

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO NOVO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL

THE REASONING OF JUDICIAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND THE NEW LAW OF CIVIL PROCEDURE

Nathalia Guedes Azevedo ¹

Resumo

A normatividade principiológica prevista constitucionalmente é inarredável, e sua interpretação pode ocorrer a partir de princípios implícitos e explícitos. O dever de fundamentação das decisões judiciais precisa ser “devidamente” compreendido, reforçado e utilizado, sob pena de não se alcançar o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, ofendendo-se, sobremaneira, os valores democráticos advindos do modelo constitucional. O presente estudo, desenvolvido numa perspectiva crítico-reflexiva, valendo-se de pesquisa bibliográfica, tem por objetivo trazer uma análise do dever da fundamentação das decisões judiciais, principalmente levando-se em consideração o Novo Código de Processo Civil, visando assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Palavras-chave: Princípios constitucionais, Decisões judiciais, Fundamentação das decisões, Novo diploma processual

Abstract/Resumen/Résumé

The normativity of principles proposed by the constitution is unswerving, and its interpretation can occur from implicit and explicit principles. The obligation to state reasons of judicial decisions must be "properly" understood, strengthened and used, under penalty of not achieving the principle of due process and legal defense, offending, greatly, democratic values arising from the constitutional model. This study developed from critical and reflective perspective, based on literature review, aims to bring an analysis of the duty of the grounds of judgments, particularly taking into account the new Brazilian Civil Procedure Code, seeking to ensure judicial protection effective and appropriately.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional principles, Judicial decisions, Rational decisions, New law of procedure

¹ Mestranda em Direito na Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Contemporâneo Aplicado pela Universidade FUMEC. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o conceito de devido processo legal passou a ser questionado e, muita das vezes, mal utilizado, tendo em vista a crise judiciária que acomete o sistema jurídico contemporâneo. O presente estudo foi desenvolvido a partir de uma perspectiva crítico-reflexiva, no âmbito de pesquisas bibliográficas e doutrinárias.

O devido processo legal contempla, teoricamente, a ideia de processo justo. Entretanto, o que se verifica é que os precários dispositivos legais que disciplinam os requisitos da sentença, por serem extremamente sucintos, permitem uma leitura equivocada e o uso distorcido da letra da lei.

O texto constitucional, mais precisamente o artigo 93, inciso IX, regula o princípio da fundamentação das decisões judiciais, seguido pelo artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973.

Ao dispor que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, vê-se que a lei não trata apenas dos requisitos da sentença. O contraditório acaba por ter também um papel importante no controle democrático da função jurisdicional, atuando a impedir decisões baseadas no sentimento subjetivo dos representantes estatais.

Assim, processo equânime é aquele que se baliza a partir do devido processo legal, e o devido processo legal tem como um dos seus alicerces a fundamentação das decisões judiciais.

Equidade esta que pode ser confundida com a ideia de processo justo é compreendida como um conjunto de regras e princípios constitucionais que asseguram a legitimidade da jurisdição e a efetiva aplicação da tutela jurisdicional. Assim sendo, processo justo compreende, dentre outros requisitos de garantias fundamentais previstas no nosso texto constitucional, a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Indo além, processo justo tem como objetivo atribuir a efetividade à tutela jurisdicional, devendo ser adequado para produzir o melhor resultado efetivo, visando assegurar o debate processual.

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 486, impõe o cumprimento literal do dispositivo constitucional (art. 93, inciso IX), tornando-se imperativa a efetividade da fundamentação das decisões, a princípio, judiciais.

A partir do novo CPC, afasta-se o entendimento de que a fundamentação das decisões não é obrigatória. Caberá ao magistrado apresentar expressamente às partes e à sociedade o fundamento de sua decisão dando-a, efetividade.

2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Compete às partes, submeterem-se ao processo e ao seu desenrolar, o que se denomina procedimento.

Conforme salienta Marcelo Veiga Franco, a partir dos conceitos de Fazzalari, processo e procedimento são termos inconfundíveis, de acordo com o autor:

Para ElioFazzalari, processo e procedimento são conceitos inconfundíveis; ou melhor, são fenômenos distintos, porém essencialmente conexos. O procedimento não retrata uma pura concatenação estática de atos e de condutas que exterioriza a relação jurídica processual. Ao revés, o procedimento, como estrutura normativa de descrição de condutas e de qualificação de direitos e obrigações, consiste em gênero do qual o processo é espécie mais articulada e complexa, particularizada pela nota do simétrico contraditório entre os interessados ao provimento jurisdicional final (FRANCO, 2012, p. 73).

Porém, não só o contraditório é capaz de ser considerado como ferramenta precursora de um processo equânime, mas também a fundamentação racional das decisões judiciais.

O magistrado está vinculado ao contraditório efetivo, sendo que esta vinculação impede o subjetivismo judicial, fixando, pois, o dever do magistrado em considerar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes por ocasião do julgamento, de modo a demonstrar “que o resultado do processo não é fruto da sorte ou do acaso, mas de verdadeira atuação da lei sobre os fatos levados à cognição judicial e comprovados, com a especificação da norma aplicável ao caso concreto” (TUCCI, 1989, p. 74).

Deste modo, o contraditório efetivo e a fundamentação das decisões judiciais, ao impedir o subjetivismo judicial, atendem ao princípio do devido processo legal. É justamente por meio da fundamentação das decisões, que as partes podem fiscalizar e aceitar a atuação do magistrado.

Verifica-se que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais constituem e refletem alicerces democráticos da jurisdição, consignando na garantia constitucional do devido processo legal. No entanto, há nesse contexto subjetividade judicial a ser apreciada, na medida em que a decisão deve observar seus limites, buscando não extrapolar a argumentação jurídica em termos de coerência normativa (BARROS, 2008, p. 135-145).

2.1 O subjetivismo judicial

A democracia jurisdicional se baseia em decisões pautadas na participação das partes, em um processo como procedimento vivido em contraditório.

O *decisum* é o resultado do meio probatório, através de uma atividade *comparticipativa* entre as partes e o magistrado, e não uma “consequência de um ato monológico e solitário do juiz” (FRANCO, 2013, p. 40).

Contudo, tem se tornado, cada dia mais comum, a visualização de manifestações subjetivas nas decisões judiciais. Porém, em um Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional não pode ser pautada em mera discricionariedade do órgão julgador.

Ainda que se discuta a parcialidade da figura do juiz, tendo em vista a consideração de que este é uma pessoa humana, e, portanto, está incrustado com suas convicções de vida, o limite deve ser buscado e alcançado, para que as partes possam comungar das decisões por ele proferidas.

Dinamarco, afirma que em um julgamento o magistrado busca a vontade da lei e revela o seu sentimento, sendo necessária uma porção de subjetivismo do magistrado, buscando alcançar os valores sociais e as mudanças rotineiras da sociedade, em busca de uma decisão equânime (DINAMARCO, 2003, p. 664).

Observa-se que decisão judicial e subjetivismo, muitas das vezes se confundem, na medida em que o Estado confere poderes aos magistrados, que possam a ter a faculdade de delinear os contornos do processo, visando à aplicação da lei ao caso concreto.

Entretanto, o Estado Democrático de Direito não coaduna com o subjetivismo judicial pautado na arbitrariedade judiciária, sempre em busca de um processo vivido em contraditório, com ampla participação das partes, que, buscaram o apoio judicial para solução de conflitos, de forma justa e democrática.

2.2 O contraditório

O contraditório acaba por expressar a isonomia processual, através da participação igualitária dos interessados na formação de um provimento jurisdicional, em que o Estado, na figura do juiz, se vê influenciado pelo meio probatório trazido pelas partes no bojo do procedimento.

Contraditório é dividido em duas dimensões que lhe são essenciais: formal e material. A dimensão formal, que é considerada estática, retrata o contraditório como ciência “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo” (CAPPELLETTI, 2011, p. 320). De acordo com tal entendimento, às partes é dada a

oportunidade de dizer no processo, de alegar e provar o que consideram pertinentes, qualificando-as com igualdade de tratamento.

Já a dimensão material é dinâmica, nela o princípio apresenta o poder de influência dos destinatários da decisão judicial. Apresenta-se como o poder de influência e controle na construção do conteúdo da decisão judicial. É a mistura clara da dimensão formal, com o direito ao conhecimento da demanda e à participação efetiva das partes, com a interferência e fiscalização dos resultados do processo.

As partes possuem o poder da dimensão material nas decisões judiciais, por meio do deslinde processual. Já o magistrado, possui o dever de garantir o contraditório, que deverá ser considerado quando da prolação do julgamento, mediante análise dos argumentos e elementos probatórios, que foram apresentadas pelas partes, justamente, com o condão de convencer o órgão jurisdicional (FRANCO, 2013, p. 47-48).

Com efeito, o contraditório material reflete a influência dos interessados na elaboração da decisão judicial, concomitantemente com o dever do magistrado, em assegurar às partes igualdade de tratamento e interferência no resultado da atividade jurisdicional.

Assim, a utilização de um processo que oportunize a participação das partes, que são os verdadeiros interessados no provimento, se coaduna com toda a expectativa de um Estado Democrático de Direito, vivenciado no devido processo legal, tendo, como consequência, um processo equânime.

Dierle Nunes é categórico ao apontar:

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgão de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.(NUNES, 2012, p. 197).

Desta forma, a vivência do contraditório baseia-se nos princípios fundamentais da Constituição da República de 1988, como igualdade, liberdade, democracia, cidadania, soberania popular e dignidade da pessoa humana, que, juntos, simbolizam o processo justo, exercendo, pois, uma jurisdição democrática.

3 O DEVER DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA LEI 13.105/2015

De acordo com o exposto, o processo como um todo se estrutura nos valores fundados na Constituição, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

A fundamentação das decisões judiciais, conforme disposto no art. 93, inciso IX, da CRFB, consiste, no contraditório como elemento da legitimidade democrática, visando, por oportuno, garantir um processo equânime e por isso, justo.

Nesse diapasão, a fundamentação das decisões judiciais acaba por limitar a atuação dos magistrados, o que pode, inclusive, acarretar a nulidade do provimento jurisdicional, nos casos em que a motivação racional e objetiva não forem apresentadas.

Um dos meios pelos quais se controla o poder judicante conferido aos magistrados, é, sem dúvida, o dever de motivação das decisões judiciais, como forma de contenção do arbítrio judicial. A obrigatoriedade de motivação acaba por controlar a atuação dos magistrados, apresentando-se como forma de controle extraprocessual, tendo em vista o modo pelo qual o Estado administra a justiça (ROQUE, 2015, p. 4).

Desta feita, não basta a utilização do método de subsunção do fato à norma, para que se considere que uma decisão foi devidamente fundamentada. É necessário, que o julgador demonstre, racionalmente, o motivo de ter considerado uma assertiva em detrimento de outras.

Assim, tendo em vista a necessidade de contenção do arbítrio judicial, poderá ser reconhecido, no caso de carência ou inexistência completa da fundamentação das decisões, a declaração de nulidade do ato.

O meio probatório e as provas trazidos pelas partes em um processo vivido em contraditório, que constitui um elemento fático e jurídico que possibilita a formação racional do magistrado, veda o subjetivismo. Porém, mesmo com tal vedação, é importante que o magistrado individualize as circunstâncias que acarretaram a decisão, não se atendo a fundamentações elaboradas a partir de referências doutrinárias e jurisprudenciais, sob pena de nunca serem levadas em conta as reais circunstâncias do caso concreto (SILVA, 2006, p. 334-339).

O que se espera de um Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), elaborado sob a égide da Constituição da República de 1988, denominada “constituição cidadã”, é, sem sombra de dúvidas, um código em sintonia com os princípios expressos nesta.

De forma clara e objetiva, o novo CPC, preferiu assim disciplinar, no art. 1º, que o processo civil será regido conforme as normas fundamentais estabelecidas pela Constituição da República.

Ainda, observa-se uma preocupação do legislador, em dar efetividade aos princípios constitucionais, principalmente o da boa-fé (art. 5º); isonomia e igualdade (art. 7º); ampla defesa e contraditório (arts. 9º e 10º).

De igual modo, não deixa de conferir a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais logo no preâmbulo do Código, quando, no caput do art. 11, prevê que todas as decisões serão públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade processual.

O que se observa, principalmente na questão da fundamentação das decisões judiciais, é uma reação do Poder Legislativo, na medida em que luta contra uma prática comum no âmbito processual, que, embora usual, não é capaz de atender às exigências constitucionais.

Uma decisão judicial não pode ser pautada pelo subjetivismo, sob pena de ser intitulada como inconstitucional. Nesse sentido, a participação democrática das partes no processo, ajuda a atuação do magistrado, na medida em que impede que o processo se torne um instrumento para realização do subjetivismo do julgador.

De igual modo, Nelson Nery Jr comunga desse entendimento, afirmando que o magistrado também participa do contraditório, ao demonstrar que os atos trazidos pelas partes, interferem no seu convencimento, já que “A contraposição autor-réu só faz sentido se submetida à apreciação de um terceiro imparcial” (JÚNIOR, 2015, p. 1153).

Disciplinar o tema é de extrema importância e possui um caráter pedagógico, na medida em que desperta, nos aplicadores do Direito, o necessário aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, “em tempo de enunciados normativos tão abertos e do reconhecimento da normatividade dos princípios” (DIDIER, 2011, p. 148).

A exigência constitucional de se motivar as decisões judiciais exsurge o estado de direito, razão pela qual desnecessária sua menção na letra da lei. O deslinde processual, como um todo deve ser levado em consideração pelo magistrado, na medida em que a falta de fundamentação gera, ao jurisdicionado, o risco de se tornar vítima de arbítrio e injustiça.

Assim, conforme entendimento de Fredie Didier Jr “a principal razão para proceder-se a uma sistematização dos pronunciamentos judiciais está na necessidade de organizar o sistema recursal” (DIDIER, 2015, p. 304). O controle recursal, como uma das justificativas para a fundamentação das decisões judiciais é tema relevante que muito se fala, mas pouco se escreve. O número de recursos aumenta na proporção em que aumentam as decisões carentes de fundamentação, e o contrário também acontece.

O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvenientes, sentenças carentes de fundamentação. Além disso, o número de recursos abusivos ou protelatórios é bem menor do que se imagina. O que existe em grande número são recursos, tais como as sentenças, também mal fundamentados. Contra sentenças insuficientemente fundamentadas, opõem-se recursos carentes de fundamentação adequada (SILVA, 2006, p. 343-344).

Nesse diapasão, com a fundamentação das decisões judiciais será possível o controle da atuação dos órgãos jurisdicionais por parte da sociedade, exercendo, assim, atividade compatível com o Estado Democrático de Direito. Apenas teremos um verdadeiro Estado Democrático de Direito quando a Constituição da República de 1988 for realmente respeitada.

3.1 Dos elementos e efeitos da sentença (artigo 489, Novo CPC)

Sentença, segundo o § 1º do art. 203 do novo CPC, é o pronunciamento do juízo singular que, com fundamento no art. 485(questões em que o mérito não é resolvido) ou no art. 487 (questões em que o mérito é resolvido) ambos do mesmo diploma legal.

Deste modo, não existe mais de um conceito de sentença no código, sentença é a decisão prolatada pelo juiz, que encerra uma fase do processo, podendo, assim, existirem tantas sentenças quantas forem necessárias para encerrar as fases do processo (DIDIER, 2015, p. 306).

O artigo 489, parte inicial do novo CPC, dispõe sobre os elementos essenciais da sentença, a saber, relatório, fundamentação e dispositivo:

É fundamental, portanto, que o legislador indique os nomes das partes, a suma do pedido, da causa de pedir e da resposta apresentada pela parte demandada (art. 489, I, CPC). Importante ainda que aponte os principais fatos ocorridos no processo, com a apresentação de réplica, a intervenção de terceiro, a apresentação de parecer pelo Ministério Público, as ocorrências havidas nas audiências, os fatos fixados como controvertidos, as provas requeridas, admitidas e produzidas pelas partes e tudo o mais que houver e for relevante (DIDIER, 2015, p. 312).

Conforme disposto no próprio caput do referido artigo, tais elementos são essenciais da sentença, na medida em que é por meio dela que o magistrado demonstrará que apreciou a integralidade do feito.

Em síntese, “relatório é o histórico do que de relevante aconteceu no processo” (MIRANDA, 1997, p. 66).

A seu turno, a fundamentação da sentença, nada mais é do que a solução do conflito. É a justificativa do caminho escolhido pelo magistrado, tendo em vista o exame de todo o

meio probatório. Nessa etapa, a organização da tese do magistrado é de extrema importância, na medida em que a decisão judicial deve dar solução ao conflito ali discutido.

Como consequência lógica, o dispositivo pode ser vulgarmente definido, como a parte da decisão que possui uma conclusão acerca do acolhimento ou não do pedido formulado pelo autor.

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, dispositivo se concretiza na essência da sentença, porém não se limitando a isso:

No dispositivo se concretiza a essência volitiva da sentença. Isso não significa, porém, que a sentença deva se limitar ao que dele consta: o significado preceptivo do provimento judicial deverá ser encontrado em outras partes, mais precisamente na motivação, na integração e interpretação do dispositivo.[...] Se o dispositivo fosse suficiente, não haveria a cominação de nulidade nem caso de sentença que não obedeceu aos requisitos deste CPC 489. (NERY JR, 2015, P. 1152).

Destarte, percebe-se que os elementos da sentença não funcionam em separado, necessitando da cominação de todos para que a sentença realmente tenha validade e eficácia no mundo real. Sendo fato que, na falta de qualquer requisito, a sentença será nula, conforme preceitua o novo CPC.

3.2 Decisão judicial não fundamentada

Conforme todo exposto, o legislador no novo CPC resolveu denominar, na maioria das vezes “sentença” como gênero de “decisão judicial”. Porém, indo a contrassenso, ou não, na segunda parte do artigo 489 (§1º), decidiu alterar a nomenclatura, denominando “decisão judicial”, até para colocar uma pá de cal, nas situações em que não se considerará fundamentada a espécie que a partir de então, virou gênero:

Existem três tipos de vícios nas decisões judiciais, a saber: 1. Ausência de fundamentação; 2. Deficiência de fundamentação; e 3. Ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Entretanto, grosso modo, se reduzem apenas à ausência de fundamentação.

Na verdade, é que mesmo já estando disciplinada na Constituição da República, a fundamentação das decisões judiciais sempre pairou em uma zona cinzenta, que enseja grau elevado de subjetivismo por parte do magistrado.

Denominar os critérios pelos quais se considera fundamentada uma decisão judicial sem análise de um caso concreto é extremamente difícil, sendo primordial, para tanto, a observação quanto à argumentação ofertada pelo juiz:

[...] é muito difícil indicar critérios de fundamentação sem a análise de cada caso concreto, portanto; o mais importante talvez seja ressaltar a clareza no desenvolvimento da argumentação pelo juiz, e isso não se faz mediante a normatização do que seria ou não fundamentação inexistente/insuficiente, mas mediante o desenvolvimento pessoal do próprio juiz, que deve ter entre as qualidades exigidas para o exercício da profissão o domínio da linguagem e da construção de texto. (NERY JR, 2015, p. 1154).

Em síntese, “a existência ou não de fundamentação é, portanto, muito mais fluida e subjetiva do que a simples indicação legal pode fazer crer” (NERY JR, 2015, p. 1154), além do mais, o que não se discute é que “a inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação”. (DIDIER JR, 2015, p. 326).

Assim, optando por prever a nulidade, o novo CPC discriminou as hipóteses em que não se considerarão fundamentadas as decisões judiciais (art. 489, §1º), iniciando-se com o primeiro inciso, no qual consta a falta de fundamentação das decisões que se limitarem à indicação de ato normativo, sem uma real explicação com a questão decidida.

O primeiro inciso, claramente, trata de uma fundamentação genérica, a qual seria cabível para embasar qualquer decisão:

O texto coíbe a utilização, pelo juiz, de fundamento que caberia para embasar qualquer decisão. Tem ocorrido amiúde no foro brasileiro o emprego desse expediente, agora proibido expressamente. [...] o modelo pronto, “chapinha”, nunca foi e agora, mais clara e expressamente, não será tolerado como decisão fundamentada. A decisão que padecer desse vício é nula por falta de fundamentação (CF 93 IX). (NERY JR, 2015, p. 1154).

Além disso, a utilização pelo magistrado do texto normativo ou de sua paráfrase estaria aqui também repelida. Na verdade, “não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar sua escolha” (THEODORO JR, 2015, p. 262).

Na sequência, prevê o inciso II, que não se considera fundamentada a decisão que valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, sem maiores explicações sobre sua incidência no caso concreto.

A indeterminação é também uma expressão de que se compõe o texto legal. Aqui “o texto não permite que se faça mera referência aos conceitos legais indeterminados, como por

exemplo, *boa-fé, má-fé, justo título, duração razoável do processo* etc. é necessário que o juiz preencha o conceito indeterminado dizendo, no caso concreto e especificamente, em que consiste a boa-fé, a má-fé, o justo título, a duração razoável do processo” (NERY JR, 2015, p. 1155).

Conforme entendimento de Karl Larenz:

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na ‘subsunção’. Quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência de mera subsunção’. (LARENZ, 1997, p. 150)

Pelo exposto, “os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo” (NERY JR, 2015, p. 1155). Assim, preenchido o conteúdo por obra do juiz, este decidirá de acordo com estabelecido em lei.

Já o inciso III prevê a impossibilidade de se considerar fundamentada a decisão que invocar motivos que se prestam a justificar qualquer outra decisão. Neste ponto, deve o magistrado, necessariamente, dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a sua concessão ou denegação de um provimento de mérito ou não.

A motivação tem conteúdo substancial. A decisão que não invoca o real motivo que se prestaria a justificar qualquer outra decisão trata-se de “decisão judicial tipo ‘vestidinho preto’” (WAMBIER, 2014, p. 282), ou seja, aquela decisão cabível em qualquer situação.

O próximo inciso (IV) prescreve que a decisão que não enfrentar todos os argumentos elencados no deslinde processual, capazes de invalidar a sua conclusão, não se considera fundamentada.

Neste aspecto, “para que possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes, que sejam capazes, por si só e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão”, (NERY JR., 2015, p. 1155).

Conforme salientado, o presente dispositivo não se trata de uma inovação legal, porém, optou o legislador em dar formalidade, imputando, assim, obrigatoriedade no cumprimento do referido dispositivo.

A sociedade está acostumada com decisões genéricas que não atendem às necessidades e expectativas do jurisdicionado. O novo CPC busca engessar tal prática, dando requisitos a serem observados e cumpridos.

A não observância do presente dispositivo poderá acarretar na interposição de recurso de embargos de declaração, o qual, não poderá ser mais rejeitado, sob o fundamento de que ‘não está o juiz obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa’:

[...] Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de lege lata, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão. (NERY JR., 2015, p. 1155).

Desta forma, o desrespeito a tal dispositivo legal não se esgota em si mesmo, tendo em vista que também fere a garantia constitucional do contraditório sob uma perspectiva substancial (DIDIER JR., 2015, p. 337).

Por fim, existe uma situação em que não é necessária a análise de todos os fundamentos da tese derrotada, quando houver precedente obrigatório aplicável ao caso, formado em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência:

Há, porém, uma situação em que não é necessário analisar todos os fundamentos da tese derrotada: quando houver precedente obrigatório aplicável ao caso, formado em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência, e o fundamento suscitado no caso concreto, capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, já houver sido analisado – e rejeitado – quando da formação do precedente. O juiz, ao aplicar esse precedente obrigatório, não precisa analisar argumentos que já foram analisados quando da formação do precedente; não faria sentido que se exigisse isso dele. (DIDIER JR., 2015, p. 337).

O inciso V, por sua vez, prevê a impossibilidade de se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Trata-se de um dispositivo muito semelhante ao inciso I do mesmo artigo. “É preciso que o juiz indique quais as circunstâncias do caso concreto que fariam com que se amoldasse ao precedente ou ao enunciado de súmula de tribunal. A mera indicação do precedente ou do enunciado da súmula não é circunstância que caracterize a decisão como fundamentada. Simples indicação de precedente ou enunciado de súmula significa – tal como ocorre na simples indicação de texto de lei – decisão nula por falta de fundamentação (CF 93 IX)” (NERY JR., 2015, p. 1156).

Sobre o tema, Barbosa Moreira sustenta:

[...] há juízes que se dão por satisfeitos com dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos que alguma norma legal a declare suficiente, com semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem, de discordar da orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere ela. Pode fazê-lo sucintamente, quando segue jurisprudência consolidada; todavia, não há de esquecer que o que mais importa é seu próprio convencimento. (MOREIRA, 1999, p. 121-122).

Por fim, é a redação do inciso VI no sentido de deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente trazido pelas partes, deixando de demonstrar a distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento trazido.

Trata-se de um preceito que se apresenta como complementação do item anterior, na medida em que, para deixar de aplicar um precedente ou enunciado sumular, deve o magistrado apontar as diferenças fáticas que justificam a sua não aplicação ao caso concreto discutido.

A positivação desses requisitos não garante a solução do problema da fundamentação das decisões judiciais, mas, o que se observa é uma preocupação por parte do legislador quanto à efetividade da prestação jurisdicional.

Desta forma, “consulte uma sibila, para desvendar o pensando do magistrado. Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada” (PASSOS, 1998, p. 40).

4 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil deve ser interpretado no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O novo artigo 489 do CPC sepulta de vez o paradigma do livre convencimento motivado, bem como o ranço autoritário de que o juiz ou tribunal não deve responder a todos os argumentos levantados pela parte, deixando claro, que se assumidas essas posturas arcaicas, ocorrerá à nulidade das decisões judiciais, dando cumprimento e efetividade ao artigo 93, IX da Constituição da República.

Exige-se a superação do precedente judicial, linearmente falando, consubstanciada na superação dos argumentos anteriores como fundamentação das decisões judiciais e formação do novo padrão decisório.

Em síntese, a fundamentação das decisões judiciais decorre de um modelo constitucional de devido processo legal que supera o subjetivismo processual. Processo justo é derivado da própria constituição, sendo, portanto, direito do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo.** Revista do Instituto de Hermenêutica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil.** Brasília: Senado, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. **Appunti in temadicontraddittorio.Studi in memoria di Salvatore Satta.**Padova: Cedam, 1982. V. 1, p. 221 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.**5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade.** Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, v.2.

DIDIER JR., Fredie. **A teoria dos princípios e o projeto de novo CPC** in DIDIER JR., Fredieet al.. **O projeto do novo Código de Processo Civil.** Salvador. Jus Podivm. 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.**10.ed. salvador: Jus Podivm. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.**14, Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. V.3.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FRANCO, Marcelo Veiga. Artigo: **Devido processo legal x Indevido processo sentimental: O controle da função jurisdicional pelo contraditório e o modelo participativo de processo**. Pouso Alegre, 2013.

FRANCO, Marcelo Veiga. Tese de Mestrado: **O processo como fundamento de legitimidade da jurisdição**. Belo Horizonte, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**, in Temas de Direito Processual – 8ª série, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.3.

ROQUE, André Vasconcelos. **O dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. São Paulo, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**, 2. Ed. Paraná: Revista dos Tribunais. 2014.