A RAZÃO QUE SERVIRIA A QUALQUER OUTRA: PARTICULARIZAÇÃO, PROVENIÊNCIA E O ART. 489, §1º, III, DO CPC/2015

WHEN THEY DECIDE, COURTS PUBLICLY CLAIM TO HAVE BEEN CORRECTED BY THE LAW RATHER THAN BY THEMSELVES

LA RAZÓN QUE SERVIRÍA A CUALQUIER OTRA: PARTICULARIZACIÓN, PROCEDENCIA Y EL ART. 489, §1º, III, DEL CPC/2015

10.56238/IIMultiCientifica-150

Pablo Dietrich
Bacharel em Direito; Acadêmico de Pós-Graduação em Ciências da Religião e Filosofia e Sociologia pela Faculdade Líbano; Acadêmico de Teologia e Filosofia pela Faculdade Estácio de Sá
Instituição: Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB)
E-mail: pablodietrichh@hotmail.com
Orcid: https://orcid.org/0009-0003-5447-0550
Lattes: http://lattes.cnpq.br/2467496149913328

Maurília Gabriela da Silva Dietrich
Bacharela em Direito; Acadêmica de Pós-Graduação em Ciências da Religião e Filosofia aplicada à Religião e à Educação pela Faculdade Líbano; Acadêmica de Teologia e Licenciatura em História pela Faculdade Estácio de Sá
Instituição: Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI)
E-mail: mauriliagabriela@outlook.com
Orcid: https://orcid.org/0009-0003-2756-6848
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1936666992909726

RESUMO
Ao decidir, tribunais afirmam publicamente ter sido corrigidos pelo direito, e não por si mesmos. Este artigo não pergunta se essa afirmação é sincera, nem se existe resposta correta a ser encontrada no material jurídico, nem se a decisão é justa. Pergunta o que um procedimento público teria de produzir para licenciá-la. Sustenta-se que o art. 489, §1º, III, do Código de Processo Civil de 2015 — que retira o estatuto de decisão fundamentada àquela que invoca motivos aptos a justificar qualquer outra decisão — é, em sua estrutura lógica, uma exigência de discriminação evidencial autoimposta pela comunidade que a ela se submete, e que a literatura brasileira o lê exclusivamente em registro de invalidade processual. Reconstruído como teste e aplicado com rigor, o dispositivo revela-se capaz de estabelecer particularização, mas não proveniência: uma decisão pode satisfazê-lo integralmente e permanecer indiferente entre a hipótese de que o texto constrangeu e a hipótese de que a prática interpretativa que o reconhece constrangeu, porque as razões que particularizam provêm do mesmo repertório cuja proveniência está em disputa e porque a via de verificação institucionalmente disponível é a comparação com estados anteriores da própria comunidade. O teste é aplicado simetricamente às duas descrições, e também não favorece a segunda, de modo que o resultado é sobre o procedimento e não sobre a verdade das descrições. Daí decorre o achado de maior alcance: no domínio em que o objeto está disponível, público e fixado, e em que a própria prática legislou o seu critério de discriminação, a

alegação de proveniência continua sem vindicação — o que falta não é acesso, e sim via de acesso que não passe pela descrição cuja correção está em causa. Nenhum veredicto sobre a legitimidade da jurisdição decorre daí, e nenhum é oferecido; o que decorre é uma pergunta, deliberadamente deixada em aberto.

Palavras-chave: Fundamentação das Decisões Judiciais. Art. 489 do CPC. Proveniência. Discriminação Evidencial. Teoria da Decisão Judicial.

ABSTRACT
When they decide, courts publicly claim to have been corrected by the law rather than by themselves. This article does not ask whether that claim is sincere, nor whether a correct answer exists within the legal material, nor whether the decision is just. It asks what a public procedure would have to produce in order to license it. It argues that Article 489, §1º, III of the Brazilian Code of Civil Procedure — which denies the status of a reasoned decision to one invoking grounds that would equally justify any other decision — is, in its logical structure, an evidential-discrimination requirement self-imposed by the very community subject to it, and that Brazilian scholarship reads it exclusively in the register of procedural invalidity. Reconstructed as a test and rigorously applied, the provision proves able to establish case-specificity but not provenance: a decision may fully satisfy it and remain indifferent between the hypothesis that the text constrained and the hypothesis that the interpretive practice recognising it constrained, because the reasons that particularise are drawn from the very repertoire whose provenance is at issue, and because the institutionally available route of verification is comparison with earlier states of the community itself. The test is applied symmetrically to both descriptions and does not favour the second either, so that the result concerns the procedure rather than the truth of the descriptions. Hence the wider finding: in the domain where the object is available, public and fixed, and where the practice itself has legislated its own criterion of discrimination, the claim of provenance remains unvindicated — what is lacking is not access, but a route of access that does not pass through the description whose correctness is at issue. No verdict on the legitimacy of adjudication follows, and none is offered; what follows is a question, deliberately left open.

Keywords: Judicial Reasoning. Article 489 of the Brazilian Code of Civil Procedure. Provenance. Evidential Discrimination. Theory of Judicial Decision.

RESUMEN
Al decidir, los tribunales afirman públicamente haber sido corregidos por el derecho, y no por sí mismos. Este artículo no pregunta si esa afirmación es sincera, ni si existe respuesta correcta a ser encontrada en el material jurídico, ni si la decisión es justa. Pregunta qué tendría que producir un procedimiento público para licenciarla. Se sostiene que el art. 489, §1º, III, del Código de Proceso Civil de 2015 — que retira el estatuto de decisión fundamentada a aquella que invoca motivos aptos para justificar cualquier otra decisión — es, en su estructura lógica, una exigencia de discriminación evidencial autoimuesta por la comunidad que a ella se somete, y que la literatura brasileña la lee exclusivamente en registro de invalidez procesal. Reconstruido como test y aplicado con rigor, el dispositivo se revela capaz de establecer particularización, pero no procedencia: una decisión puede satisfacerlo integralmente y permanecer indiferente entre la hipótesis de que el texto constreñó y la hipótesis de que la práctica interpretativa que lo reconoce constreñó, porque las razones que particularizan provienen del mismo repertorio cuya procedencia está en disputa y porque la vía de verificación institucionalmente disponible es la comparación con estados anteriores de la propia

comunidad. El test es aplicado simétricamente a las dos descripciones, y tampoco favorece la segunda, de modo que el resultado es sobre el procedimiento y no sobre la verdad de las descripciones. De ahí decurre el hallazgo de mayor alcance: en el dominio en que el objeto está disponible, público y fijado, y en que la propia práctica legisló su criterio de discriminación, la alegación de procedencia continúa sin vindicación — lo que falta no es acceso, sino vía de acceso que no pase por la descripción cuya corrección está en causa. Ningún veredicto sobre la legitimidad de la jurisdicción decurre de ahí, y ninguno es ofrecido; lo que decurre es una pregunta, deliberadamente dejada abierta.

Palabras clave: Fundamentación de las Decisiones Judiciales. Art. 489 del CPC. Procedencia. Discriminación Evidencial. Teoría de la Decisión Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Uma sentença é proferida. Alguém perde a guarda do filho, perde o imóvel, perde a liberdade. E o documento que produz esse efeito afirma, em seu próprio corpo, que não foi quem o assinou que assim decidiu: foi a lei, foi a Constituição, foi o precedente que já estava lá.

A afirmação não é retórica de ocasião nem cortesia de estilo. É constitutiva da prática. Uma comunidade jurídica que a abandonasse — que dissesse abertamente que decide conforme lhe parece melhor, sem pretender responder a coisa alguma — deixaria de ser reconhecida pelos seus próprios praticantes como uma comunidade que aplica direito. A afirmação faz trabalho, e faz trabalho pesado: é a razão pela qual se espera que a perda seja suportada sem que quem a sofre a atribua ao arbítrio de um indivíduo.

Chame-se essa afirmação de **alegação de proveniência**: a alegação, formulada publicamente por quem ocupa cargo, de que aquilo que determinou o conteúdo da decisão foi algo exterior a quem decidiu.

Este artigo faz uma pergunta estreita sobre essa alegação. A estreiteza é deliberada e precisa ser demarcada com cuidado, porque três perguntas vizinhas, todas legítimas e todas maiores, serão constantemente confundidas com ela.

Não se pergunta **se os juízes são sinceros**. A investigação foi desenhada para funcionar na hipótese mais favorável possível, aquela em que todos os envolvidos acreditam exatamente naquilo que declaram e em que ninguém dissimula coisa alguma. Se o argumento depender, em qualquer ponto, de que alguém saiba, queira ou disfarce, terá falhado.

Não se pergunta **se existe resposta correta** a ser encontrada no material jurídico. Essa é a pergunta da teoria da interpretação, e aqui não se arbitra entre originalismo, integridade e indeterminação. Nenhuma das três é defendida ou refutada. A investigação incide sobre o que qualquer uma delas precisaria mostrar.[1]

Não se pergunta **se a decisão é justa**. Examina-se uma pretensão de responsividade, e não o conteúdo do justo.

[1] O debate normativo sobre o constrangimento do texto é vasto e não é arbitrado neste artigo. Lawrence Solum formula o princípio do constrangimento como a tese de que o significado originário deve constranger a prática constitucional; Richard Fallon examina as condições sob as quais a Constituição efetivamente limita a decisão. Ambos operam em registro normativo — o que deveria constranger —, e não probatório — o que a prática consegue exibir a favor da alegação de que constrangeu. A pergunta deste artigo é anterior às duas posições e é indiferente a qual delas esteja certa.

Pergunta-se: **o que um procedimento público teria de produzir para que a alegação de proveniência fosse publicamente sustentável?**

A resposta desenvolvida a seguir parte de uma constatação que, tanto quanto se pôde apurar, não foi ainda formulada na literatura brasileira: a comunidade jurídica nacional **legislou o critério**. O art. 489, §1º, III, do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que não se considera fundamentada a decisão que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Essa é, em estrutura lógica, a exigência de que a razão alegada **discrimine** entre resultados rivais. É um teste de subdeterminação, escrito em lei, dirigido aos órgãos judiciais e sancionado com invalidade.

A tese aqui sustentada é que o dispositivo, reconstruído como teste e aplicado com rigor, estabelece **particularização** e não **proveniência** — e que essa distinção, longe de ser tecnicismo processual, é o ponto exato em que a autocompreensão da prática jurídica se separa daquilo que ela consegue exibir publicamente a seu favor.

Convém dizer desde já o que o artigo não pretende. Não sustenta que o texto legal não constranja. Não sustenta que decidir seja arbitrário. Não sustenta que a exigência do art. 489 seja inútil — ao contrário, ela é eficaz naquilo que efetivamente faz, e a sua observância melhora decisões. Não propõe reforma legislativa nem solução institucional. O que se reivindica é ter tornado visível uma estrutura, o que é menos do que resolver um problema e é a condição para tentá-lo.

O percurso é o seguinte. O § 2 constrói a pergunta e enuncia as regras que a governam. O § 3 examina três respostas brasileiras estabelecidas e mostra por que nenhuma responde à pergunta formulada. O § 4 reconstrói o dispositivo como teste. O § 5 executa o teste. O § 6 enfrenta a objeção mais forte, que vem da formação profissional e que dispõe hoje de apoio empírico. O § 7 extrai o resultado comparativo. O § 8 formula, sem respondê-la, a pergunta que fica.

2 A ALEGAÇÃO DE PROVENIÊNCIA

2.1 POR QUE ELA ESTÁ SUJEITA A VINDICAÇÃO PÚBLICA

Poder-se-ia objetar de saída que a alegação de proveniência não precisa de vindicação alguma: ou o intérprete está constrangido pelo texto, ou não está, e a questão é de fato, não de exibição.

A objeção falha por duas razões, e ambas são internas à prática.

A primeira é institucional. A alegação de proveniência não é um relato privado sobre o estado mental de quem decide. É **dirigida a alguém**, e a alguém que suporta o custo. O jurisdicionado que perde não recebe apenas o dispositivo; recebe também a afirmação de que a perda não é obra de quem

a impôs. Uma afirmação que se pretende obrigatória para terceiros, e que se dirige precisamente a quem paga por ela, está sujeita a ônus de vindicação pública pelo mesmo motivo por que qualquer alegação dessa natureza o está. Não é exigência externa importada por um observador filosófico: é a consequência do desenho da própria prática, que fundamenta por escrito, publica, admite impugnação e organiza controle recursal.

A segunda é mais forte. A comunidade jurídica **declara-se corrigível** por aquilo a que responde. Reconhece que pode ter errado, que decisões anteriores podem ser superadas, que o texto pode desmentir a leitura corrente, que a doutrina majoritária pode estar equivocada. Ora, uma prática que se declara corrigível por X assume, com isso, o ônus de mostrar que X pode fazer diferença — que existe alguma coisa que X poderia produzir e que a prática, deixada a si mesma, não produziria. Sem essa diferença, a declaração de corrigibilidade não tem conteúdo verificável, e a prática seria corrigível apenas por si própria, o que é outra coisa e deveria ser dito com outras palavras.

2.2 AS DUAS DESCRIÇÕES

Duas descrições disputam o mesmo fenômeno, e é entre elas que se pergunta se algum procedimento discrimina.

Descrição A, do texto. O que constrange os intérpretes é o objeto: o texto fixado, público, anterior à comunidade presente e não reescrevível ao gosto dela.

Descrição B, da prática. O que constrange os intérpretes é a prática que reconhece o objeto: a formação profissional, o repertório doutrinário sedimentado, o precedente acumulado, os hábitos de leitura que uma comunidade transmite aos seus novos membros.

Duas precisões são indispensáveis, e a omissão de qualquer delas produziria uma caricatura.

B não é ceticismo. B afirma que o constrangimento é real, forte e frequentemente irresistível. Um juiz sob B não pode decidir como queira, e sabe disso, e sente isso. A divergência com A não é sobre a existência do constrangimento; é sobre a sua fonte.[2]

[2] A descrição B não é contribuição original deste artigo, e a precedência é integral. Stanley Fish sustenta que aquilo que limita a interpretação não são significados fixos no sistema linguístico, mas as práticas e pressupostos de uma instituição, alinhando explicitamente a noção de comunidade interpretativa à prática desenvolvida de MacIntyre, ao paradigma de Kuhn e ao habitus de Bourdieu. Ver *Is There a Text in This Class?* (1980) e *Doing What Comes Naturally* (1989). A divergência com Fish é de programa, e não de descrição: ele sustenta que a pergunta pela fonte do constrangimento não tem consequências práticas e por isso não precisa ser respondida; aqui ela é tratada como pergunta pública, dirigida a quem suporta o custo da decisão, e por isso sujeita a ônus de vindicação independentemente de ter ou não consequências para a teoria. Registre-se também que a transposição entre comunidade religiosa e comunidade jurídica já foi realizada por Sanford Levinson, em *Constitutional Faith* (1988), organizada em dois eixos — texto isolado ou texto mais tradição;

B não depende de má-fé. Sob B, ninguém dissimula, ninguém substitui conscientemente a coisa pela obra própria, ninguém decide conforme a consciência e depois maquia o resultado. Uma comunidade inteira pode estar constrangida pela sua própria formação sem que nenhum de seus membros tenha feito coisa alguma de censurável. Essa exigência não é uma delicadeza: é uma condição de força do argumento, porque uma descrição rival que precise imputar vício coloca a controvérsia num terreno em que a defesa está sempre disponível.

2.3 AS REGRAS DO TESTE

Cinco regras governam o que segue. São declaradas aqui para que a validade do resultado possa ser aferida por quem discorde dele.[3]

Primeira: exigência de desigualdade evidencial, não de prova. Não se exige que a prática demonstre que foi o texto que constrangeu. Exige-se muito menos: que exista alguma coisa que a prática produza e que seja mais provável sob A do que sob B. Prova é padrão inatingível e injusto; discriminação é o padrão mínimo abaixo do qual nenhuma alegação empírica é sustentável.

Segunda: proibição do argumento do resíduo. Não se admite a inferência segundo a qual, tendo-se explicado parte do constrangimento pela prática, aquilo que sobra deva ser atribuído ao texto. Um resíduo inexplicado é um resíduo inexplicado, e batizá-lo não o explica.

Terceira: a alegação de exterioridade é dado a explicar, não explicação. Que os praticantes experimentem o constrangimento como vindo de fora é fato robusto, e deve ser levado inteiramente a sério. Mas é aquilo que se pretende explicar, e não aquilo que explica.

Quarta: nenhuma descrição rival pode depender de má-fé.

Quinta: aplicação simétrica. O teste é aplicado com igual rigor às duas descrições. Se A não discrimina, é preciso perguntar se B discrimina — e o § 5.3 mostrará que também não.

3 TRÊS RESPOSTAS BRASILEIRAS

O problema aqui formulado tem, no Brasil, três interlocutores maiores. Nenhum responde à pergunta desta investigação, e mostrar por quê delimita o espaço em que o argumento se move.

---

autoridade interpretativa concentrada ou dispersa. É tipologia de atitudes interpretativas, não teste de proveniência, e o material é o mesmo com pergunta diversa.

[3] As cinco regras não foram construídas para este artigo. Provêm de investigação anterior dos autores sobre práticas que se declaram corrigíveis por aquilo a que respondem, na qual foram fixadas antes do exame dos casos e aplicadas a procedimentos de comunidades religiosas. A transposição para o material jurídico é o que este artigo faz; o instrumento é herdado, e declará-lo importa porque uma regra fixada depois do exame do caso não é regra, é justificação.

3.1 A RESPOSTA PELO VÍCIO DO AGENTE

A crítica hermenêutica associada a Lenio Streck sustenta que existe resposta constitucionalmente adequada e que a patologia decisória brasileira se explica pela persistência da filosofia da consciência: o julgador decide conforme a sua consciência e apresenta o resultado como se fosse o direito. Solipsismo, protagonismo judicial, panprincipiologismo — a série é conhecida, o diagnóstico é potente e a sua influência sobre a formação de juristas no país é difícil de exagerar.[4]

Do ponto de vista aqui adotado, essa resposta é inutilizável **como tribunal**, por violar a quarta regra. Ela é uma descrição rival que depende de vício do agente: exige que alguém tenha substituído a coisa pela obra própria, e que essa substituição seja imputável a quem a fez.

Mas é utilíssima **como dado**, e é sob esse estatuto que aqui comparece. A crítica hermenêutica é, ela própria, uma alegação pública — formulada com consequências acadêmicas e institucionais reais — de que o outro lado substituiu a coisa pela obra própria. Alegações dessa forma são exatamente o material que esta investigação examina. Registra-se, sem juízo algum sobre o seu acerto: existe no campo jurídico brasileiro uma disputa pública sobre proveniência, ela é conduzida em vocabulário moral, e o fato de ser conduzida assim é ele próprio informativo. Onde não há procedimento que discrimine, a disputa migra para a imputação.

3.2 A RESPOSTA PELA RACIONALIDADE E PELO CONTROLE DO PODER

José Rodrigo Rodriguez, em *Como decidem as cortes?*, examina a forma da decisão judicial brasileira e sustenta que as cortes decidem por argumento de autoridade e não por justificação, propondo o conceito de zonas de autarquia como critério de crítica e reclamando metodologia de análise empírica que os juristas, segundo ele, pouco ou mal utilizam.[5]

A proximidade com o presente trabalho é real e deve ser declarada em vez de dissimulada. Duas diferenças, porém, separam os projetos.

---

[4] STRECK, *O que é isto — decido conforme minha consciência?* (2010) e *Verdade e consenso* (4. ed., 2011). Registre-se que a leitura aqui proposta — a de que a crítica hermenêutica é, ela própria, uma alegação pública de proveniência e deve ser tratada como dado — não é a autocompreensão declarada de quem a formula, e não lhe é imputada. É descrição externa, e como tal está sujeita à mesma exigência de discriminação que se aplica a tudo o mais neste artigo.

[5] RODRIGUEZ, *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)* (2013), em especial os capítulos sobre argumento de autoridade e justificação e sobre zonas de autarquia. A proximidade é suficientemente grande para que a diferença deva ser declarada e não apenas afirmada: o presente artigo não sustenta que as cortes brasileiras decidam mal, nem propõe critério de crítica institucional. Sustenta que um procedimento determinado não estabelece aquilo que se supõe que estabeleça, e a conclusão vale igualmente para decisões excelentes.

A primeira é de critério. O critério de Rodriguez é a racionalidade da justificação e o controle do poder. O critério aqui é a discriminação evidencial entre descrições rivais. São critérios distintos, e a distinção tem consequência prática: uma decisão pode ser plenamente racional, cuidadosamente justificada e integralmente controlável, e ainda assim não discriminar entre A e B.

A segunda é de finalidade. Ali, crítica transformadora; aqui, recusa deliberada do veredicto. Este artigo não conclui que a jurisdição brasileira seja irracional, ilegítima ou autárquica. Conclui algo mais modesto e mais estreito: que um procedimento específico, instituído pela própria prática para vindicar uma alegação específica, não vindica aquilo que se supõe que vindique.

3.3 A RESPOSTA PELO SIMBÓLICO

Marcelo Neves, ao desenvolver a tese da constitucionalização simbólica, descreve a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica de textos normativos e a sua insuficiente concretização jurídica.[6]

Aplicada ao art. 489, §1º, essa leitura oferece explicação imediata e economicíssima: trata-se de legislação simbólica, editada para produzir efeito de confiança e não para operar.

A objeção que aqui se levanta não incide sobre o mérito da tese, e sim sobre o seu **rendimento discriminatório**. Dizer que o dispositivo é simbólico é compatível com A e com B em igual medida. É compatível com a hipótese de que o texto não conseguiu constranger a prática, e é igualmente compatível com a hipótese de que a prática absorveu o texto sem alteração de si mesma. A qualificação nomeia o fracasso sem separar as descrições possíveis dele.

É, portanto, uma instância do argumento do resíduo em registro sociológico: identifica um excedente não explicado e batiza-o. Como todo argumento do resíduo, não é falso — é indiscriminante, e o que aqui se procura é exatamente discriminação.

3.4 O REGISTRO DESCRITIVO

Há, por fim, um interlocutor que não é adversário e cuja companhia convém declarar. Fábio Shecaira e Noel Struchiner desenvolvem uma teoria da argumentação jurídica de vocação descritiva,

[6] NEVES, *A constitucionalização simbólica* (2007). A objeção formulada no corpo não pretende refutar a tese, que tem alcance muito maior do que o dispositivo aqui examinado, e sim mostrar que ela não discrimina entre as duas descrições em disputa neste artigo — o que é observação sobre o uso dela neste ponto, e não sobre o seu valor.

ocupada em explicar como os juristas efetivamente argumentam e como os juízes efetivamente chegam a decisões, e não como deveriam fazê-lo.[7]

É nesse registro que a presente investigação se coloca: descrever a estrutura de uma pretensão pública e medir o que os procedimentos existentes conseguem exibir a seu favor. A diferença é de objeto, não de método: não se descreve aqui como se argumenta, mas o que a argumentação, tal como institucionalmente exigida, consegue estabelecer.

4 O DISPOSITIVO COMO TESTE

4.1 O TEXTO E OS SEUS VIZINHOS

O art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 enumera hipóteses em que uma decisão, apesar de conter razões, não conta como fundamentada. Interessa aqui o inciso III, que atinge a decisão que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

O dispositivo tem vizinhos que ajudam a fixá-lo. O inciso I atinge a decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo sem explicar a sua relação com a causa. O inciso II atinge o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem explicação do motivo concreto de sua incidência. O inciso IV atinge a decisão que não enfrenta os argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada. O inciso V atinge a invocação de precedente ou súmula sem identificação dos fundamentos determinantes e sem demonstração de que o caso se ajusta a eles.[8]

Todos partilham uma estrutura, e é essa estrutura que interessa. Cada um identifica uma forma de **produzir razões que não trabalham**: razões presentes no documento, verdadeiras, juridicamente corretas, e ainda assim incapazes de sustentar aquilo que precedem.

4.2 A RECONSTRUÇÃO LÓGICA

O inciso III pode ser reescrito assim:

Uma razão R justifica a decisão D somente se R não justificaria igualmente a decisão não-D.

---

[7] SHECAIRA; STRUCHINER, *Teoria da argumentação jurídica* (2016). A vocação descritiva e a explicitação das premissas metodológicas são o que torna esse trabalho o interlocutor natural de uma investigação como esta, ainda que o objeto seja outro.

[8] BRASIL, Lei n. 13.105/2015, art. 489, §1º, I a VI. O inciso VI, aqui não examinado, atinge a decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar distinção ou superação — e é, note-se, o único do rol que opera na direção inversa, exigindo justificação para o afastamento e não para a adesão.

Essa é a forma canônica de uma exigência de discriminação. Não se pede que R **prove** D. Pede-se que R **separe** D da sua alternativa — que exista alguma diferença entre o mundo em que D é o resultado e o mundo em que não-D o é, e que R seja sensível a essa diferença.

Trata-se, em vocabulário epistemológico, de um teste de subdeterminação. Uma razão que se acomoda igualmente bem a dois resultados incompatíveis não fornece apoio diferencial a nenhum deles, ainda que seja verdadeira, relevante, bem formulada e sinceramente sustentada.

Três observações sobre essa reconstrução, e a terceira é a que torna o caso brasileiro metodologicamente privilegiado.

Primeira: o padrão é mínimo, e deliberadamente. O dispositivo não exige demonstração, nem consenso, nem correção interpretativa. Exige apenas que a razão faça diferença. É, precisamente por isso, um padrão que uma prática decisória saudável deveria satisfazer com folga, e cuja insatisfação não pode ser atribuída a rigor excessivo do avaliador.

Segunda: o padrão é público. Opera sobre documentos acessíveis, produzidos em processo com participação das partes, sujeitos a impugnação e a controle por órgãos diversos daquele que decidiu.

Terceira: o padrão é autoimposto. Não foi importado por observador externo nem construído por teoria acadêmica com pretensão reformadora. Foi escrito pelo legislador, dirigido aos órgãos judiciais e sancionado com invalidade. A comunidade que se submete ao teste é a mesma que o formulou para si. Essa circunstância é rara, e é o que permite dispensar aqui qualquer justificação prévia da exigência de discriminação: não é preciso argumentar por que ela deve ser exigida, porque a prática já explicou por que a exige de si mesma.

4.3 COMO A LITERATURA O LÊ

A literatura processual brasileira lê o inciso III em registro de invalidade. Os temas recorrentes são a decisão-padrão, a fundamentação genérica, a reprodução automática de dispositivos legais, a fundamentação *per relationem*, a referência a precedentes sem cotejo analítico e o regime de nulidade daí decorrente. A discussão é competente, é necessária e produziu resultados dogmáticos consistentes.[9]

[9] A literatura é abundante e a orientação é uniforme. Os eixos recorrentes são a decisão-padrão, a fundamentação genérica, o cotejo analítico exigido para a invocação de precedentes e o regime de nulidade. Nenhum dos tratamentos consultados examina o inciso III como exigência lógica de discriminação entre resultados rivais, e é essa lacuna que o presente artigo procura ocupar. Não se sustenta que o tratamento dogmático esteja errado: sustenta-se que ele não esgota a estrutura do dispositivo.

Há também pesquisa empírica sobre a implementação do dispositivo, e ela é diretamente relevante. Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari, em entrevistas formais e informais com quinze magistrados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, descrevem o parágrafo como proposta de ruptura que confronta a estrutura sedimentada do sistema processual brasileiro, apresentando-se na prática como obstáculo ou, no mínimo, desafio. O achado que os próprios autores registram como surpreendente é o que aqui mais importa: o principal obstáculo apontado pelos entrevistados não foi a defesa da liberdade de decidir, mas a meta de celeridade processual — seria impossível, disseram, ser célere e cumprir o art. 489 ao mesmo tempo. O enquadramento dado pelos autores é o da resistência e da cultura jurídica.[10]

O que não se encontra, nem no registro dogmático nem no empírico, é a leitura do dispositivo como aquilo que ele logicamente é: um teste de discriminação que uma comunidade instituiu para vindicar publicamente a alegação que a constitui.

5 O QUE O DISPOSITIVO DISCRIMINA

5.1 O QUE ELE ALCANÇA

O teste funciona, e funciona bem, contra uma classe determinada de falhas.

Uma decisão que se limita a transcrever o dispositivo legal e concluir não discrimina: o mesmo dispositivo, transcrito do mesmo modo, precederia a conclusão oposta sem qualquer alteração. Uma decisão que invoca a dignidade da pessoa humana e conclui não discrimina: a mesma invocação acompanharia o resultado inverso. Uma decisão copiada de outra, com troca de nomes e de números de processo, não discrimina, e o inciso III atinge exatamente isso.

O que essas decisões têm em comum é que as suas razões são **insensíveis ao caso**. Poderiam ter sido escritas antes de o processo existir, e frequentemente foram.

O teste, portanto, alcança e estabelece **particularização**: exige que as razões sejam sensíveis àquilo que distingue este caso de outros. É conquista real, e não deve ser minimizada.

---

[10] LUPETTI BAPTISTA; PUERARI, *O dever de fundamentação das decisões judiciais e o artigo 489, §1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências?*, Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença, v. 21, n. 1, e20232108, 2023. O dado é aqui reenquadrado, e o reenquadramento deve ser declarado: os autores descrevem resistência da magistratura a um dever novo, e a descrição é deles; o que interessa a este artigo é uma circunstância que dela decorre e que eles não tinham motivo para destacar — a de que o critério de vindicação escrito pela comunidade para si própria seja derrotado, na prática, por uma métrica institucional concorrente, a produtividade. Um critério de discriminação que só pode ser satisfeito ao preço de descumprir outra exigência do mesmo sistema não é apenas descumprido: é estruturalmente improvável. As duas leituras são compatíveis e a segunda não substitui a primeira.

5.2 O QUE ELE NÃO ALCANÇA

Considere-se agora uma decisão que satisfaça o inciso III integralmente. Ela enfrenta os fatos provados, distingue-os dos fatos de casos vizinhos, identifica os fundamentos determinantes do precedente invocado, demonstra o ajuste ou a distinção, e responde aos argumentos capazes de infirmar a sua conclusão. É, por qualquer padrão processual disponível, uma decisão exemplarmente fundamentada.

Pergunte-se agora: **o que essa decisão exibe que seja mais provável sob A do que sob B?**

A resposta é: nada identificável. O argumento tem três passos.

Primeiro passo — as razões que particularizam são extraídas do mesmo repertório. Aquilo que permite ao julgador distinguir este caso daquele — quais fatos são juridicamente relevantes, qual aspecto do precedente é determinante e qual é obiter, o que conta como argumento capaz de infirmar, o que é distinção legítima e o que é distinção artificiosa — é fornecido pela formação e pelo repertório doutrinário. Sob a descrição B, é exatamente isso que se esperaria: uma comunidade bem treinada produzindo distinções finas, estáveis e mutuamente reconhecíveis. A qualidade da particularização é predita por B com a mesma naturalidade com que é predita por A.

Segundo passo — a insensibilidade que o teste detecta é insensibilidade ao caso, não à fonte. O inciso III separa razões que ignoram o processo de razões que o levam em conta. Não separa razões cuja força vem do texto de razões cuja força vem da prática de leitura do texto. As duas hipóteses produzem, no documento, artefatos indistinguíveis, e o documento é tudo o que o procedimento examina.

Terceiro passo — a via de verificação disponível é interna. Quando se pretende aferir se a leitura adotada é a leitura que o texto exige, o recurso institucionalmente disponível é a comparação com leituras anteriores da mesma comunidade: a jurisprudência consolidada, a doutrina majoritária, os fundamentos determinantes dos precedentes. O art. 926 do Código, ao impor aos tribunais a uniformização da jurisprudência e a sua manutenção estável, íntegra e coerente, institucionaliza essa via e a torna dever.[11] Mas a comparação com estados anteriores da própria comunidade é precisamente aquilo que não discrimina entre A e B, porque a coerência com o passado da comunidade é predita por ambas com igual força.

[11] BRASIL, Lei n. 13.105/2015, art. 926. A observação do corpo não é crítica ao dever de uniformização, que tem justificação independente e forte na segurança jurídica. É observação sobre o seu rendimento discriminatório: um dever de coerência com o passado da própria comunidade produz, por construção, exatamente aquilo que ambas as descrições preveem.

Daí o resultado: **o dispositivo estabelece particularização; e particularização é indisponibilidade em escala pequena — não proveniência.**

A distinção entre indisponibilidade e independência é aqui decisiva e merece ser enunciada em separado. Que o julgador não possa decidir de qualquer modo, que esteja preso a distinções que não inventou e que não pode revogar por vontade própria, é **indisponibilidade**, e o inciso III é bom instrumento para exibi-la. Que aquilo que o prende seja o objeto, e não a prática que o reconhece, é **independência**, e é outra coisa. Confundir as duas é o erro que torna o dispositivo mais tranquilizador do que ele tem direito a ser.

5.3 A APLICAÇÃO SIMÉTRICA

Exige a quinta regra que o mesmo teste seja aplicado à descrição rival, e a honestidade do argumento depende inteiramente disso.

Aplicado a B, o resultado é o mesmo. O defensor de B pode apontar a estabilidade da formação, a previsibilidade da resposta profissional, a reprodução de padrões de leitura entre gerações, a convergência de juízes de origens diversas diante do mesmo material. Nada disso é mais provável sob B do que sob A: uma comunidade efetivamente constrangida por um texto público produziria estabilidade, previsibilidade e convergência exatamente do mesmo modo, e seria estranho que não produzisse.

Este é, portanto, um resultado sobre o **procedimento**, e não sobre a verdade de A ou de B. O que se estabelece é que o mecanismo público de vindicação instituído pela prática não separa as duas hipóteses. Nenhuma delas é refutada, e quem sustenta qualquer uma delas pode continuar a sustentá-la sem contradição. O que não pode é invocar o art. 489, §1º, III, satisfeito, como razão para preferi-la.

6 A OBJEÇÃO DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL

A objeção mais forte a este argumento não vem da teoria, mas de dados, e é preciso enfrentá-la na sua melhor versão.

Dan Kahan e colaboradores conduziram investigação experimental com juízes em exercício, comparando-os a leigos e a advogados em tarefas de raciocínio jurídico e em tarefas de julgamento sobre risco. O achado central é que as respostas do público geral variaram conforme os valores culturais dos sujeitos, ao passo que as dos juízes não variaram do mesmo modo nas tarefas propriamente

jurídicas. Os autores interpretam o resultado como evidência de que o juízo profissional adquirido pela formação — a *situation sense* de Llewellyn — confere resistência à cognição identitariamente motivada, e que essa resistência é específica do domínio.[12]

A objeção que daí se extrai é séria: se existe constrangimento profissional mensurável, e se ele opera precisamente sobre o raciocínio jurídico, então há algo real prendendo o julgador, e a suspeita de arbitrariedade está empiricamente mal colocada.

A objeção é aceita, e não enfraquece o argumento — reforça-o.

O que os dados sustentam é que existe constrangimento. O que eles não sustentam, e o que os próprios autores não pretendem sustentar, é que a fonte do constrangimento seja o objeto. Ao contrário: a interpretação oferecida localiza a fonte na **formação**. Isto é, o melhor dado disponível sobre a existência de constrangimento judicial é também, e no mesmo gesto, o melhor dado disponível a favor da descrição B.

Duas consequências.

Primeira: a indistinguibilidade aqui descrita não é hipótese cética construída em gabinete para ser derrotada. É a leitura mais natural do estado atual da evidência empírica. B não é o adversário fraco; é a posição que os dados sugerem, e quem quiser A terá de mostrar o que, na prática decisória, seria mais provável sob A.

Segunda: a literatura de raciocínio motivado, que mede na direção oposta e encontra influência de fatores extrajurídicos sobre decisões, não resolve a questão no outro sentido. Ela mostraria, quando muito, que o constrangimento é menos completo do que se supõe — não que aquilo que constrange, quando constrange, seja o objeto.

Não se arbitra aqui essa disputa técnica, e a investigação não dispõe de meios para arbitrá-la. Basta, para os seus fins, mostrar que a descrição concorrente existe, é séria, não depende de má-fé e dispõe de apoio empírico independente.

---

[12] KAHAN et al., *Ideology or situation sense? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment*, University of Pennsylvania Law Review, v. 164, p. 349-439, 2015. O desenho compara uma amostra de duzentos e cinquenta e três juízes em exercício com uma amostra de oitocentos membros do público geral, ambas culturalmente polarizadas fora do domínio jurídico. A interpretação do achado é dos autores do estudo e é aqui reproduzida como tal; o uso que dela se faz — a de que o melhor dado a favor da existência de constrangimento é também o melhor dado a favor de que a sua fonte seja a formação — é deste artigo e não lhes é imputado. Registre-se ainda que a literatura de raciocínio motivado aplicada a decisores judiciais mede em direção oposta em vários desenhos experimentais; a disputa não é arbitrada aqui, e a investigação não depende de que seja.

7 O ACESSO NÃO ERA O PROBLEMA

O caso jurídico permite extrair um resultado que comunidades interpretativas sem objeto disponível não permitem, e é aqui que o argumento excede o dispositivo examinado.

Investigações sobre práticas que se declaram corrigíveis por algo que não fizeram — comunidades religiosas, por exemplo — encontram tipicamente uma explicação cômoda para a falha de discriminação: falta acesso ao objeto. Não há texto público fixado, ou não há registro independente, ou não há confronto entre partes interessadas, ou não há dissidência preservada, ou não há sanção para quem alegue sem sustentar.

O caso jurídico brasileiro elimina todas essas explicações de uma vez. Há texto fixado e público. Há arquivo. Há audiência das duas partes, com ônus argumentativo distribuído e contraditório institucionalizado. Há decisão escrita e fundamentada por dever constitucional. Há voto vencido preservado. Há controle recursal por órgão diverso. Há crítica acadêmica externa, permanente e frequentemente hostil. E há, adicionalmente, o que nenhuma dessas outras práticas tem: **um critério de discriminação positivado pela própria comunidade, com sanção de invalidade**.

E ainda assim a alegação de proveniência não é licenciada.

Segue-se um resultado negativo de alcance maior do que o do dispositivo examinado: **a insuficiência não decorre de falta de acesso ao objeto.** O objeto está sobre a mesa. O que falta é via de acesso ao objeto **que não passe pela descrição cuja correção está em causa** — e essa falta não é remediável por mais acesso, mais publicidade, mais fundamentação analítica ou mais controle recursal, porque todos esses remédios operam através da mesma via.

É importante ver com precisão o que esse resultado não autoriza. Não autoriza a conclusão de que o texto não constranja. Não autoriza a conclusão de que decidir seja arbitrário. Não autoriza sequer a conclusão de que o problema seja insolúvel: mostra apenas que a solução, se houver, não está no eixo em que o instrumento foi construído. O que ele afirma é mais estreito e mais incômodo: que o instrumento público mais exigente que a prática jurídica brasileira produziu para vindicar a sua alegação característica não a vindica, e que aperfeiçoá-lo no mesmo eixo não a vindicará.

8 A PERGUNTA QUE FICA

Aqui a investigação encontra a sua fronteira, e convém enunciá-la em vez de atravessá-la.

Comunidades interpretativas que não conseguem estabelecer a proveniência daquilo que as constrange podem, em geral, suspender o juízo. A suspensão é opção disponível e frequentemente é a opção adotada: adia-se, remete-se a estudo, aguarda-se consenso.

A comunidade jurídica não dispõe dessa opção, e é essa a sua diferença específica. A decisão sai. Alguém é preso ou solto, o contrato vale ou não vale, a criança fica com um dos pais. O ordenamento proíbe a recusa de julgar, e a proibição tem linhagem longa: o art. 4 do Código Civil francês de 1804 já punia como denegação de justiça o juiz que se recusasse a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei.[13]

A literatura do *non liquet* trata, porém, de lacuna **na norma**: falta regra, e o juiz decide mesmo assim, colmatando. A lacuna aqui descrita é de outra ordem: é lacuna **na proveniência do constrangimento**. Não falta regra. Falta poder mostrar que o que operou foi a regra.

Tampouco resolve a questão a resposta procedimental. Jeremy Waldron descreve as circunstâncias da política como a conjunção entre a necessidade de uma decisão comum e o desacordo sobre qual deva ser, e extrai daí a autoridade do procedimento majoritário sobre cidadãos obrigados a obedecer.[14] Mas o desacordo de que ele trata é sobre **o que deve ser feito**. O desacordo aqui é sobre **o que nos constrangeu**. Que muitos concordem sobre a leitura correta não estabelece que a leitura venha do texto, porque a concordância de uma comunidade treinada é precisamente aquilo que a descrição B prevê. Que uma pessoa sozinha não baste não prova que muitas bastem.

Resta, pois, a pergunta, e este artigo a formula sem respondê-la:

O que se deve a quem recebe uma decisão cuja proveniência não se pôde estabelecer?

Perguntar isso não é responder que nada autoriza a decisão, nem que tudo a autoriza. É registrar que a prática impõe, todos os dias, um custo real a pessoas determinadas, acompanhado de uma alegação que o procedimento mais exigente que ela própria construiu não consegue licenciar. Uma resposta exigiria trazer de fora uma medida — do que é devido, de quanto é devido, a quem — e

---

[13] França, Código Civil de 1804, art. 4. A distinção entre lacuna na norma e lacuna na proveniência é, tanto quanto se pôde apurar, própria deste artigo, e é o ponto em que a discussão clássica do *non liquet* deixa de alcançar o problema: aquela pressupõe que o material normativo não determine o resultado; esta admite que determine e pergunta como se estabeleceria que foi ele quem determinou.

[14] WALDRON, *Law and Disagreement* (1999). A resposta procedimental é a alternativa mais séria à pergunta deixada em aberto no § 8, e a razão pela qual não a alcança é estrutural: a agregação de juízos resolve o problema de escolher entre resultados incompatíveis, não o de estabelecer a fonte do constrangimento que produziu cada um deles. Que muitos concordem é predito com igual força pelas duas descrições em disputa.

declarar abertamente que se está trazendo, em vez de fingir que ela foi encontrada no caminho. Fazê-lo aqui, sem declaração, seria cometer exatamente o erro que este artigo procurou tornar visível.

9 CONCLUSÃO

O art. 489, §1º, III, do Código de Processo Civil de 2015 é, em estrutura lógica, uma exigência de discriminação evidencial: exige que a razão invocada não sirva igualmente ao resultado oposto. É instrumento raro, porque autoimposto pela comunidade que a ele se submete, público na sua operação e sancionado no seu descumprimento. A literatura brasileira o trata exclusivamente como regra de invalidade processual.

Reconstruído como teste e aplicado com rigor, o dispositivo estabelece particularização — sensibilidade das razões ao caso — e não estabelece proveniência. Uma decisão pode satisfazê-lo integralmente e permanecer indiferente entre a hipótese de que o texto constrangeu e a hipótese de que a prática interpretativa que o reconhece constrangeu, porque as razões que particularizam provêm do mesmo repertório cuja proveniência está em disputa, e porque a via de verificação institucionalmente disponível é a comparação com estados anteriores da própria comunidade.

O mesmo teste, aplicado simetricamente, também não favorece a descrição rival. O resultado é sobre o procedimento, não sobre a verdade das descrições.

A objeção mais forte — a de que existe constrangimento profissional mensurável — é aceita, e localiza a fonte do constrangimento na formação, reforçando o argumento em vez de o enfraquecer.

Disso decorre o achado de maior alcance: no domínio em que o objeto está disponível, público e fixado, e em que a própria prática legislou o seu critério de discriminação, a alegação de proveniência continua sem vindicação. O que falta não é acesso, e sim via de acesso que não passe pela descrição cuja correção está em causa.

Nenhum veredicto sobre a legitimidade da jurisdição decorre daqui, e nenhum é oferecido. O que decorre é uma pergunta, que a prática responde na prática todos os dias sem a ter respondido em teoria: o que se deve a quem recebe uma decisão cuja proveniência não se pôde estabelecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALLON JR., Richard H. Implementing the Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

FISH, Stanley. Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. Durham: Duke University Press, 1989.

FISH, Stanley. Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

FRANÇA. Code civil des Français. Paris, 1804.

KAHAN, Dan M.; HOFFMAN, David; EVANS, Danieli; DEVINS, Neal; LUCCI, Eugene; CHENG, Katherine. Ideology or situation sense? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment. University of Pennsylvania Law Review, v. 164, n. 2, p. 349-439, 2015.

KENNEDY, Duncan. Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology. Journal of Legal Education, v. 36, n. 4, p. 518-562, 1986.

LEVINSON, Sanford. Constitutional Faith. Princeton: Princeton University Press, 1988.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; PUERARI, Daniel Navarro. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o Artigo 489 §1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências? Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença, v. 21, n. 1, e20232108, 2023. DOI: 10.24859/RID.2023v21n1.1420.

MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Contraponto, 2016.

SOLUM, Lawrence B. The constraint principle: original meaning and constitutional practice. Working paper, 13 abr. 2018 (rev. 2019). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2940215. DOI: 10.2139/ssrn.2940215.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

