionalidad en sentido estricto’, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades ‘jurídicas’. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. *Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión.* Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas ius fundamentaes implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. pero, este significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. *De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades ‘fácticas’.* (grifos nossos)

No caso do novo CPC, como dito, autoriza-se que o juiz faça a ponderação também quanto às regras, afastando-se não só da doutrina alexyana, como também dos métodos tradicionais de solução da antinomia (critérios da hierarquia, especialidade e cronológico). Então, o próprio autor da teoria reconhece que sua ponderação de princípios já é uma forma de discricionariedade interpretativa, haja vista que depende de uma avaliação subjetiva do magistrado que faz a consideração, estendê-la em relação a regras é estabelecer hipótese do juiz de afastar uma regra porque assim escolheu, ou, decerto, porque num conflito entende que aquela regra não atende à justiça do caso concreto.

Acredita-se, que o art. 489, Parágrafo 2º, do CPC deve ser declarado inconstitucional.

3 Do desafio das novas disposições no direito processual previdenciário brasileiro

Delimitado o conceito de boa-fé objetiva e seu dever de respeito pelo magistrado, principalmente, no momento da decisão judicial/sentença, chega-se ao verdadeiro desafio deste trabalho, aplicá-lo ao direito processual previdenciário. Entretanto, elencamos três problemas/questões para a

efetiva substituição do atual regime de discricionariedade judicial pela fundamentação das decisões judiciais.

Antes, porém, traga à baila algumas características a respeito da Autarquia Previdenciária. Conforme dados de 2013, o INSS⁵⁵ possuía 1.537 Agências de atendimento fixas, 7 Agências de Atendimento de Acordos Internacionais, 2 Agências de Teleatendimento e 5 Agências Móveis Flutuantes – os conhecidos “PREVBARCOS”. Naquele ano foram realizados 50,1 milhões de atendimentos à população, justamente uma média mensal de 4,2 milhões.

Ainda, segundo dados trazidos por Frederico Amado⁵⁶, de 100% dos benefícios ativos, mais de 90% foram deferidos administrativamente, sendo que os menos de 10% restantes foram concedidos judicialmente. Destes últimos é que se está a tratar neste trabalho.

Então, quanto à delimitação do tema, leve-se em conta que se está a tratar de um sistema que paga mais de 25 milhões de reais⁵⁷ em benefícios por mês⁵⁸ e de excelente eficiência, com uma solução administrativa que supera 90% dos casos.

Como primeiro celeuma aponta-se a complexidade da estrutura judiciária brasileira. Em matéria de competência jurisdicional, as causas previdenciárias, com exceção daquelas atinentes a acidente de trabalho, devem ser ajuizadas na justiça federal; entretanto, considerando a extensão territorial e a inexistência de completa interiorização da justiça federal, o Constituinte de 1988 permitiu o ajuizamento de ações em face do INSS também na justiça estadual, quando a comarca não for sede de subseção judiciária federal (art. 109, I, “in fine”, da Constituição Federal). Dessa forma, no Brasil, veem-se decisões da justiça estadual e da justiça federal em matéria previdenciária, esta última, na grande maioria dos casos e desde que não ultrapassem o limite de sessenta salários mínimos, prolatadas pelos Juizados Especiais Federais, estes regulamentados pela Lei 10.259/2001.

Em resumo e a respeito do procedimento da Lei de Juizados Especiais Federais, a competência recursal é das Turmas Recursais, com possibilidade de acesso a Turma Nacional de Uniformização (TNU), ao STJ, por meio de incidente de uniformização para preservação de suas súmulas ou jurisprudência dominante e ao próprio Supremo Tribunal Federal, este último com fulcro em violação à norma constitucional pelo disposto no art. 102, III, da Carta de 1988.

55 Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2013-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2013/aeps-2013-secao-xii-atendimento/>>. Acesso em: 16 set. 2016.

56 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.116.

57 Equivalente a EURO 6.944.444,00 para jul. 2016.

58 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.277.

Portanto, em matéria previdenciária, a produção jurisprudencial brasileira provém de ambas as esferas judiciais, estadual e federal, com decisões em primeiro e segundo graus e nas hierarquias extraordinárias, da TNU, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio STF, este quanto a temas de envolvimento constitucional.

Portanto, não é raro o conhecimento de decisões diametralmente opostas sobre o mesmo tema, em esferas judiciais diferentes, ou mesmo dentro do próprio Tribunal ou Colegiado sobre este ou àquele outro benefício previdenciário, o que já de antemão demonstra que o art. 489, Parágrafo 1º, do novo CPC veio em mais que boa hora, justamente como modelo de racionalização e uniformização do entendimento dentro do próprio Poder Judiciário.

A título ilustrativo, cita-se a controvérsia a respeito da aplicação do art. 45, da Lei 8.213/91, que prevê um acréscimo de 25% (vinte e cinco) por cento na aposentadoria por invalidez do segurado que necessita de assistência permanente de terceira pessoa, observada a relação de contingências do Anexo I do Decreto 3.048/99.

Pois bem, ainda que a norma seja muito clara que a majoração somente se aplica à aposentadoria por invalidez, inclusive, com vedação a sua acumulação em futura pensão por morte (alínea “c” do Parágrafo Único), a Turma Nacional de Unificação em “incidentes de uniformização de lei federal” (PEDILEF ns.º 0501066-93.2014.4.05.8502⁵⁹ e 50033920720124047205⁶⁰), estendeu a grande invalidez às aposentadorias por idade e por tempo de contribuição. Ocorre que, sem contar o art. 45, da lei, o Superior Tribunal de Justiça⁶¹, órgão de cúpula na uniformização de lei federal, tem jurisprudência majoritária no sentido de que o acréscimo percentual só vale para as aposentadorias por invalidez.

Logo, a estrutura judiciária brasileira facilita a insegurança jurídica em matéria de decisões judiciais previdenciárias, principalmente, quanto à prolação de éditos com soluções diametralmente opostas sobre o mesmo assunto, em casos semelhantes.

Em segundo lugar, não podemos deixar de lado a posição afirmativa - ainda que atualmente revogada pelo NCPC - do livre convencimento

59 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 0501066-93.2014.4.05.8502*. Relator: QUEIROGA, Sergio Murilo Wanderley. Disponível em: <<https://www2.jfj.us.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

60 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 50033920720124047205*. Relator: WITZEL, Wilson José. Disponível em: <<https://www2.jfj.us.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1475512*. Relator: MARQUES, Mauro Campbell. Publicado no DJe de 18-12-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 04 set. 2016.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1533402*. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 14-09-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

motivado do magistrado brasileiro, do seu julgamento conforme a sua própria consciência, tão forte ainda no ideário do juiz brasileiro.

No âmbito do direito processual previdenciário, conhecida é a posição do juiz federal José Antonio Savaris que defende a postura da “parcialidade positiva do juiz”, - figura inicialmente idealizada pelo também juiz federal Artur César de Souza, - ou seja, daquele magistrado que reconhece sua parcialidade em favor de uma tutela do direito da Seguridade Social:

Em sua excelente tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, o juiz federal Artur César de Souza propõe uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da ‘racionalidade do outro’, com que chegou ao que denomina de ‘parcialidade positiva’ do juiz como resposta às exigências de justiça do processo penal.

Esse trabalho critica com contundência a visão meramente formalista, de vocação iluminista, correspondente os postulados de neutralidade e imparcialidade do juiz. Artur faz impregnar sua tese do pensamento que predomina atrás das cortinas do espetáculo processual: o juiz não é neutro e muito menos imparcial. O juiz não é neutro porque vinculado a sua visão de mundo, constrangido pelas suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. [...]

A incursão filosófica na ‘parcialidade positiva’ de Artur encontra terreno fértil no campo previdenciário. O ‘ativismo judicial probatório’ como instrumento da paridade de armas é indispensável para a tutela do direito da segurança social: [...]

Ninguém mais do que o magistrado tem o discernimento dos elementos de prova que, no caso concreto, são aptos a lhe imprimir convicção acerca da existência dos fatos alegados pelo autor e cuja comprovação pode conduzi-lo à outorga da prestação previdenciária pretendida.

Cite-se, por exemplo, a decisão da Terceira Turma do Juizado Especial Federal do Estado de Pernambuco⁶² que, no caso concreto, decidiu pela concessão de aposentadoria por invalidez mesmo diante de prova⁶³ de

62 BRASIL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. *Recursos no. 05021952620154058300*. Relator: LUSTOSA FILHO, Joaquim. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Publicado no DJ em 14-12.2015. Acesso em: 20 ago. 2016.

63 “A natureza da proteção previdenciária torna sensível o tema relativo à produção de provas do direito do segurado ou beneficiário.

incapacidade parcial do segurado, tudo sob a rubrica do livre convencimento motivado do magistrado:

[...] mostra-se possível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ainda que não se trate incapacidade total (mas tão somente parcial), se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais - v.g., idade, família, despesas médicas, escolaridade, local de residência - impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, porquanto é cediço que cabe ao juiz analisar a prova constante dos autos de acordo com o seu livre convencimento, não estando, pois, adstrito à perícia médica, ou a qualquer outro elemento probatório, haja vista prevalecer em nosso sistema jurídico processual o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional. A jurisprudência dominante da TNU permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo *judex peritus peritorum*, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico. (grifos nossos)

Aliás, pululam decisões judiciais no mesmo sentido, ou seja, que reconhecem uma suposta obrigação da Autarquia Previdenciária na concessão de benefícios acidentários ou assistenciais mesmo diante de manifesta prova pericial contrária, portanto, técnica, reconhecendo a total capacidade do segurado para exercício de suas funções ou a inexistência de qualidade de pessoa com deficiência, conforme art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93⁶⁴, com redação atual dada pela Lei 13.146/2015.

Infelizmente, não há decisões controversas em matéria previdenciária apenas nas instâncias de origem. Por vezes, veem-se decisões questionáveis também nos Tribunais Superiores, tais como a proferida no REsp n.º 1423286/RS, julgado sob o rito de recursos repetitivos pelo Superior

Tratando-se de 'direito social', a análise da prove deve ser feita sempre com vistas à redução das desigualdades sociais, prescindindo-se, algumas vezes, das formas em benefício da efetivação do direito. [...]

Embora a legislação previdenciária que dispõe sobre a prova, de natureza especial, prevaleça sobre as disposições do Código de Processo Civil, ao juiz sempre cabe analisar de acordo não somente com as provas apresentadas mas também considerado a natureza do direito social que está analisando e a peculiar situação da parte. Somente assim poderá o magistrado decidir segundo o seu livre convencimento motivado." (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 692.)

64 BRASIL. Lei 8.742. "Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

Tribunal de Justiça⁶⁵. Sob o argumento de proteção ao trabalhador (segurado), decidiu o Tribunal de que se não há provas para concessão de aposentadoria por idade rural, a sentença deve ser terminativa, o que obviamente subverte a própria teoria abstratista da ação⁶⁶, ou seja, de que a extinção prematura, sem apreciação do mérito, só se dará quando presentes limitações legais⁶⁷ e não quando julgado improcedente o pedido autoral:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.
2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP no. 1423286*. Rel.: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2016.

66 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129-130.

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 90-91.

direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. [...]

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; [...]
5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.
6. Recurso Especial do INSS desprovido.

Na verdade, a preocupação do Tribunal ao decidir nesse sentido só poderia estar ligada à formação da coisa julgada material. Na sua linha do julgado, mesmo que não provado o direito exposto na petição inicial – portanto, de improcedência de pedido – o caso seria de extinção sem resolução do mérito, justamente para proporcionar ao segurado a busca por novos elementos de prova e a repositura da demanda. Com todo acatamento, a solução encontrada pelo STJ não está na lei processual civil.

Como terceiro desafio, citemos a resistência já apresentada pela própria magistratura à aplicação do Código recentemente aprovado, em especial, em relação ao analisado art. 489, Parágrafo 1º, do CPC. José Rogério Cruz e Tucci⁶⁸, a respeito do tema, cita as observações de Associações de Magistrados contrárias ao dispositivo:

Entidades de classe, contudo, como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e a Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe, manifestaram contrárias à sanção do dispositivo (art. 489, § 1o., do CPC). Em resposta às críticas recebidas por parcela da doutrina, a Anamatra divulgou nota em que sintetiza do seguinte modo o seu inconformismo com

68 TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC". In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *1 Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2105. p. 95-96.

os novos deveres de fundamentação a serem impostos aos magistrados: segundo tal associação, a entrada em vigor dessa norma comprometeria a independência funcional dos juízes, prejudicaria a duração razoável do processo, restringiria o disposto no art. 93, IX, da CF, e tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só a Constituição, segundo afirma, poderia realizar. Em sentido semelhante, João Ricardo Costa, em entrevista à revista *Consultor Jurídico*, afirmou que o dever imposto aos magistrados de analisar e justificar todas as alegações suscitadas pelas partes acabaria por burocratizar o processo e impediria o juiz de se valer de fundamentos outros que não aqueles suscitados pelos litigantes.

Com todo acatamento, as críticas tecidas pelas Associações citadas não parecem merecer acolhimento, justamente porque o paradigma é justamente o outro: atribuir transparência e motivação às decisões judiciais, com vistas à isonomia e segurança jurídicas.

Ainda, sob a irrisignação da classe dos magistrados com o rompimento à ampla liberdade de fundamentação das decisões judiciais, combatida pelo novo CPC, cite-se o seminário ocorrido sob o nome de “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, realizado nos dias 26 e 28 de agosto de 2015, com a participação de 500 magistrados brasileiros e promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)⁶⁹. No evento foram editados 62 enunciados interpretativos da “novel” legislação processual. Dentre os referidos enunciados, analisa-se brevemente os que contradizem o plano deste trabalho:

- a) Enunciado 3, ENFAM: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”.
- b) Enunciado 13, ENFAM. “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.
- c) Enunciado 19, ENFAM. “A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes

69 ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.”

Renovada “venia”, entendemos que os enunciados em questão ferem a boa-fé objetiva do juiz (art. 5º, do CPC) que, por sua vez, deve, sim, apreciar os argumentos das partes, não bastando mera indicação a precedente obrigatório.

Conforme visto, o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15 obriga o magistrado a analisar todos os argumentos produzidos pelas partes litigantes, sejam, jurídicos, sejam, fáticos. Ainda que o caso possa ser enquadrado em precedente obrigatório, os argumentos das partes devem ser enfrentados, até para fins de demonstração de eventual “distinguishing”/“overruling”.

- d) Enunciado 9, ENFAM. “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”

Quanto ao Enunciado 9, da ENFAM, fica evidente a sua contrariedade à lei, pois, como visto, impõe ônus à parte demonstrar que o entendimento utilizado pelo magistrado está superado ou que há “distinguishing” no caso em exame, quando o art. 489, Parágrafo 1º, V e VI, do CPC/15 atribui muito claramente tal tarefa ao juiz.

Este que, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação na decisão, é que deve demonstrar que julgou de acordo com súmula, jurisprudência ou precedente invocado ou que negou segui-los por distinção ou superação do entendimento. Tudo, mais e sempre, de forma fundamentada.

d) Enunciado 47, ENFAM. “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.”

Finalmente, para fins do desafio de aplicação das disposições comentadas ao direito processual previdenciário, grande problema encontra-se no referido Enunciado 47, do ENFAM.

A pretexto de aplicação de legislação especial em detrimento da geral (art. 2º, Parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pretende o enunciado excluir as novas disposições do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil do âmbito dos Juizados Especiais que, como já afirmado e na esfera federal, são também portas de acesso jurisdicional em matéria previdenciária. Ainda que o art. 38, da Lei

9.099/95⁷⁰, aplicável aos Juizados Especiais Federais pelo disposto no art. 10., da Lei 10.259/2001⁷¹, permita uma sentença que exponha brevemente os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, este dispositivo não afasta o dever de respeito à boa-fé objetiva pelo magistrado, fruto do devido processo legal constitucional, nem tampouco as exigências de fundamentação, até por força do art. 1.046, Parágrafo 2º, do CPC/15, que determina a aplicação supletiva do Código Processual aos procedimentos especiais regulados em leis esparsas.

Como apresentado, o entendimento entra em rota de colisão com o citado Enunciado 309, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis cuja redação, relembre-se, é a seguinte: “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo apresentado e com base nas fontes extraídas do direito comparado, especialmente do direito italiano, vê-se a importância da boa-fé objetiva; hoje, incluída expressamente no novo Código de Processo Civil e que, de acordo com os arts. 5º e 489, deverá estar presente em toda atuação judicial, em especial nas decisões judiciais.

Por consequência, aguarda-se que a boa-fé objetiva seja aplicada pelo juiz nos processos judiciais, inclusive, nos previdenciários, para que se obtenha maior segurança jurídica e racionalidade na administração dos recursos da política pública previdenciária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

70 BRASIL. Lei 9.099. “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

71 BRASIL. Lei 10.259. “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 187

BATISTA, Sílvio de Sá. *Mã-fê e boa-fê na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 77-88.

BRASIL. *Lei 8.742*. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

_____. *Lei 9.099*. “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. *Lei 10.259*. “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art804>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1423286*. Rel.: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1475512*. Relator: MARQUES, Mauro Campbell. Publicado no DJe de 18-12-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1533402*. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 14-09-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus no. 69013*. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ 01-07-1992. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no. 631240*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe-220 de 10-11-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. *Recursos no. 05021952620154058300*. Relator: LUSTOSA FILHO, Joaquim. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Publicado no DJ em 14-12.2015. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 0501066-93.2014.4.05.8502*. Relator: QUEIROGA, Sergio Murilo Wanderley. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfe. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo da. Art. 5o. In: _ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e ‘supressio’: aplicação do ‘duty to mitigate the loss’ no processo civil. *Revista de Processo*, n. 171, p. 42-43, maio 2009.

_____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

_____. *Regio Decreto 16 marzo 1942*. “Codice Civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. “Codice di procedura civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processo civil*. Campinas: Millennium, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 35. n. 139, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 12 set. 2016.

PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PORTUGAL. *Lei no. 41, de 26 de Junho de 2013*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugalpcivilnovo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

RAMIRES, Maurício. *Invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de ‘civil’ e ‘common law’ no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. São Leopoldo, 2009. Tese (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em: 12 set. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120.

STRECK, Lênio Luiz. Art. 489. In: __. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código*

de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 589-690.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. V. Único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 94, 1999. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67433>. Acesso em: 29 ago. 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

