



**Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro**

**Instituto Três Rios**

**Departamento de Direito, Humanidades e Letras**

**Clariana da Silva Lima**

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CONTEXTO DO NOVO CPC**

**Três Rios, RJ  
2017**

**CLARIANA DA SILVA LIMA**

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CONTEXTO DO NOVO CPC**



Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

**Orientador:** Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior

**Três Rios, RJ  
2017**

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UFRRJ/BIBLIOTECA

Fundamentação das Decisões no Contexto do Novo CPC  
LIMA, Clariana da Silva  
/ Clariana da Silva Lima – 2017.  
80f.

Orientador: Antônio Pereira Gaió Júnior

1. Direito Processual Civil – Monografia. 2. Fundamentação –  
Monografia. 3. Decisões

Monografia (graduação). Universidade Federal Rural do Rio de  
Janeiro  
Faculdade de Direito

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

**CLARIANA DA SILVA LIMA**

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES  
NO CONTEXTO DO NOVO CPC**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

*Aprovada em 07 de fevereiro de 2017.*

Banca examinadora:

---

Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior (Orientador)  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

---

Professor Dr. Klever Paulo Leal Filpo  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

---

Professora Ms. Fernanda Gomes Ladeira Machado  
Faculdade de Direito de Valença

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força e pela condução de todos os dias, sem o qual nada em minha vida se tornaria realidade e a intercessão de minha querida mãezinha Maria Santíssima.

Aos meus queridos pais José Américo e Sônia pelo constante incentivo, amor e apoio que foram fundamentais em cada instante para meu desenvolvimento como pessoa.

Ao meu namorado Antonio Marcos por crer em mim e me apoiar durante os estudos sempre de maneira paciente, carinhosa e prestativa.

A todos os professores do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios, que são incansáveis formadores de nossa visão crítica, semeadores, verdadeiramente comprometidos, do conhecimento jurídico.

Por fim, agradeço ao meu querido orientador e professor, pós-doutor Antônio Pereira Gaio Junior, por partilhar de forma primorosa tamanho conhecimento, sempre de forma atenciosa, presente e acolhedora, motivando o gosto pelas letras processuais e o amor ao Direito.

*“Trabalhai, pois, mas persistentes, incessantes, como o sol de todos os dias e o orvalho de todas as noites.”*

Rui Barbosa, Oração aos moços – frase dita em discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados de 1920.

## RESUMO

LIMA, Clariana da Silva. **A Fundamentação das Decisões no Contexto do Novo CPC**. 2017. 80 f. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Línguas, Três Rios, RJ, 2017.

O presente estudo tem por escopo analisar o desenvolvimento da fundamentação das decisões no ordenamento jurídico pátrio e sua realização na Lei nº 13.105 de 2015. Embora, não seja novidade, o ato de fundamentar sofreu ressignificação. Com isso, forma-se um paralelo do que representou no positivismo e o novo papel desta no neoconstitucionalismo. Frente à postura do legislador no recente Código Processual -pós-redemocratização- o juiz é impelido à uma nova postura de forma mais participativa e consciente, não se furtando à análise dos entendimentos sedimentados pelos tribunais. O magistrado é chamado a observar e respeitar integralmente o sistema processual à luz da Constituição e deste modo, indubitavelmente garantir-se-á a concretização dos princípios constitucionais da isonomia, duração razoável, publicidade e contraditório, evitando-se assim decisões tomadas de forma desarrazoada. Destaca-se neste estudo que as fundamentações decisórias, passam por diversos filtros, o primeiro na ação do magistrado no múnus de argumentar de forma coerente, respeitando os preceitos normativos, não se perfazendo isto, resta por fim o controle por meio dos Embargos de Declaração, Ação Rescisória e Reclamação.

Palavras-chave: Constituição, Processo Civil, Fundamentação, Decisão, Previsibilidade, Precedentes, Controle

## ABSTRACT

LIMA, Clariana da Silva. **The Rationale of Decisions in the Context of the New CPC.** 2017. 80 f. Undergraduate thesis (Bachelor of Law) – Law School. Federal University of Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2017.

The purpose of this study is to analyze the development of the reasoning of decisions in the legal order of the country and its implementation in Law 13,105 of 2015. Although not new, the act of founding has undergone resignification. With this, a parallel is formed of what it represented in positivism and its new role in neo-constitutionalism. Faced with the position of the legislator in the recent Code of Procedure - post-redemocratization - the judge is pushed to a new posture in a more participatory and conscious, not stopping to analyze the understandings established by the courts. The magistrate is called to observe and fully respect the procedural system in the light of the Constitution and thus, will undoubtedly guarantee the realization of the constitutional principles of isonomy, reasonable duration, publicity and contradictory, thus avoiding decisions taken unreasonably . In this study, it should be emphasized that the decision-making bases go through several filters, the first in the magistrate's action in the function of arguing in a coherent way, respecting the normative precepts, not being this, but the control by the Embargos de Declaration , Termination and Complaint.

Keywords: Constitution, Civil Procedure, Rationale, Decision, Predictability, Precedents, Control

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1: As bases constitucionais do processo civil brasileiro</b>	<b>13</b>
<b>1- Introdução</b>	<b>13</b>
<b>1.2 - Constituição brasileira como fonte do direito infraconstitucional pátrio</b>	<b>13</b>
<b>1.3 - Direito processual civil brasileiro e a constituição de 1988</b>	<b>17</b>
<b>1.3.1 - Influência do Estado democrático de direito no CPC de 1973</b>	<b>17</b>
<b>1.3.2 - A Lei nº 13.105 de 2015, o Novo Código de Processo Civil na busca da efetivação do Processo Civil Constitucional.</b>	<b>18</b>
<b>1.4 - Processo Civil e sua instrumentalidade</b>	<b>19</b>
<b>1.4.1 - A missão constitucional do Judiciário no Processo Civil</b>	<b>21</b>
<b>1.4.2- O acesso á justiça e a duração razoável do processo como desafios</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO 2: A fundamentação das decisões judiciais no contexto histórico processual pátrio.</b>	<b>24</b>
<b>2.1 - Introdução</b>	<b>24</b>
<b>2.2 - A motivação das decisões no âmbito das constituições de 1824 a 1969: O ordenamento jurídico pátrio sob a égide do positivismo.</b>	<b>25</b>
<b>2.2.1 - As Constituições brasileiras sob o império do legalismo.</b>	<b>25</b>
<b>2.3 - A fundamentação das decisões judiciais, princípio e garantia do ordenamento jurídico contemporâneo</b>	<b>27</b>
<b>2.4 - Evolução da motivação das decisões no Processo Civil brasileiro</b>	<b>28</b>
<b>2.4.1 - A Motivação das decisões na linha de pensamento tradicional</b>	<b>28</b>
<b>2.5 - A construção do Novo CPC sob a égide do Neoconstitucionalismo</b>	<b>30</b>
<b>2.5.1 - A concretização do modelo de Processo Civil Constitucional por meio do NCPC</b>	<b>33</b>
<b>2.5.2 - A fundamentação das decisões judiciais no CPC de 2015: a busca da promoção da justiça nas sentenças.</b>	<b>34</b>
<b>CAPÍTULO 3: O novo CPC e a realização do fundamento das decisões</b>	<b>37</b>
<b>3.1 - Introdução</b>	<b>37</b>
<b>3.2 - O vínculo dos princípios constitucionais da isonomia, contraditório, publicidade e duração razoável do processo na efetivação do princípio da fundamentação das decisões</b>	<b>38</b>
<b>3.2.1 - Princípio da isonomia</b>	<b>39</b>
<b>3.2.2 - Princípio do contraditório</b>	<b>40</b>
<b>3.2.3 - Princípio da publicidade</b>	<b>41</b>
<b>3.2.4 - Princípio da razoável duração do processo</b>	<b>42</b>
<b>3.3 - A função interpretativa do juiz na aplicação da norma jurídica</b>	<b>43</b>
<b>3.3.1 - Método tradicional: aplicação pura da regra na interpretação judicial</b>	<b>44</b>
<b>3.3.2 - Nova postura do Judiciário no exercício da atividade hermenêutica</b>	<b>46</b>
<b>3.3.3 - A argumentação jurídica e seu valor na fundamentação das decisões</b>	<b>48</b>

<b>3.3.4 - O perigo da influência da opinião pública nas decisões do Poder judiciário</b>	<b>50</b>
<b>3.4 - A fundamentação das decisões judiciais: sua realização no diploma processual civil de 2015</b>	<b>52</b>
<b>3.4.1 - As principais questões enfrentadas pelo CPC nas decisões consideradas não fundamentadas</b>	<b>54</b>
<b>3.4.2 - Justificação na colisão de normas e o respeito ao princípio da boa-fé</b>	<b>59</b>
<b>CAPÍTULO 4: O controle pelo ordenamento Processual Civil da atividade judicante quanto à fundamentação das decisões</b>	<b>62</b>
<b>4.1 - Introdução</b>	<b>62</b>
<b>4.2 - A necessidade de observância dos precedentes no CPC de 2015 como mecanismo de verticalização das decisões.</b>	<b>64</b>
<b>4.3 – O controle da fundamentação das decisões: a busca pela racionalidade e segurança jurídica</b>	<b>66</b>
<b>4.4 – Principais filtros processuais: mecanismos de controle da fundamentação das decisões</b>	<b>68</b>
<b>4.4.1 – Embargos de Declaração</b>	<b>68</b>
<b>4.4.2 - Ação Rescisória</b>	<b>69</b>
<b>4.3.3 – Reclamação</b>	<b>73</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIA</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

Trata-se o presente Trabalho de Conclusão de Curso sobre a fundamentação das decisões no contexto do novo CPC. O Novo Código processual inovou ao tratar sobre tal tema insculpido no texto constitucional por meio do art. 93, inciso IX, contribuindo isto para a busca por segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões, acórdãos e sentenças, em consonância com os princípios constitucionais da isonomia, legalidade, contraditório, entre outros.

O primeiro capítulo deste estudo apresentará as bases constitucionais do processo civil brasileiro; a constituição de 1988 representou um novo paradigma jurídico, em nosso país, de Estado Democrático de Direito, ricamente principiológica e programática estabelecendo diretrizes, sendo irradiadora de poder normativo. Sua promulgação representou um dos marcos do neopositivismo no Estado brasileiro, seguindo o moderno exemplo de constitucionalização de diversos países. O constitucionalismo vem influenciar diretamente os demais ramos do direito, com o processo civil não foi diferente, de norma procedimental deparou-se através da carta magna com seu real papel na sociedade de instrumento de realização da justiça e promovedor da paz social.

Nesse contexto de transformação do modelo jurídico positivista para o neopositivista, o segundo capítulo tratará do histórico da fundamentação das decisões e a inovação que veio tal instituto sofrendo dentro do Processo Civil, primeiramente sob o prisma tradicional que representava no processo instrumento puro e simples de cientificação das partes, para em caso de insatisfação, se valerem da via recursal, passando a ser matéria constitucional com a carta de 1988 (anteriormente, sua regulação se dava apenas por meio de lei processual), onde se vinculou fortemente ao princípio da publicidade. Com o NCPC o plano constitucional de processo justo se tornou expresso no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015). Logo, a fundamentação das decisões passou a ser tratada de forma mais pormenorizada por meio do artigo 489, § 1º e seus incisos, sendo inequivocamente instrumento de racionalidade.

No que tange ao conteúdo do capítulo três do presente trabalho, virá este analisar a realização do fundamento das decisões no CPC de 2015. Antes de tratar do dispositivo específico sobre o instituto no novo diploma processual, primeiramente far-se-á análise dos principais princípios constitucionais que celebram vínculo com o intuito de racionalização atribuído às fundamentações dos magistrados no exercício judicante, prosseguindo com a diferenciação entre a motivação e a fundamentação das decisões.

Prosseguirá este mesmo capítulo a verificar a evolução da interpretação dos magistrados primeiramente caracterizada pelo império da lei, da subsunção e da fórmula silogística de hermenêutica normativa, o que com o novo paradigma constitucional perdeu forças frente a normatização de princípios e a união do direito à realidade social, não devendo o direito ser visto como ciência jurídica que se fecha aos efeitos sociais. A realização, das fundamentações decisórias, passa a ser mais complexa, uma vez que, o magistrado é chamado a analisar o direito à luz do caso concreto, interpretando cláusulas abertas sob o amparo do princípio da legalidade. A necessidade de racionalidade veio inscrita no Novo CPC onde no artigo 489 §1º, o legislador pátrio em seis incisos criou rol de decisões não consideradas fundamentadas, com o intuito de estabelecer respeito aos jurisdicionados por meio de decisões, sentenças e acórdãos previsíveis.

O último capítulo, por fim, tratará do controle realizado pelo sistema processual na atividade judicante da fundamentação das decisões, onde primeiro caberá entender a noção de sistema interno, pois o próprio ordenamento processual vem exercer o autocontrole das fundamentações por meio de mecanismos processuais como os embargos de declaração, a ação rescisória e a reclamação, estes vêm resguardar a obrigatoriedade de observação aos precedentes judiciais pelos juízes, em decisões, sentenças e acórdãos, para manutenção da integridade e previsibilidade do ordenamento jurídico em consonância com o princípio constitucional da isonomia, garantindo aos jurisdicionados a não surpresa, exigindo dos juízes conhecimento amplo dos precedentes judiciais e de seus fundamentos determinantes para manutenção da integridade normativa.

A pesquisa realizada que segue é de natureza qualitativa, pautando-se em estudo de bibliografias (nacionais e estrangeiras); pesquisa jurisprudencial e também através da rede mundial de computadores (internet).

## **CAPÍTULO 1: As bases constitucionais do processo civil brasileiro**

### **1- Introdução**

A Constituição Federal de 1988 surge após período autoritário e ditatorial da história brasileira. Com seu nascimento ganhou especial enfoque os direitos fundamentais e sociais, buscando, sobretudo, a valorização da pessoa humana. O Processo Civil brasileiro a partir disso passou a ser observado, estudado e aplicado de um modo novo intentando-se o equilíbrio normativo com a carta magna.

O processo não é mais um fim em si mesmo, não mais se submetendo ao extremismo da rigidez procedimental e formal, passando a ser instrumento de desenvolvimento social e meio propício para a realização e satisfação de direitos.

### **1.2 - Constituição brasileira como fonte do direito infraconstitucional pátrio**

A constituição de um Estado é documento que rege as bases de organização deste. De forma simplificada pode ser conceituada como a Lei Fundamental de um Estado, esta poderá trazer incorporada em seu conteúdo as normas organizacionais e basilares do ordenamento jurídico, como por exemplo: a forma de governo, formas e estabelecimento de órgãos, garantias de direitos individuais fundamentais, modo de aquisição e exercício de poder, entre outros.<sup>1</sup>

Ela é documento normativo que serve de referência e direcionamento às demais normas infraconstitucionais, como bem sistematizou Hans Kelsen, em sua pirâmide normativa, ela se encontra no topo desse sistema, dela irradiando preceitos imprescindíveis para todo um ordenamento jurídico, sendo também o norte de interpretação e aplicação de normas pelos órgãos à qual o Estado confere este poder-dever.

De acordo com a aceção doutrinária de José Afonso da Silva<sup>2</sup> as Constituições podem ser classificadas quanto ao seu conteúdo, forma, modo de elaboração, origem e estabilidade.

Neste íterim a atual Carta Magna brasileira é formal, sendo documento solene, formado no seio do poder constituinte; Escrita, uma vez que a mesma sofreu processo de codificação; Dogmática, ou seja, sistematizadora dos dogmas e ideais fundamentais da teoria política do direito dominante no momento em que é constituída.

---

<sup>1</sup> DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 2013, p.42.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.43.

Quanto à origem a mesma é democrática originada de órgão constituinte com legitimidade, sendo estes representantes de toda população brasileira. Por fim, é rígida, se submetendo a alteração de seu conteúdo somente sob-regime formal e solene preceituado dentro de seu próprio corpo normativo.<sup>3</sup>

Embora seja documento rígido em sua classificação, essa deve estar apta a proporcionar segurança jurídica de forma a não ser um documento engessado no tempo, respeitando as modulações da realidade fática.

A carta constitucional não pode fechar-se em si mesma como pregava o pensamento positivista ao subjugar a realidade fática à criação abstrata do legislador, de modo a enaltecê-la a subsunção. Na concepção de Konrad Hesse a constituição não tem existência autônoma, ela só alcançará força normativa no momento em que realizar a pretensão de eficácia, se desenvolvendo apenas aquela constituição que se vincule a uma situação histórica concreta.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> A constituição brasileira será modificada mediante ato do poder constituinte derivado, adstrito ao preceito já imposto no texto constitucional, *In literis*:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p.14.

Cabe ainda enfatizar que para Hesse a constituição é mais do que simples conformação da realidade fática, em seu dever ser, ela deve imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Portanto, ela não deve apenas ser, mas, em seu conteúdo normativo ela também deve cumprir sua função dentro do ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

Para que a constituição se aplique à realidade fática ela passará por um processo hermenêutico. A existência de conceitos abertos e principiológicos, característicos da constituição brasileira de 1988, facilita a conformação da norma ao caso concreto, essa ressignificação faz parte do exercício hermenêutico judiciário, que terá como objetivo principal a busca pela melhor forma de solução do caso concreto.

*A interpretação jurídica* consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser* ao *dever ser*. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão.<sup>6</sup>

Para Luís Roberto Barroso a interpretação constitucional possui particularidades que a diferenciam das normas infraconstitucionais. Nisto reside a complexa missão de concretude dos objetivos constitucionais de conferir legalidade, justiça e segurança jurídica. Essa interpretação tem por função levar o direito às relações políticas, na disciplina e distribuição no exercício do poder, impondo também respeito aos direitos da cidadania.<sup>7</sup>

Não obstante, a sociedade também faz parte e trabalha na interpretação das normas constitucionais. A partir, do momento em que os diversos entes sociais têm acesso as conformações do texto constitucional também se tornarão participantes dessa construção. Exemplo disto é o atual posicionamento do judiciário frente ao artigo 226 da CFRB, que desde 2011 concede aplicabilidade à união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>8</sup>, além de

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p.292.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>8</sup> O STF, em 05 de maio de 2011, declarou procedente a ADIn n. 4277 e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132 com eficácia erga omnes e efeito vinculante, conferindo interpretação conforme a

caber também expor que em 2013 a resolução 175 do CNJ vedou a recusa de autoridades competentes que viessem a se escusar de celebrar e habilitar casamentos de casais homoafetivos.<sup>9</sup>

Peter Haberle em sua obra “Hermenêutica Constitucional”, já previa a interpretação normativa e pluralista dos entes sociais. Para o autor os critérios de interpretação constitucionais deveriam ser mais abertos, quanto mais pluralista fosse a sociedade. Para ele, todo aquele que vive no contexto normativo será indiretamente ou diretamente intérprete da norma, sendo impensável a interpretação da constituição sem a participação do cidadão ativo e das mais diversas entidades políticas, incluindo também neste rol a opinião pública.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.<sup>10</sup>

Neste sentido, a interpretação dos indivíduos integrantes da sociedade estaria vinculada ao modo como a norma interage com estes e como ela se entranha no seio social, esta só tem vida quando influencia diretamente a realidade factual, do contrário será letra morta e sem efetividade como revelou Lessale ao dizer que a constituição jurídica seria apenas um pedaço de papel.

Feitas estas considerações, é possível entender que a constituição como mola mestra de nosso ordenamento tem implicação direta nos demais ramos do direito, estes a ela se submetem no sentido de conferir unicidade ao ordenamento, que como engrenagens devem funcionar em perfeita harmonia para o equilíbrio das relações humanas dentro deste todo.

As leis não são feitas para si mesmas, mas para agirem dentro da coletividade. Dessa forma, imprescindível o equilíbrio normativo. A estrutura normativa infraconstitucional orbita em torno da carta magna sendo esta fonte normativa, principiológica e mandamental, a serviço do direito.

---

CF ao artigo 1.723 do CC, a fim de declarar a aplicabilidade de regime de união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>9</sup> A Resolução 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ, determina que é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>10</sup> HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição - trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.13.

Neste ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>11</sup>

### **1.3 - Direito processual civil brasileiro e a constituição de 1988**

A formação do Estado democrático e constitucional de direito possui dois principais marcos. O marco Histórico que se inicia no pós-guerra e redemocratização, e o marco filosófico, na construção do pós-positivismo.

No Brasil após o período de repressão da ditadura militar, se deu o nascimento da Constituição Federal de 1988, que promoveu a travessia do regime autoritário ao Democrático de Direito, estabelecendo a divisão dos poderes, direitos sociais bem definidos, e o mais importante, conferiu relevância e supremacia aos direitos fundamentais estes elencados em seu artigo 5º, como nunca visto antes em nosso ordenamento.

Quanto ao pós-positivismo este se dá com o fim do positivismo, tendo por conteúdo a mescla do jusnaturalismo com o positivismo, se inspirando na “revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”.<sup>12</sup>

#### **1.3.1 - Influência do Estado democrático de direito no CPC de 1973**

Feitas essas considerações, é importante esclarecer que o Código de Processo Civil de 1973 em vigor até março de 2016. Inaugurado antes da Constituição de 1988 sofreu das mais diversas modificações para se adequar às contínuas mudanças fruto de uma sociedade cada vez mais litigante. O CPC de 1973 não nasceu dentro do contexto de valorização de direitos fundamentais, de maior enfoque social e de participação efetiva do cidadão, tendo que sofrer alterações no transcurso de sua vigência.

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.270.

O fenômeno da globalização também foi responsável por grande parte das modificações que ocorreram no código de 1973, tanto mais no que se refere à jurisdição civil coletiva.<sup>13</sup> Considerando as normas consumeristas de caráter inovador do direito pátrio.

Importantíssimo destacar a modificação trazida pela Lei nº 8.952 de 1994, que diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela. Relacionando-se ao processo cautelar.

Também importante ressaltar o advento da Lei nº 9.099 de 1995 que cuida dos juizados especiais Cíveis e Criminais com intenção de dar maior celeridade às questões com solução mais simplificada, aplicando-se nestas o procedimento sumaríssimo.

A emenda constitucional nº45 de 2004 inseriu no art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII<sup>14</sup>, com este, garantiu-se aos jurisdicionados o direito fundamental a participação em um processo com menor morosidade exigindo-se do Estado como meta o respeito ao tempo consideravelmente razoável no transcurso processual.

Mudança recente e de grande importância foi à que deu ensejo ao acréscimo do capítulo IX e X que tratam da liquidação e do cumprimento de sentença, por meio da Lei nº 11.232 de 2005.

Salienta-se que não se teve aqui por objetivo, de forma alguma, esgotar as inúmeras mudanças de inestimável relevância jurídica dentro do Código de Processo Civil de 1973, mas demonstrar através de mudanças pontuais que em mais de duas décadas não foram poucas as mudanças para conformar este às crescentes mudanças do direito brasileiro.<sup>15</sup>

### **1.3.2 - A Lei nº 13.105 de 2015, o Novo Código de Processo Civil na busca da efetivação do Processo Civil Constitucional**

Depois de longo período sobre a égide do código de processo civil de 1973, ao dia 18 de março de 2016 entra em vigor o Novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105 de março de 2015. Cercado de muitas expectativas, o novel diploma está a dar seus primeiros movimentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Este é o primeiro Código de Processo Civil pós-redemocratização, e isto se torna bastante claro com a observância do capítulo I “*Das normas fundamentais do processo civil*”. Seu primeiro artigo contém a seguinte redação:

---

<sup>13</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

<sup>14</sup> Art. 5º, LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>15</sup> Tal assunto é tratado de forma acurada por Antônio Pereira Gaio Júnior em sua obra “Instituições de Direito Processual Civil”, Editora Del Rey, 2ª edição, 2013, p. 18-22.

*“Art. 1º- O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código.”*

A exposição de motivos do Novo Código processual justamente expõe a necessidade de conformação deste com o preceito constitucional.<sup>16</sup> Neste sentido, fica mais que explícita a necessidade do legislador em proporcionar equilíbrio entre a lei processual e os ditames constitucionais, gerando de forma expressa liame umbilical entre a carta magna e o Processo Civil brasileiro, uma vez que, foi gerado e nascido no seio daquela.

Resta agora, aguardar o desenvolvimento do novo diploma processual, e como se comportará o ordenamento jurídico nacional frente ao Processo Civil constitucional que há tanto se trabalha para construir.

#### **1.4 - Processo Civil e sua instrumentalidade**

A constituição democrática brasileira atribuiu nova face aos demais ramos do direito pátrio, frente a isso, o direito processual ganhou uma dimensão de maior amplitude, tendo agora, papel fundamental no desenvolvimento nacional seguindo as diretrizes constitucionais.

O processo não deve ser mais encarado como simples norma isolada devendo ele, tornar-se eficaz sob o prisma constitucional, corporificando de forma uníssona o processo civil constitucional.

Neste sentido, o ramo processual não deverá se manter adstrito ao ponto de vista de conjunto de normas de organização judiciária, ele deve assumir a importante e imprescindível missão de se interligar firmemente à tutela constitucional e aos princípios fundamentais.

O Brasil adotou o modelo de Estado Social, em 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, institucionalizando várias dimensões de direitos fundamentais e trazendo como um dos objetivos da República

---

<sup>16</sup> A Exposição de motivos do anteprojeto encaminhado ao senado federal Brasília em 08 de junho de 2010 traz a seguinte redação: “1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Acesso em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>

Federativa a promoção do desenvolvimento do país, como se nota no artigo 3º inciso II.<sup>17</sup>

Seguindo por esta via em que se busca o desenvolvimento, o direito processual civil recebe dimensão política, econômica e social para além-fronteiras. Essa característica dada ao processo é fruto da própria mudança na sociedade, assim, ele interagirá com os jurisdicionados.

A fase pós-positivista do ramo processual não deve se abster à concepção do processo em códigos, cartórios de varas e juizados espalhados pelo país, o processo é próximo da sociedade e de seus jurisdicionados.

[...] Já é tempo de se ter em mente a dimensão social, política, econômica e jurídica que traz a carga o processo, este como instrumento do Estado apto a contribuir para o desenvolvimento do país, influenciando, mediante a prolação de uma simples decisão judicial, no emprego e desemprego, no reconhecimento de débeis condições contratuais a gerar riqueza ou não, no amparo do hipossuficiente assolado em precárias condições de higiene e saúde, na restauração judicial da dignidade da pessoa diante da aviltante tratamento concedido por parte de serviços públicos ínfimos ofertados pelo próprio Estado (Previdência, Transporte, habitação, lazer etc.), dentre outras questões e situações.<sup>18</sup>

O processo é instrumento do Estado na efetivação dos anseios das partes, nisto, não deve adstringir-se a um formalismo exacerbado, de modo a tornar, o instrumento de solução de conflitos em algo fatigante para as partes que querem ter suas pretensões assistidas.

Por isso, para que o processo seja consonante com a Carta Magna ele deve atender aos princípios do acesso a justiça, razoabilidade temporal, dentre a capacitação dos operadores do direito principalmente no que tange à magistratura.

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por

---

<sup>17</sup> GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira, MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira, FONSECA, Janicrélia - Direito para o desenvolvimento: pragmatismo jurídico e controle de políticas públicas pelo judiciário - Direito e desenvolvimento/ Antônio Pereira Gaio Júnior coord.- 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2015, p.58.

<sup>18</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 04.

três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.<sup>19</sup>

#### **1.4.1 - A missão constitucional do Judiciário no Processo Civil**

O processo como meio de pacificação social deve ser prestado pelo Estado de forma a proporcionar aos jurisdicionados a garantia de seus direitos de forma eficaz, equânime, respeitando o caso concreto, a unicidade do ordenamento de modo a garantir segurança jurídica.

Para que o processo alcance de forma satisfativa aos jurisdicionados é necessário que os juízes na aplicação da legislação material (tendo o processo como instrumento) considerem o caso concreto de modo a promover o direito dentro da situação fática, garantindo essa prestação de forma imparcial não impregnada de ideologias pessoais.

O juiz como aplicador do direito deve ser capacitado para análise do caso concreto e aplicação justa do direito, somente dessa forma, o processo será meio hábil para cumprir o projeto constitucional.

Para Haberle o juiz não deverá em sua decisão buscar a vontade primitiva do legislador, mas, de forma flexível dentro da hermenêutica constitucional, encontrar a solução razoável para o caso concreto. Somente dessa forma a norma infraconstitucional se tornará eficaz. Não obstante, as decisões devem dar segurança jurídica de modo a evitar que as partes que litigam tenham que contar com a sorte, devendo ser evitada a divergência jurisprudencial em casos factualmente similares.

O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual

---

<sup>19</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.50.

existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.<sup>20</sup>

#### **1.4.2- O acesso á justiça e a duração razoável do processo como desafios**

No que tange ao acesso à justiça, nos últimos tempos, observa-se um inchaço de demandas no judiciário, certo é que, em muitos locais do país o acesso ao sistema judicial se torna quase que inimaginável, pelo fato do Estado não suprir, nem mesmo, o mínimo existencial aos cidadãos.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, é lamentável fato da ausência de saneamento básico, água encanada e energia elétrica, em certos lugares do país, aqui deve-se lutar arduamente tanto pelo mínimo existencial, quanto por acesso à justiça.

Cabe ainda destacar, que frente à garantia do acesso ao poder judiciário imprescindível também se faz a garantia da razoável duração do processo, é necessário que os litigantes tenham acesso ao poder judiciário, mas, imprescindível também se faz que estes tenham o direito pretendido e demandado judicialmente realizado em tempo razoável. Um processo demorado não pode ser de forma alguma considerado como processo justo.

Como bem coloca Antônio Pereira Gaio Júnior, o processo como instrumento do Estado tem por finalidade principal tornar as pessoas felizes ou menos infelizes.

Não olvidando as fundamentais transformações conceituais e pragmáticas pelas quais vem a Ciência Processual experimentando, a partir, sobretudo, de novos contornos em institutos formadores de sua própria “ Trilogia Estrutural”- Ação, Jurisdição e processo – Impende notar que o próprio alcance desta “nova” perspectiva metodológica do processo e o movimento pela sua instrumentalidade rumo a um processo civil de resultados, marca a urgência na modificação de posturas não somente dos operadores do direito, como também de todo o aparato estatal seja por meio de inovadoras performances nas estruturas física e administrativa dos foros em geral e ainda na produção legiferante qualitativa, apta a mirar, indubitavelmente, como centro das atenções, a efetividade, entendida aqui como instrumentalização racional e razoável de entrega do bem de vida a quem, exatamente, dele necessita. Afinal, o Direito (aqui, o Processo) deve ser instrumento a tornar as pessoas mais felizes ou menos infelizes!<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.48.

<sup>21</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.13.

O direito brasileiro tem a inevitável e necessária missão de proporcionar aos jurisdicionados a realização dos princípios constitucionais do acesso à justiça e celeridade, esse intento não é simples uma vez que estamos dentro de uma sociedade comprovadamente cada dia mais litigante, porém, deverá o judiciário a todo custo trabalhar para satisfazer os direitos daqueles que se socorrem nele para a solução dos mais diversos conflitos.

Pode-se verificar que a constituição, como carta política reguladora da unicidade do ordenamento jurídico pátrio, em que nesta se consubstancia os princípios e mandamentos do Estado democrático é o centro onde orbita os demais ramos do direito infraconstitucional, também podendo ser considerada como topo da pirâmide formulada por Hans Kelsen irradiando dela a coordenação aos demais ramos do direito.

O direito Processual Brasileiro sobre a égide da Constituição de 1988 tem status de direito processual constitucional, devendo agir em uníssono com esta, que como engrenagens harmônicas dão sentido e coordenação ao sistema jurídico de forma a ser ponte de comunicação, Estado – Partes. O Novo Código de Processo Civil já traz em seu acervo normativo a submissão à Constituição, consequência da revolução jurídica trazida por esta. Por este fator, deve o processo civil obedecer aos princípios fundamentais nela insculpidos necessariamente em consonância com o objetivo do Estado brasileiro de promover o desenvolvimento nacional.

## CAPÍTULO 2: A fundamentação das decisões judiciais no contexto histórico processual pátrio.

### 2.1 - Introdução

Antes adentrar o contexto histórico pátrio no que tange a motivação das decisões é necessário que se façam breves considerações acerca do fato de que ela não é tema novo, pelo contrário, já era tratado na Europa mais especificamente pela França que primeiro positivou o dever dos juízes em motivar suas decisões por meio de um decreto de 16 de agosto de 1790 que cuidava da organização judiciária francesa.<sup>22</sup>

A matéria ganhou status constitucional por meio da Constituição de 5 de outubro do ano III (22 de agosto 1795), em seu artigo 280 que continha a seguinte redação:

“Article 208. Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret ; les jugements sont prononcés à haute voix ; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée.”<sup>23</sup>

Em 1521, vigia em Portugal as ordenações Manoelinas, no livro III Título L (Das decisões definitivas) nela se insculpia a motivação da sentença pelo juiz que manteve-se sem muitas alterações nas ordenações Filipinas no ano de 1603, no Livro III, Título LXVI. §7º.

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos desembargadores ,e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instancia, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> “Título V, artigo 15

A redação dos julgamentos, tanto em apelação quanto em primeira instância, conterà quatro partes distintas.

Na primeira, os nomes e as qualificações das partes serão enunciados.

Na segunda, as questões de fato e de direito que constituem o processo serão postas com precisão.

Na terceira, o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados por instrução, e os motivos que determinaram o julgamento serão expressos. A quarta, enfim, conterà o dispositivo do julgamento.”

in NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe da - A fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015: um primeiro olhar - Processo e Procedimento. <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI223041,21048A+fundamentacao+das+decisoess+judiciais+no+CPC2015+um+primeiro+olhar>>

<sup>23</sup> “Art. 208. *As sessões dos tribunais são públicas; os juizes deliberam em segredo; os julgamentos são pronunciados em voz alta; eles são motivados e são enunciados os termos da lei aplicada*” . *Ibidem*

<sup>24</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2 ed. São Paulo: Saraiva 1988, p.83.

É sabido, que o Brasil Colônia era regido pelas Ordenações do reino de Portugal e normas locais para a resolução de conflitos aqui estabelecidos. Neste diapasão, observa-se que a motivação das decisões já se faziam aqui presentes, pode-se, portanto, afirmar que em linhas gerais o esboço do atual princípio constitucional da motivação das decisões judiciais é inequivocamente herança do direito Europeu.

## **2.2 - A motivação das decisões no âmbito das constituições de 1824 a 1969: O ordenamento jurídico pátrio sob a égide do positivismo.**

### **2.2.1 - As Constituições brasileiras sob o império do legalismo.**

Em um contexto racional, impregnado de cientificismo, foram as constituições antecedentes de nossa carta democrática, elaboradas. Os princípios, não eram considerados normas “Sua utilização se resumia a função menor e acessória de preencher a eventual lacuna jurídica, caso esta antes não pudesse ser colmatada pela analogia e pelos costumes”<sup>25</sup>

As constituições de 1824 a 1969, não trataram em seu corpo normativo da motivação das decisões dos juízes, tal questão era reservada ao tratamento da norma infraconstitucional. Essas cartas não possuíam força normativa, não irradiavam seus preceitos aos demais ramos do direito, não havendo unidade no ordenamento jurídico pátrio. A constituição pode ser vista nestes períodos como mera carta de recomendações.

De 1850 a 1939, a competência para legislar sobre normas de processo era dual dividida entre a União e os Estados membros, concentrando-se novamente na União a competência para legislar sobre a matéria processual, com a Constituição de 1934.<sup>26</sup>

Em ambos, CPC de 1939 e de 1973, o dever de fundamentação das decisões judiciais não se vinculavam ou submetiam as normas Constitucionais em sua aplicação, devido ao apego ao legalismo resultante do princípio da legalidade, soberano em tal período. Barbosa Moreira ensinou, com maestria, o âmago do dever de fundamentar as decisões ao dizer que - é preciso que o pronunciamento da justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; é preciso que esse fundamento se

---

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 82.

<sup>26</sup> “Embora a Constituição de 1891 tenha outorgado aos estados a prerrogativa de legislar sobre processo e organização judiciária, vários deles fizeram valer-se do Regulamento 737 e das Ordenações, sendo uma das exceções a Bahia que, com o seu Código ( cujo projeto se deve a Espinola), já denotava um espírito científico e renovador, inclusive adotando a teoria unitária do processo, ao unificar o processo civil e o penal.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 14.

manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado.”<sup>27</sup>

Por força do legalismo e do formalismo positivistas a norma constitucional e as mudanças sociais não eram capazes de influenciar no ramo processual. Pode-se extrair tal entendimento pelos dizeres de Francisco Manoel Xavier de Albuquerque em conferência realizada na Universidade de Brasília. Na ocasião, o mesmo tratava sobre o tema “O Direito processual na Constituição de 1967”, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939.

Nossa estrutura processual, nos três caminhos – Processo Civil, do Processo Penal e do Processo Trabalhista – foi modulada sob a inspiração autoritária de uma carta constitucional outorgada. Sobreviveu a ela e, sem contradições nem conflitos, senão na escala mínima de minguados pormenores, agasalhou-se à sombra de uma constituição de marcadas notas liberais que, do ponto de vista democrático representativo, foi exemplarmente elaborada; e outra vez lhe sobreviveu, para convolar terceiras núpcias com um novo Estatuto, situado a extrema distância do primeiro dêesses três que se não comporta a qualificação de liberal, também não pode ser apontado como autoritário. E conviverá com êle, sem tropeços nem dificuldades, enquanto não sobrevierem as reformas, de resto anunciadas há mais de um lustro, que a adaptação menos á exigências políticas do que as solicitações sugeridas à técnica pela ciência.

[...]

Nosso sistema jurídico processual é, portanto, relativamente imune às transformações políticas do Estado e lhe sabe amoldar e condicionar as incidências.<sup>28</sup>

A limitação de comando constitucional, consequência do próprio positivismo, leva ao entendimento de total isolamento dos ramos do direito, criando uma espécie de autossuficiência normativa. A não previsibilidade da motivação das decisões no contexto constitucional demonstra seu cunho técnico ausente sua função dentro da sociedade estando esse princípio aprisionado no ramo processual como apenas mais um procedimento organizacional, indiferente ao caso concreto e a situação fática.

Constitucionalmente, na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 acreditava-se que o princípio da motivação das decisões emanava do artigo 153 em seu § 4º “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*” Sendo vista

<sup>27</sup> MARIQUITO, Carla da Silva. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o Processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. < www.redp.com.br > ISSN 1982-7636, p. 4.

<sup>28</sup> ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de - O Direito Processual na Constituição de 1967- Revista de informação legislativa, Senado Federal- Diretoria de informação legislativa – Abril a junho, Ano VI, nº 22- acesso em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> p.4.

como parte integrante da decisum, a fundamentação das decisões judiciais só veio a ser expressa na Constituição democrática de 1988.

### **2.3 - A fundamentação das decisões judiciais, princípio e garantia do ordenamento jurídico contemporâneo**

Pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico pátrio uma Constituição veio tratar da fundamentação das decisões. Constituições como a Belga, Italiana, Grega e outras latino-americanas se adiantaram em relação ao Brasil que tratou do assunto após sua redemocratização. A atual constituição dotada de força normativa deu vida aos princípios irradiando e unificando todo ordenamento, dando validade e eficiência às normas. O princípio da fundamentação das decisões está expresso no artigo 93, inciso IX com a seguinte redação:

*IX- Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso de preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*

A Constituição da República Federativa do Brasil deixa claro que a ausência de fundamentação levará conseqüentemente à nulidade da decisão. A motivação privilegia a segurança jurídica, os princípios da legalidade e da publicidade onde as partes integrantes do processo se tornam por meio da fundamentação conhecedoras das questões que suscitaram o entendimento do órgão Estatal.

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.<sup>29</sup>

Caberá ao juiz expor em sua decisão as razões fáticas e jurídicas, base de sua decisão, deste modo promove-se a ciência dos jurisdicionados dos motivos reais que levaram a satisfação ou não do direito pleiteado. A fundamentação também é modo de garantir a imparcialidade do juiz que deverá resolver as questões de mérito pautado nas leis, nos preceitos constitucionais e no caso concreto.

---

<sup>29</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. 9. ed. São Paulo: Clássica Editora, p. 199.

## 2.4 - Evolução da motivação das decisões no Processo Civil brasileiro

### 2.4.1 - A Motivação das decisões na linha de pensamento tradicional

Como visto acima, a motivação das decisões passou a ser tratada constitucionalmente a partir da Carta Magna de 1988. Com ela a motivação ganhou status principiológico devendo ser garantida a todos àqueles que vierem buscar a intervenção estatal em suas pretensões.

Contudo, o dever do juiz em motivar as decisões estava presente em nosso ordenamento através dos códigos processuais desde muito. Obviamente, a fundamentação das decisões judiciais não era dotada da mesma significação que agora é detentora.

Além do Código Filipino já mencionado importante se faz mencionar a portaria nº 78 de 31 de março de 1824 que determinava aos juízes o dever de fundamentar as sentenças que proferissem.<sup>30</sup>

Ainda no período imperial mais precisamente no ano de 1850 o regulamento 737 que cuidava do processo comercial trouxe no bojo de seu capítulo XIV, que tratava das sentenças definitivas, o artigo 232, que explicitava a necessidade de sentenças claras e fundamentadas com motivação precisa, proferidas pelos juízes: “*Art. 232. A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.*”

Com a Constituição de 1891 receberam os Estados membros a faculdade de elaborar seus códigos processuais. Contudo, muitos estados continuaram a utilizar o decreto 737 até o ano de 1939. A Carta constitucional de 1934 concentrou novamente na União competência

---

<sup>30</sup> “N.78. – JUSTIÇA - EM 31 DE MARÇO DE 1824 “Determina que os Juizes fundamentem as sentenças que proferirem. Desejando S. M. o Imperador que os subditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens promettidas na sabia Constituição, ha pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa clara, e palpavel a todos os litigantes: Manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, que os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, es razões, e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. do Li v. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões ; alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar no Conde Regedor da Casa da Supplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palacio do Rio de Janeiro em 31 de Março de 1824.- Clemente Ferreira França.” COLLECCÃO das decisões do governo do Imperio do Brazil – Rio de Janeiro- Imprensa Nacional- ano 1.886. Acesso em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../collecao\\_leis\\_1824\\_parte3.pdf?...3](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../collecao_leis_1824_parte3.pdf?...3)>, p.80

para legislar sobre matéria processual, em 1939 por meio do Decreto-lei 1608 entra em vigor no Brasil o Código de Processo Civil de 1939.

O Código Processual de 39 tratou da motivação das sentenças em dois de seus artigos, no artigo 118 e também no artigo 280. O artigo 118 referia-se especificamente a apreciação da prova que se daria de forma motivada, porém, seu parágrafo único alertava ao magistrado a necessidade de indicar na sentença ou despacho os fatos e as circunstâncias que motivaram seu convencimento a respeito das provas. O artigo 280, dizia que as sentenças deveriam ser claras e precisas, em seu inciso II mencionava os fundamentos de fato e de direito como partes integrantes da sentença judicial.

O Código de 1973, nasceu pouco antes da Constituição de 1988, sofreu sobre a égide da mesma diversas modificações para se adequar a preceitos normativos e princípios nela insculpidos. O CPC de 1973 conviveu conosco até março de 2016.

Os dispositivos legais que tratam da fundamentação das decisões se assemelham ao código processual de 1939 com certas peculiaridades. O artigo 131 do CPC de 1973 diz respeito à livre apreciação das provas pelo juiz, devendo o magistrado expor na sentença os motivos que formaram seu convencimento.

O artigo 458, II, coloca os fundamentos de fato e de direito como requisitos essenciais da sentença judicial. Cabe ainda menção ao artigo 165 do CPC de 73 *“As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas ainda que de modo conciso.”*

Todos os códigos supramencionados foram elaborados sob a influência do positivismo e do pensamento tradicional, o juiz era visto como mero aplicador da técnica processual. O que realmente importava nas decisões era a subsunção do caso concreto à norma prioritariamente, achando-se que deste modo seriam garantidos o legalismo e a segurança jurídica.

Ao analisar os dizeres de Francisco Manuel Xavier de Albuquerque ao citar Buzaid, pode-se perceber latentemente a visão da época que pretendia afastar o direito processual das influências da sociedade não sendo este senão mero produto da técnica.

Um Código de Processo - escreve na exposição de motivos do seu magnífico anteprojeto o nosso Alfredo Buzaid - é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão uma conquista de valor universal. "O processualista brasileiro reitera o argumento, logo adiante, nesta passagem antológica. O Processo civil, como conjunto de-normas, não é, pois, um produto lididamente

nacional, que deve exprimir os costumes do povo; é, ao contrário, um resultado da técnica, que transcende as fronteiras do país e é válido para muitas nações, porque representa uma inspiração comum da humanidade para consecução da justiça.”<sup>31</sup>

As leis processuais pretendiam apenas garantir através da motivação das sentenças, pura e simplesmente a possibilidade de impugnação da sentença para posterior reforma, a função social da sentença pouco importava uma vez que não se enxergava a irradiação dos efeitos desta à terceiros.

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação. (CPP, art.381; CPC, art.165 c/c 458; CLT, art.832).<sup>32</sup>

## 2.5 - A construção do Novo CPC sob a égide do Neoconstitucionalismo

Como traçado no capítulo anterior, a formação do Estado Democrático de Direito se deu por três marcos principais: Histórico, Filosófico e Teórico. O marco Histórico é principalmente marcado pelo pós- Guerra e redemocratização.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

[...] A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951.

[...] No caso brasileiro o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação de 1988.<sup>33</sup>

O marco filosófico se dá com o pós-positivismo, também denominado neopositivismo, sendo ele uma nova forma de interpretação e aplicação do direito, partindo

<sup>31</sup> ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de - O Direito Processual na Constituição de 1967- Revista de informação legislativa, Senado Federal- Diretoria de informação legislativa – Abril a junho, Ano VI, nº 22- acesso em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> p.5

<sup>32</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.77.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267-268.

das bases do positivismo o neoconstitucionalismo revela uma nova compreensão do direito firmado, sobretudo na constituição.<sup>34</sup>

Por fim, o marco teórico é baseado na dicção de Luis Roberto Barroso em três mudanças de paradigma, essas mudanças são: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.<sup>35</sup>

Feita esta rápida análise, pode-se perceber que o neopositivismo e o neoconstitucionalismo são fenômenos muito recentes no direito, marcados por mudanças políticas e sociais que os influenciaram fortemente.

Por isso, se faz necessário para observar as constituições precedentes a de 1988, a digressão ao contexto que foram criadas, sendo predominante, juridicamente e filosoficamente o positivismo. Sua vertente filosófica prendia-se ao cientificismo e a racionalidade, o direito ao adquirir status de ciência jurídica influenciado pelo positivismo filosófico<sup>36</sup> adquiriu características semelhantes à da ciência exata e natural, tendo a forma específica de positivismo jurídico.

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do direito, na pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.<sup>37</sup>

Nesse contexto, as mais diversas questões sociais, políticas, organizacionais viviam sob o império da lei, princípios não eram considerados como normas, o direito fechava-se em

---

<sup>34</sup> CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 284 -288.

<sup>36</sup> Em sua obra Direito Constitucional contemporâneo ( p. 261) Luis Roberto Barroso de forma sintética expressa as teses fundamentais do positivismo filosófico. “ (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento inclusive às ciências sociais.”

<sup>37</sup> *Idem*, p. 261.

si mesmo, todas as questões nele se resolviam, pregava-se que por este meio a segurança jurídica estaria garantida. Neste sentido, não se pode considerar o direito e todo ordenamento como meio de promoção da justiça, mas sim norma regulamentadora, coercitiva coagindo ao cumprimento do que está estritamente previsto legalmente.

Eduardo Cambi aponta sete características do positivismo jurídico que merecem ser aqui mencionadas: “a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; f) o formalismo jurídico g) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.”<sup>38</sup>

Grande expoente do positivismo jurídico é Hans Kelsen que através de sua obra Teoria Pura do Direito previa a segurança jurídica das interpretações judiciais através do enquadramento da realidade social à regra, o caso concreto deveria se subjugar à vontade primitiva do legislador que deu vida à norma elaborando-a. Com a subsunção, o intérprete da norma deveria alinhar a realidade factual à norma codificada.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.<sup>39</sup>

Há em Kelsen a valorização do formalismo jurídico que nada mais é que através do método deduzir soluções exatas para problemas diversos assemelhando-se ao conceito racional da matemática e do conceito silogístico nas interpretações.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

<sup>40</sup> “Esse raciocínio conduz a um sistema fechado, no qual as decisões legais corretas seriam deduzidas por meio de procedimentos lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas, sem referência a fins sociais, políticas e

### 2.5.1- A concretização do modelo de Processo Civil Constitucional por meio do NCPC

O novo modelo constitucional adotado pela Carta política de 1988 se contrapõe ao modelo tradicional positivista que aqui se instalava, muito trabalhou a Constituição na rejeição das características do positivismo jurídico dando assim um grande salto, na garantia dos direitos fundamentais e na promoção da justiça.

O neoconstitucionalismo chama a atenção dos ramos do direito a função de cada um dentro da realidade social, não mais isolados, fechados no tecnicismo e nas formas, mas participantes da vida dos indivíduos na construção de sua dignidade.

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: “Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.”<sup>41</sup>

O direito processual civil, impregnado de técnicas e normas fechadas não proporcionava justiça plena na resolução dos litígios, sob o controle constitucional ele passa de sistema fechado a meio próprio de promoção de justiça e pacificação social, o sistema jurídico só será ideal a partir do momento em que é capaz de manter compatibilizados regras e princípios, equilibrando os valores da segurança jurídica e da justiça.

No processo é que o indivíduo resolverá os litígios, ele busca a satisfação de seu direito, confia no órgão Estatal como via de assunção da aplicação legal de direitos e deveres que participarão da construção de sua dignidade como pessoa, como já foi dito, o processo não é um fim nele mesmo, o processo tem sua função social. Por isso a Constituição de 1988 torna real a dimensão social do Processo, impregnando-se ela de princípios vinculados ao direito processual, pois ciente que ele é meio de garantir aos jurisdicionados dignidade, seja ela de cunho material ou subjetivo.

---

*standards* morais. Logo o formalismo acaba por conceber o direito como um sistema de relações *entre ideais*, não como uma *prática social*.” CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.115.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.29

A dimensão social pela qual o processo deva ser vetorizado, hodiernamente, é noção necessária deste instrumento da jurisdição, exatamente porque nele é que o jurisdicionado deposita confiança – ainda que, por vezes, em forma diminuta- esperando alcançar sua verdade em tempos onde o descumprimento de uma obrigação acertada é bom negócio para muitos. Espera o cidadão ainda mais: a satisfação decorrente desta verdade, na medida em que, uma vez reconhecida e não cumprida pela parte recalcitrante, necessitará ele, novamente, de um instrumento apto a transformar a declaração formal de seu direito em atividade dinâmica e realizadora concreta, no mundo dos fatos, do direito devido.<sup>42</sup>

O atual Código de processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015, nasce dentro da moderna estrutura constitucional. Já há demonstração da influência principiológica desta logo na Parte Geral do novel diploma processual cujo “Título Único - *Das Normas Fundamentais e da aplicação das Normas Processuais*” emana a concepção de equilíbrio entre as normas fundamentais com as normas processuais demonstrando que para que haja Processo Civil, mais especificamente Processo Civil justo, ele deverá vincular-se ao dirigismo Constitucional.

No Capítulo I, dos artigos 1º ao 12, o Novo CPC ao tratar das Normas Fundamentais do Processo Civil, reunindo os princípios norteadores do processo, sendo disciplinado e interpretado em coerência com as normas fundamentais da Constituição Federal, o que denota o reconhecimento da força constitucional dentro do ordenamento pátrio. Visão divergente dos Códigos Processuais anteriores, o atual código tem por base os direitos fundamentais que proporcionarão sem dúvida de forma mais eficiente a conquista da valoração da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil.

### **2.5.2 - A fundamentação das decisões judiciais no CPC de 2015: a busca da promoção da justiça nas sentenças.**

A fundamentação das decisões como princípio constitucional adquire valor inestimável como partícipe da construção do processo justo, o Novo Diploma Processual de 2015 já a menciona logo no art.11, sendo a fundamentação das decisões judiciais princípio fundamental do Processo Civil, deve, portanto, o magistrado fundamentar todas as decisões sendo que a ausência desta acarretará a nulidade da sentença.

*“Art. 11- Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade.”*

---

<sup>42</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

O modo de interpretar o ato de fundamentar decisões, abandonou a linha de pensamento tradicional de mero mecanismo que possibilitava as partes litigantes a impugnação e reforma das decisões, muito mais que isso, hoje ela tem função política, a sentença não se abstém a decidir sobre as partes, ela interfere em outros casos concretos gerando efeitos perante terceiros, daí sua função política dentro da sociedade moderna.

Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.<sup>43</sup>

O Novo Código de Processo Civil, semelhantemente ao de 1973, tratou em seu art. 489 da essencialidade da fundamentação das questões de fato e de direito na sentença, porém cuidou de mudar a nomenclatura que anteriormente tratava por “requisitos essenciais” passando agora a “elementos essenciais da sentença”.<sup>44</sup>

Inovou o CPC de 2015 ao estabelecer hipóteses em que não serão consideradas fundamentadas as decisões em seu art. 489, §1º e incisos.<sup>45</sup>

*§ 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;*

*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;*

<sup>43</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 77.

<sup>44</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

*II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”*

<sup>45</sup> “Digno de elogios é a preocupação do legislador no tocante ao que se entende por decisão fundamentada adequada, consubstanciando em forma analítica ao prever o dever o órgão julgador, dentre outros, o de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo mesmo, o que, smj, sempre fora obrigação deontológica daquele que, em nome do Estado, presta a atividade judicante na solução de litígios e, por isso, nos destinos da sociedade.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

*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.*

Através do oferecimento de fundamentações com qualidade, garante-se a participação efetiva do magistrado na análise de cada caso concreto. Deve ele, enfrentar ponto a ponto as questões meritorias e fáticas envolvidas no processo, garantindo-se o respeito aos princípios a legalidade, da imparcialidade do juiz, eficiência, publicidade, entre outros.

## CAPÍTULO 3: O novo CPC e a realização do fundamento das decisões

### 3.1 - Introdução

No capítulo antecedente pôde-se constatar que o ordenamento jurídico pátrio migrou do modelo positivista caracterizado pelo racionalismo, tecnicismo e legalismo exacerbado para o paradigma neopositivista.

A partir da Redemocratização o Brasil apresentou novo modelo constitucional, receptor do modelo neopositivista com a carta de 1988, detentora de força normativa, irradiadora de princípios aos demais ramos do direito<sup>46</sup>; programática, tendo como um de seus objetivos fundamentais, garantir o desenvolvimento nacional.<sup>47</sup>

Nesse contexto o Processo Civil, norteado pela Constituição, também assume, guiado por ela, o dever de participar na realização dos objetivos por esta perseguidos, tendo em vista seu caráter instrumental na pacificação social, como meio de resolução de conflitos individuais, difusos e coletivos, estabelecendo assim sua função.<sup>48</sup>

O ramo processual tem participação tão relevante dentro dos objetivos perseguidos constitucionalmente, que a Carta Magna cuidou de trazer em seu corpo normativo diversos princípios especificamente voltados para modelar o direito processual, demonstrando que o mesmo não deve ser visto como mero regulador procedimental.

A carta constitucional de 1988 tornou expresso o princípio da fundamentação das decisões (objeto desse estudo), como já analisado, por meio do artigo 93, inciso IX da CFRB.

A constitucionalização do ordenamento infraconstitucional alcança uma amplitude imensurável e abrangente. A fundamentação das decisões judiciais foi realocada para o texto Constitucional. Mas isto não significa uma simples promoção de norma do ordenamento infraconstitucional para norma

---

<sup>46</sup> Nos dizeres de Eduardo Cambi: “Os direitos fundamentais, entendidos como princípios, compreendem tanto direitos subjetivos quanto expressam uma ordem objetiva de valores. Nesta medida, os princípios são alçados ao centro do sistema jurídico, porque se *irradiam* ou se *expandem* por todo ordenamento, influenciando a interpretação e a aplicação das normas e permitindo a leitura moral do direito.” CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 89

<sup>47</sup> Vide art. 3º, II CFRB.

<sup>48</sup> “O processo eminentemente individualista do século XIX e da primeira metade do século XX (até por voltados anos *setenta*), que respondia aos anseios de um direito material igualmente individualista, foi se transformando em um processo destinado a atender também a grupos, categorias e classes de pessoas, no que se refere, sinteticamente, à *qualidade de vida* ( direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, à segurança dos investimentos, etc.). Trata-se, agora, de dar apoio, com novos instrumentos processuais aos interesses de massa, em uma sociedade de massa.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 147

constitucional. Não se está a falar de hierarquia, mas de uma mudança na natureza do dever de motivação.<sup>49</sup>

Para a efetivação equânime deste, outros princípios deverão ser invocados, como o princípio da publicidade, da isonomia, do contraditório e da duração razoável do processo. Neste sentido, o magistrado tem o árduo dever de concretizar em seu múnus o atendimento ao clamor constitucional.

Com a Lei nº 13.105 de março de 2015 - Novo CPC - o legislador pátrio buscou de forma expressa compatibilizar as normas processuais civis com o Estado Democrático de Direito incorporando em seu conteúdo normativo os princípios e diretrizes constitucionais servindo de parâmetro aos juízes, no intuito de se estabelecer a melhor forma de concretizar o processo civil na realidade democrática que juridicamente se molda.

### **3.2 - O vínculo dos princípios constitucionais da isonomia, contraditório, publicidade e duração razoável do processo na efetivação do princípio da fundamentação das decisões**

O ordenamento jurídico como um todo deve funcionar de forma uníssona, para que se cumpra fielmente seu dever de realizar e promover a justiça, o bem comum e os fins sociais na busca do total equilíbrio. Desta forma, não seria distintamente tratado o princípio da fundamentação das decisões. Para que ele realize seu papel dentro do processo justo e constitucional, este deverá celebrar vínculo com os demais princípios constitucionais.

Por isso, necessariamente se trará em análise, aqui, especificamente, os princípios da isonomia responsável por estabelecer a igualdade de tratamento entre as partes litigantes; o princípio da publicidade, que garante aos que litigam serem informados e esclarecidos para a fluente participação no andamento da marcha processual dando azo à realização do princípio do contraditório. E por fim, o princípio da razoável duração do processo, referindo-se a solução em tempo razoável e hábil da questão alvo e objeto da demanda.

---

<sup>49</sup> MARIQUITO, Carla da Silva. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o Processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.< [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)> ISSN 1982-7636, p.7

### 3.2.1 - Princípio da isonomia

O princípio da isonomia está constitucionalmente expresso no art. 5º *caput* da Constituição Federal, onde se absolve que perante a lei todos são iguais sem qualquer tipo de distinção. Desse princípio se extrai a igualdade processual onde as partes serão tratadas de forma paritária.

Entretanto, vale destacar que a igualdade proposta constitucionalmente não se trata da igualdade formal, mas sim material. Isto se dá pelo fato de que a igualdade proporcionada juridicamente nem sempre afasta desigualdades econômicas, sociais e culturais. A igualdade material, em contraposição proporciona aos que litigam as mesmas oportunidades independentemente de distinções.<sup>50</sup>

No processo a diferença de oportunidades poderá acarretar um verdadeiro desequilíbrio na relação jurídico-processual.<sup>51</sup> O art. 7º do Novo Código de Processo Civil assegura às partes a paridade de tratamento no que tangem direitos e faculdades processuais, privilegiando assim a isonomia no tratamento prestado aos litigantes.

A igualdade de tratamento buscada processualmente não se limita a resolução de litígios de forma isolada e fechada em uma demanda judicial em particular.

A isonomia deve ser privilegiada no âmbito coletivo das relações processuais, de forma que as decisões tomadas pelos juízes em casos que sejam considerados semelhantes não guardem diferenças decisórias discrepantes criando clima de desequilíbrio no ordenamento jurídico.

Nesse plano coletivo, o dissenso pretoriano provoca uma sequência de efeitos perversos: desprestigia o judiciário, gera instabilidade social, acarreta situações de injustiça às partes, tudo refluindo, enfim, numa verdadeira *negação do Direito*, enquanto instrumento voltado a *dar a cada um o que é seu* e a operar como fator de estabilidade e paz social.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> “O princípio da igualdade de todos perante a lei, porém não pode ser tomado em sentido literal, porque a realidade mostra que os destinatários finais, isto é, os cidadãos, isoladamente ou em grupo, não se encontram na suposta ou desejada situação igualitária, e isso sob os muitos aspectos que podem ser considerados: político, social, econômico, cultural, profissional. Daí deriva, de resto, o conceito de igualdade, tirado *pela negativa*: tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam.” MANCUSO, R. de C. Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 116

<sup>51</sup> “No que diz respeito ao campo processual, determina que os litigantes devem usufruir das mesmas faculdades e oportunidades processuais, sob pena de causar desequilíbrio na relação jurídico processual.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 95

<sup>52</sup> MANCUSO, R. de C. Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

Casos semelhantes julgados de forma semelhante geram segurança jurídica evitando que os jurisdicionados sejam surpreendidos, na ausência de isonomia, pela sensação de injustiça, instabilidade e insegurança.

### 3.2.2 - Princípio do contraditório

O princípio do contraditório permite a participação ativa das partes no processo onde abre-se à contraposição argumentativa dos litigantes. Neste sentido, não há que se falar em formação de antagonismo, mas em cooperação, onde os mesmos são chamados a contribuir na formação do convencimento do juiz.<sup>53</sup>

Tal princípio está constitucionalmente expresso no art. 5º, inciso LV, tendo forte ligação com o princípio da isonomia, pois, só ocorrerá contraditório de forma equilibrada se os indivíduos que compõem o litígio tiverem igual possibilidade e acesso ao serviço jurisdicional.

Neste sentido trabalhou o legislador na elaboração do artigo sétimo do novel código processual, que segue:

*Art.7º- É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

É do contraditório que decorre a necessidade que se dê conhecimento aos litigantes dos atos praticados pelo juiz e do seu oponente. Somente assim, haverá participação através do conhecimento dos atos em que a parte se manifestará, a cientificação acontecerá por meio da citação, da intimação e da notificação.

O respeito ao contraditório tem reflexo nas decisões judiciais, de forma a evitar a chamada decisão surpresa. O legislador se preocupou nesse sentido e expressou-se por meio do artigo dez do Novo Diploma Processual. O juiz não poderá fundamentar e decidir sobre circunstâncias e situações fáticas não contraditadas, tal vedação é estendida a todos os graus de jurisdição, mesmo se tratando de matéria a ser decidida de ofício.

---

<sup>53</sup> “[...] as partes, em relação ao juiz, não tem papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64

*Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Procura-se desta forma evitar que as partes sejam surpreendidas por uma decisão baseada em fatos desconhecidos sem que a estas seja dada oportunidade de manifestação.<sup>54</sup>

### 3.2.3 - Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está estreitamente ligado à fundamentação das decisões, pois, é através da publicidade que as partes têm acesso às informações relacionadas ao processo, dando abrangência a seu direito de se manifestar e se pronunciar durante todo procedimento processual.<sup>55</sup>

A publicidade das decisões especificamente tem função dentro e fora do processo, é a partir deste princípio que se efetiva a fiscalização popular do desempenho do judiciário, uma vez que o mesmo age em nome do Estado devendo cumprir os ideais democráticos que a ele são impostos para a realização do bem comum.

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.<sup>56</sup>

A publicidade das decisões encontra-se expressa no artigo 11 do CPC, entretanto, este princípio processual sofre restrições quando houver exigência do interesse público, guardando-se nestas situações sigilo. O parágrafo único do artigo supramencionado trata dos

---

<sup>54</sup> “*Proibição de decisão surpresa.* O art. 10º do NCPC também trata da questão da vedação de decisão surpresa. Mais uma vez se clama pelo respeito aos princípios constitucionais do *devido processo legal* ( art. 5º, *caput*, inciso LIV, da CFRB/88) e princípio do *contraditório* ( artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88). O que se deseja coibir é a surpresa de uma decisão judicial fundamentada em fatos e circunstâncias que as partes da relação jurídica processual, previamente, não tivessem conhecimento. É o desvelamento dos princípios da boa-fé e da transparência que devem nortear o relacionamento das partes com o juízo.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p.36.

<sup>55</sup> *Vide* Art. 93, incisos X e XI.

<sup>56</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78.

casos em que o segredo de justiça será observado, nestes, será autorizada a presença das partes, dos advogados, Ministério Público e defensores públicos.

### 3.2.4 - Princípio da razoável duração do processo

A razoável duração do processo foi inserida na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional de nº 45 no ano de 2004, no artigo 5º, inciso LXXVIII. *In literis*:

*“LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

Uma duração razoável e célere dentro do direito processual pátrio deverá levar em consideração a situação concreta. O processo justo não pode ser demasiadamente prolongado a ponto das partes não verem suas pretensões assistidas, a primazia de formas não deve servir como justificativa para a não realização do direito.

A razoável duração encontra-se prevista no artigo 4º do novo diploma processual, declarando que as partes têm direito de obter a solução integral do mérito em prazo razoável, incluindo a atividade satisfativa. Em se falar em atividade satisfativa se vê a preocupação do legislador com a concretização do direito e não a mera declaração deste.<sup>57</sup>

Entretanto, é necessário observar que um processo célere com ausência do respeito ao devido processo legal e sem a fundamentação decisória analítica, atenciosa e participativa por parte do magistrado não significa realização do direito ou da justiça. Satisfazer, diz respeito também ao convencimento das partes, as partes devem se sentir amparadas por uma decisão congruente e equânime em devido equilíbrio com o ordenamento e com o caso concreto.

Fato é que a celeridade ou rapidez procedimental, não se pode dar sob qualquer pretexto e a todo custo, dado o exato compromisso do processo como instrumento democrático e disso decorre o respeito basilar ao exercício pleno do contraditório, ampla defesa, produção das provas com qualidade e licitude, dentre outras garantias, de modo a evitar que em nome de uma pressa disfarçada de celeridade, se encubra os riscos e maculas a serviço de uma tutela jurisdicional presta e satisfativa.<sup>58</sup>

Deve-se vislumbrar que uma decisão adequadamente fundamentada não deve ser usada como pretexto de atravancamento no cumprimento do princípio da celeridade, uma vez

---

<sup>57</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 25

<sup>58</sup> *Idem*; Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 99-100.

que um processo cuidadosamente e integralmente analisado pelo juiz é sinônimo de respeito para com as partes e de participação democrática do magistrado no processo valorizando o espaço temporal gasto, tornando o trabalho do sistema judicial mais eficaz e agregador dos objetivos constitucionais na promoção da dignidade humana.<sup>59</sup>

### 3.3- A função interpretativa do juiz na aplicação da norma jurídica

Antes de analisar a função interpretativa do juiz e as mudanças que o constitucionalismo moderno impôs nesta atividade, é imprescindível diferenciar o ato de fundamentar do de motivar uma decisão<sup>60</sup>. Embora, ambos emanem processualmente do agir do magistrado, eles não devem ser confundidos.

A motivação antecede a fundamentação, é a causa que leva o juiz a formar sua convicção sobre o caso concreto. Liga-se ao motivo que o conduziu a pensar de determinada maneira e tomar a decisão; os elementos íntimos (pessoais) e externos (sociais) que influenciam na sua interpretação até a certeza da relação de aplicabilidade no ato decisório.

No entanto, fundamentar é justificar de forma analítica, adequada e específica relacionando os fatos, chamando o órgão jurisdicional a dizer o que o levou e o não levou a pensar e aplicar a norma jurídica de determinada maneira. E, de forma clara e eficiente expor os motivos que formaram sua convicção, no dever de prestar o devido esclarecimento às partes que buscaram a tutela jurisdicional.

Ou seja, a motivação seria o apontamento pelo juiz dos elementos que ele – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram que ele tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro. A “essa” escapa a ideia exatamente de abertura dialógica – inerente a uma leitura contemporânea de contraditório – que é exigida na fundamentação, por meio da qual deverá o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> “A ideia é de que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória.” JÚNIOR Humberto Theodoro, NUNES Dierle, BAHIA Alexandre Melo Franco, PEDRON Flávio Quinaud / Novo CPC – Fundamentos e sistematização– Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 473.

<sup>60</sup> *CFRB. “Art. 93 [...]”*

*X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”*

<sup>61</sup> JÚNIOR Humberto Theodoro, NUNES Dierle, BAHIA Alexandre Melo Franco, PEDRON Flávio Quinaud / Novo CPC – Fundamentos e sistematização– Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.271.

Dessa maneira, pode-se perceber que a fundamentação vai além do que propõe a motivação. Enquanto no ato de motivar existe vínculo com a pessoa do juiz, na fundamentação ele (o magistrado) tem o compromisso de, em nome do Estado, apresentar e dizer que sua decisão é coesa com o ordenamento jurídico, uma vez que as partes não procuram a opinião pessoal do juiz; nem tão pouco seu entendimento moral sobre o caso,<sup>62</sup> mas sim, o que o ordenamento diz na busca da solução da demanda pretendida.<sup>63</sup>

### 3.3.1- Método tradicional: aplicação pura da regra na interpretação judicial

O método de interpretação tradicional é característico do positivismo jurídico, que fora grandemente influenciado pelas teorias formalistas.<sup>64</sup> A teoria formalista privilegia o império da lei, sendo o juiz seu mero aplicador, a aplicação desta se dá silogisticamente nos casos não cabendo ao magistrado a formulação de juízos de valor.

Neste sentido, o juiz desempenha função técnica na aplicação do direito, utilizando-se da metodologia subsuntiva, onde a regra serviria para casos distintos uniformemente sem levar em consideração as peculiaridades de cada demanda.

Um típico operador jurídico formado na tradição romano- germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito pelo qual se realiza o

---

<sup>62</sup> A aplicação da moralidade, e das ideologias pessoais do magistrado não são fins do ato decisório de uma demanda judicial. Entretanto, não se pode olvidar, que o juiz no ato de decidir também fundirá nesta ação carga de elementos individuais.

<sup>63</sup> “E, com isso, não se poderia desconhecer, portanto, que a redução da fundamentação das decisões à mera motivação pelo magistrado poderia tão somente reforçar mais uma vez, a velha tese do “livre convencimento” do juiz, que, sob o argumento de decidir conforme a sua própria consciência, colocaria em risco não apenas a validade, mas a eficiência e legitimidade da decisão.” JUNIOR Humberto Theodoro, NUNES Dierle, BAHIA Alexandre Melo Franco, PEDRON Flávio Quinaud / Novo CPC – Fundamentos e sistematização– Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273.

<sup>64</sup> “O formalismo jurídico tem como marca essencial uma concepção mecanicista do direito, pela qual a interpretação jurídica seria uma atividade acrítica de subsunção dos fatos à norma. Nele se cultivava uma visão romântica e onipotente da lei, compreendida como expressão da razão e da vontade geral rousseauiana. O formalismo pregava o apego à literalidade do texto legal e a intenção do legislador, e via com desconfiança o Judiciário, ao qual não reconhecia a possibilidade de qualquer atuação criativa. Pretensamente neutro e objetivos, os juízes eram apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Exemplos do formalismo foram a escola da Exegese, na França, e a jurisprudência dos conceitos, na Alemanha.” BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297-298.

enquadramento dos fatos na previsão da norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método *subsuntivo*.<sup>65</sup>

Acreditava-se que ao aplicar a lei expressa o magistrado estaria a privilegiar a segurança jurídica pelo fato de que a mesma regra seria inserida em diversos casos considerados semelhantes. Além disso, pregava-se a neutralidade do juiz uma vez que ele é chamado a apontar pura e simplesmente a norma sem externar posicionamentos sociais ou políticos, garantindo-se a neutralidade na aplicação pura da *lex*. A imparcialidade do magistrado não estaria sob-risco, tendo em vista o não comprometimento do mesmo com a situação jurídica a ser analisada.

Outro fator preponderante do tradicionalismo interpretativo seria a não interferência do judiciário em outros poderes exercendo a chamada autocontenção judicial. A autocontenção é o inverso do ativismo judicial, neste evita-se aplicação da constituição em situações por ela não expressas, além da utilização de critérios rígidos para a declaração da inconstitucionalidade de leis e atos normativos e por fim a abstenção de interferir na definição de políticas públicas.<sup>66</sup>

Todavia, a racionalidade modelada não era mais compatível com o Estado Democrático de direito. Com a transição do estado liberal para o social outra postura deveria ser assumida pelo judiciário, neste período diversas críticas foram direcionadas ao método de interpretação tradicional, apontando sua falsa concepção de segurança e neutralidade pregados pelo tradicionalismo.

Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma comprometida partidária, de parcialidade, portanto, e por isso de derrogação daquelas “virtudes” – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juizes, sobretudo aos dos tribunais superiores.<sup>67</sup>

Nos casos considerados difíceis abria-se a discricionariedade do juiz que não se respaldaria na regra, considerada ausente, mas sim em uma interpretação analógica utilizando-

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 320-321.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro; Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Juizes legisladores?. SA Fabris Editor, 1999, p. 92.

se dos princípios para justificar posições pessoais sem comprometimento com a segurança e equilíbrio para com o ordenamento jurídico.<sup>68</sup>

A interpretação tradicional, como é possível perceber não estaria apta a solucionar as questões que o novo paradigma constitucional impunha<sup>69</sup>, exigindo maior participação do poder judicante nas demandas envolvendo casos cada vez mais complexos fruto da sociedade moderna; da aquisição de força normativa constitucional; da normatividade dos princípios e pela busca de realização da dignidade da pessoa humana que surgiu com o pós- segunda guerra mundial.

### 3.3.2 - Nova postura do Judiciário no exercício da atividade hermenêutica

O silogismo judicial não se adequava ao pós-positivismo, a normatização dos princípios e a força normativa alcançada pela constituição, como acima dito, exigiam uma nova postura do Poder judiciário, uma vez que as regras expressas e codificadas não solucionariam casos de princípios colidentes, e a necessidade de interpretar conceitos jurídicos indeterminados, que espalharam-se na carta constitucional, expressa ou implicitamente como: dignidade da pessoa humana, função social, valores sociais, entre outros.

Estaria apto, o uso do método silogístico, de certa forma a resolver casos considerados fáceis, ou seja, aqueles que se enquadrariam à regra. Entretanto, nos casos mais complexos envolvendo colisão de princípios ou de direitos fundamentais, o modo interpretativo tradicional não bastaria, necessitando-se de trabalho exegético árduo.

Diante disso, foram se desenvolvendo métodos que exigiriam mais do magistrado no desempenho da atividade interpretativa como, por exemplo: a ponderação<sup>70</sup> guiada pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

---

<sup>68</sup> “Ao aplicar *standards* amplos, os juízes tem uma discricionariedade ampla. [...] O princípio geral deixa o juiz com uma ampla discricionariedade. A regra específica deixa o juiz sem nenhuma discricionariedade. Estabelece uma pena obrigatória. Sendo assim, o resultado é que há averiguações importantes sobre o Direito e seu funcionamento que vão além da competência do jurista analítico.” MACCORMICK, Neil, 1941 – H.L.A. Hart; tradução Cláudia Santana Martins. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 175.

<sup>69</sup> “A mais relevante causa para o enfraquecimento do Judiciário, contudo, diz com sua incapacidade de atender à politização da lide, cada vez mais frequentemente exigida pelas partes.

Limitado como poder estatal e vinculado à lei em nome da neutralidade, o Judiciário não tem dado curso ao uso político do direito.” PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 73.

<sup>70</sup> “[...] Se dois princípios colidem – o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas

Em outros termos, silogismo judicial, baseado na lógica dedutiva, pode ser útil para resolver os casos em que a justificação da decisão depende apenas de uma dedução de uma norma (geral e abstrata) aos fatos, ou seja, quando não há discordância sobre o padrão normativo aplicável ao caso concreto (easy cases). Já nos casos difíceis hard cases a racionalidade lógico-formal não é um critério de justificação suficiente, porque a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito preestabelecida.<sup>71</sup>

Com a inauguração do modelo neopositivista o interprete é chamado a participar de forma mais integrada na aplicação da norma, diferentemente do modelo positivista que separava o sujeito (pessoa do intérprete) da regra (objeto), acreditando-se que dessa forma se garantiria a neutralidade do magistrado.

O papel que o juiz passa a desempenhar, compatibilizando-se ao Estado Democrático de Direito, é analítico levando em conta diversos fatores internos e externos ao caso concreto formando seu convencimento promovendo e atendendo a melhor aplicação da norma, ou seja, a análise dos fatos dará o sentido que se busca do texto.

Texto e sentido do texto não se desvinculam, porém, o sentido do texto se difere do texto quando se leva em conta a temporalidade do mesmo. Desse raciocínio extrai-se que o sentido do texto aplicado pelo interprete atenderá aos elementos temporais que influenciarão no seu entendimento e na realização da norma.<sup>72</sup>

Além da influência temporal na aplicação da norma ao caso, também se deve vislumbrar que o juiz na formação de sua convicção até a tomada de decisão inserirá inevitavelmente carga pessoal e íntima composta por princípios morais, ideológicos e culturais em suas decisões.<sup>73</sup>

condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Exemplos de soluções de colisões entre princípios podem ser encontrados nos numerosos sopesamentos de interesses [...]. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto[...].”ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-95.

<sup>71</sup> CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 274.

<sup>72</sup> “[...] Entre texto e sentido do texto há portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença ( que é ontológica) entre texto e norma ( sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.” STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p.336.

<sup>73</sup> “[...] Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.” BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 333.

O interprete está inserido dentro da realidade e por ela em sua decisão se influenciará de algum modo, contudo, seu posicionamento pessoal não deve sobressair de tal forma a desfigurar a norma abrindo espaço à discricionariedade.

Conforme o entendimento de Lenio Streck, a norma aplicada pelo juiz não é produto de sua vontade, funcionando a inseparabilidade entre interpretação e aplicação como verdadeira proteção contra a discricionariedade.

A norma (sentido) a ser aplicada pelo juiz não é produto de sua vontade (ou de sua “discricionariedade”). Para a hermenêutica de vertente gadameriana, esse problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter antirrelativista. A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos.<sup>74</sup>

Em síntese, o aplicador da norma jurídica pós-positivista tem o dever de produzir a norma em conformidade com todo ordenamento, analisando as peculiaridades do caso concreto dentro das diretrizes norteadas pelo texto constitucional, trabalhando o direito como um todo em equilíbrio. Deve o interprete ter a convicção de que sua decisão e a fundamentação dela tem compromisso interno (*inter partes*) e externo na realização do direito onde o conjunto normativo refletirá dentro da sociedade.<sup>75</sup>

### 3.3.3 - A argumentação jurídica e seu valor na fundamentação das decisões

É por meio da argumentação que o juiz externalizará às partes que compõem a lide os caminhos traçados por ele de forma racional e coerente com o intuito de convencê-las de que a decisão tomada por ele em nome do Estado, para resolver o conflito, é harmoniosa dentro do ordenamento e compatível com a situação em concreto.

A argumentação serve ao dever constitucionalmente traçado de fundamentar decisões, é característico do constitucionalismo moderno. Pelo exercício argumentativo se

<sup>74</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 423.

<sup>75</sup> “Primeiramente, fala-se numa *função endoprocessual*, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. Fala-se ainda numa *função exoprocessual ou extraprocessual*, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.” DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Acesso em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> p.5

perfaz o controle racional das decisões judiciais.<sup>76</sup> Por meio da argumentação emitida pelo órgão jurisdicional há também a concretização do cumprimento dos princípios da publicidade e transparência, no dever de informar e tornar as partes integrantes cientes e participantes de toda marcha processual.

Luis Roberto Barroso aponta três parâmetros pertinentes e recomendáveis na orientação da argumentação, são eles: apresentação de fundamentos normativos, a preservação do sistema e por fim, a conexão entre intérprete e realidade.<sup>77</sup> Nestes termos, a argumentação deve estar em equilíbrio com a norma pré-estabelecida, a manutenção do sistema jurídico refere-se a conservação da unicidade e coerência de todo ordenamento. E por fim o equilíbrio entre a prescrição normativa, a filosofia moral e seus efeitos na realidade.

A análise da realidade factual não deve dar margem à discricionariedade, o estudo dos fatos deve manter coerência com o sistema jurídico impedindo deste modo que se dê espaço ao órgão jurisdicional em decidir de forma ampla e não racional, abrindo brechas ao decisionismo.

O caso concreto se singulariza em cada situação fática, porém, na construção argumentativa o juiz deve analisar se há existência de precedentes naquele sentindo. Uma decisão desvinculada do conjunto normativo pode representar verdadeira desordem, além de ferir o princípio da isonomia.

Lenio Streck, alerta ao risco do magistrado respaldar-se somente no caso concreto, dando espaço a verdadeiras discricionariedades.

[...] ao se fazer alusão ao caso “concreto”, isso não pode significar uma solução *ad hoc* – relembremos, aqui, por todos, o caso, relatado *retro*, da rejeição da denúncia com base em uma pauta geral que escondeu a singularidade -, como se fosse possível aplicar ao campo da interpretação/aplicação do direito uma espécie de neonominalismo, circunstância, aliás, bem presente no direito brasileiro, em que o “caso concreto” assume a característica de “álibi para a prática de decisionismos e

<sup>76</sup> “Interpretação é *argumentação*. Por isto, podem ser estabelecidos três círculos hermenêuticos a serem considerados na interpretação jurídica: a) a relação entre a *pré-compreensão e o texto*: as peculiaridades cosmovitais e a experiência profissional do intérprete influenciam na interpretação; isto permite que, mediante a argumentação jurídica, o intérprete dê uma contribuição produtiva e crítica à aplicação jurídica, tendo como parâmetro o texto da norma e as regras de metodologia jurídica; b) a *relação entre a parte e o todo*: o intérprete, fundado na argumentação sistemática, deve procurar solução hermenêutica em conformidade com a unidade e a coerência do sistema jurídico; c) a *relação entre a norma e os fatos*, pois a norma é geral e abstrata, enquanto os fatos são concretos e individuais.” CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário/ Eduardo Cambi – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 124-125.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

arbitrariedades” por parte de juízes e tribunais, isto é, pensa-se que cada um possui o seu próprio “território” de sentidos. Em outras palavras, o caso concreto passou a ser sinônimo de pragmatismo e desconstrutivismo. Esse misto de desconstrutivismo e pragmatismo invadiu o direito e acaba sustentando uma “ideologia do caso concreto”, em que na linha do que prega Derrida, a melhor desconstrução será um pensamento além da presença, do *logos*, da metafísica, da identidade e do que pode ser controlado racionalmente.<sup>78</sup>

Assim como no positivismo há problemas interpretativos na questão da subsunção onde numa norma deve-se encontrar solução para os mais diversos casos, Lenio Streck revela que da mesma forma é problemática a questão do caso concreto uma vez que os fatos esperam “contrafação em um discurso prévio, fundamentador.”<sup>79</sup>

Deve-se considerar que a externalização argumentativa em decisões e acórdãos, baseados na análise crua do caso concreto, sem levar em conta as regras, (sejam elas constitucionais, materiais ou processuais), onde o magistrado pauta-se na sua concepção ideológica de mundo, utilizando-se de princípios constitucionais vagos para legitimação de sua vontade e não da vontade do Estado é verdadeira arbitrariedade, além de perfazer ativismo extremista, onde o juiz invade a competência do legislador simulando uma interpretação principiológica quando na realidade está criando “uma lei”.<sup>80</sup>

O órgão Estatal deve estar atento às questões sociais, contudo, deve resguardar-se em seus limites para que não se perfaça verdadeiro abuso, ferindo a separação de poderes, a independência e harmonia entre cada um deles.

### 3.3.4 - O perigo da influência da opinião pública nas decisões do Poder judiciário

O princípio da publicidade, como já exposto, tem processualmente (sem se levar em consideração as situações de exceção) como característica essencial o papel de informar às partes que litigam sobre as questões que lhe digam respeito, promovendo e estabelecendo dessa forma a comunicação dentro do procedimento processual. A amplitude desse princípio faz com que o processo não se feche dentro dele mesmo ao possibilitar que a sociedade tome

<sup>78</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366-367.

<sup>79</sup> *Ibidem* p. 366

<sup>80</sup> “[...] Quanto maior o nível de discricionariedade, mais o juiz se assemelha a um legislador, estabelecendo suas próprias sentenças sobre pontos discutíveis, mesmo que, ao fazê-lo, ele esta ainda interpretando e aplicando *standards* jurídicos relativamente vagos. O legislativo, em comparação, *pode* (embora raramente o faça) realizar inovações totais radicalmente opostas aos *standards* jurídicos anteriores.” MACCORMICK, Neil, 1941 – H.L.A. Hart/ Neil MacCormick; tradução Cláudia Santana Martins. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 177.

conhecimento das atividades e entendimentos formados pelo poder judicante em determinados casos concretos.

A publicidade processual no que tange a divulgação dos atos judiciais de forma mais abrangente na sociedade, permite a participação democrática desta na fiscalização do Poder Judiciário, abrindo espaços de discussão.

Entretanto, há que se levar em consideração que a publicização destes atos é feita na maioria dos casos pela mídia que é grande formadora da opinião pública. A informação prestada por ela, na maior e grande parte das situações se dá de modo raso e alarmista sem levar em consideração os preceitos legais preexistentes criando na população um clamor e “senso de justiça” que não se respalda no direito sendo completamente desarrazoada.<sup>81</sup>

É certo, contudo, que a sociedade é responsável por legitimar as decisões do judiciário o que é de valor inestimável devendo ser amplamente considerado, contanto que não crie óbices aos preceitos traçados pela democracia constitucional.

Todavia, existe nesse domínio uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, os juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contra-majoritário. O populismo judiciário é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instancias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> “Na verdade, a justiça arrisca-se a não ser ‘justa’, se é administrada com o imediatismo temporal dos *media* e com o seu concomitante apelo à espetacularização ou com a sua pressão por satisfazer o máximo de audiências com o mínimo de custos. Mas o *media* arriscam-se a trair a sua vocação mais nobre e a sua indeclinável responsabilidade social se confundirem investigação jornalística com investigação policial, se tentarem substituir o julgamento num tribunal pelo julgamento na praça pública, ou se submeterem as exigências do processo informativo apenas às formalidades processuais e administrativas do burocrático funcionamento judicial. Uma comunicação social com veleidades justiceiras seria, na realidade, tão inadequada e perigosa como policias e tribunais preocupados, antes de tudo o resto, com a imagem e impactos mediáticos. Em contrapartida, um trabalho de colaboração baseado no entendimento e no respeito mútuos não significa, só por si, cumplicidades inaceitáveis ou demissão das respectivas responsabilidades.” FIDALGO, Joaquim; OLIVEIRA, Madalena. Da justiça dos tribunais à barra da opinião pública: As relações entre a Justiça e a Comunicação Social. 2005. Acesso em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/7438>>

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 440-441.

O juiz nestes casos onde o clamor social é amplo não deve inclinar-se ou expor sua decisão a influência da opinião pública, obviamente quando ela é prejudicial ao contexto constitucional que se vivencia. Ele deve analisar os fatos e os preceitos legais, isolando de forma plausível sua ideologia para encontrar equilíbrio e agir de forma plena em nome do Estado, argumentando e fundamentando sua decisão de forma racional dentro dos parâmetros do ordenamento evitando que se abra espaço ao senso comum característico da opinião pública.

### **3.4 - A fundamentação das decisões judiciais: sua realização no Diploma Processual Civil de 2015**

Com o passar do tempo o ser humano se vê submetido à necessidade de aperfeiçoamento e adequação frente aos novos paradigmas e as novas necessidades que surgem. Assim como a sociedade é alvo dessa transformação o direito como ciência social também está sujeito a sofrer alterações para melhor atender sua finalidade social.<sup>83</sup>

Dentro desse contexto, o ramo processual civil também foi chamado a partir da Constituição de 1988 a atender os fins programaticamente estabelecidos por ela, os quais igualdade, inclusão e desenvolvimento, celebrando desta forma, vínculo mais estreito entre o ramo processual e a sociedade. O processo civil como instrumento de realização do direito também participa do desejo constitucional de promoção social, como em capítulo antecedente tratado, o processo necessitou passar por diversas modificações e adequações, entretanto, os problemas continuaram a se desenvolver.

Diante disso, o Código de Processo Civil de 1973 não atendia mais de forma satisfatória. Diversos problemas se tornaram latentes e por esse motivo ante a gravidade provinda do aumento de demandas, dentre outros, em 2009 por meio do ato nº 379/2009, uma comissão de juristas foi convocada a apresentar o anteprojeto do Código de Processo Civil que após muitas discussões e reformulações em 2016 foi sancionado pela então Presidente da República Dilma Rousseff,<sup>84</sup> sendo o novel diploma alvo de críticas inclusive por parte da magistratura.

---

<sup>83</sup> “O direito não mais apenas regula; nem tampouco apenas promove; agora, transforma as relações sociais.” STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

<sup>84</sup> “É cediço que, dentre os inúmeros problemas que pairam sobre o Poder Judiciário brasileiro (...) a insustentável avalanche de demandas, que no ano de 2013 chegou à marca recorde de 95,14 milhões de ações judiciais, é ponto nevrálgico que precisa já de muito ser combatido.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. Ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 59.

Para Gaio Júnior o novo diploma processual civil busca principalmente a racionalidade e a previsibilidade.<sup>85</sup> Neste contexto de concretização destes dois elementos pelo Novo Código, o legislador pátrio preocupou-se em torna-los presentes, nos agora elementos essenciais da sentença, principalmente no que tange aos fundamentos, onde o juiz tem a incumbência de analisar questões de fato e de direito que substanciam o processo.

A fundamentação é direito fundamental do cidadão, onde o órgão do Estado respeitando a ordem democrática deve fundamentar de forma coesa, coerente e racional para que se cumpra o objetivo de externar a questão fática e de direito de forma equilibrada servindo a fundamentação dentro e fora do processo.<sup>86</sup>

Frente a isso, o legislador por meio do art. 489 §1º, se posiciona negativamente, ou seja, de forma descritiva pontua o que não pode considerar-se como decisão fundamentada, guiando o órgão jurisdicional a desempenhar sua função de enfrentamento e justificação minuciosa da decisão, seja ela, interlocutória, sentença ou acórdão.

Digno de elogios é a preocupação do legislador no tocante ao que se entende por decisão judicial fundamentada e adequada, consubstanciando em forma analítica ao prever o dever do órgão julgador dentre outros, de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo mesmo, o que smj., sempre fora obrigação deontológica dos litígios e, por isso nos destinos da sociedade.<sup>87</sup>

A fundamentação decisória do juiz deve ser de tal forma consistente a ponto de convencer as partes de que esta foi tomada dentro dos parâmetros constitucionais e jurídicos adequados revertendo a sensação que comumente se vê de descaso, pois ao basear uma decisão o magistrado, por exemplo, muitas vezes se vale de fórmulas que se repetem em casos totalmente distintos.

Neste contexto, o legislador procurou demonstrar por meio do artigo 489 em seu primeiro parágrafo e seus incisos os principais vícios cometidos que desnaturam a real natureza das fundamentações fazendo com que estas não se realizem adequadamente, sem a prestação integral deste direito fundamental aos jurisdicionados.

---

<sup>85</sup> “De sua essência espera-se que o Novo CPC venha dar renovado sentido e fôlego à cultura do consenso, assim como racionalidade e previsibilidade aos processos judiciais.” *Ibidem*.

<sup>86</sup> “Portanto, a fundamentação/ justificação do compreendido - a partir de uma intersubjetividade que traduza a tradição legítima do legado do Estado Democrático de direito - passa a ser um direito fundamental do cidadão” STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 446.

<sup>87</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p.446.

### 3.4.1 - As principais questões enfrentadas pelo CPC nas decisões consideradas não fundamentadas

Nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC estão elencadas as questões problemáticas das decisões que levam a constatar sua não fundamentação, a fundamentação viciada e não adequada leva às consequências constitucionais do artigo 93, IX, de serem consideradas nulas.

Inteligentemente, o legislador não demonstrou como se devem realizar as fundamentações, mas na realidade expôs os casos em que não se considerarão fundamentadas as decisões sentenças e acórdãos. Com esta medida, procura-se firmar a proximidade do juiz ao caso levado ao judiciário de forma a alcançar maior qualidade do serviço judiciário prestado aos cidadãos.

*a) Indicação, Reprodução e paráfrase de atos normativos sem a devida explicação de seu vínculo com o caso concreto;*

Ao fundamentar uma decisão, de acordo com os dizeres do artigo 489, §1º inciso I, não poderá o juiz meramente citar, reproduzir ou passar a ideia do texto normativo sem explicar os motivos e razões jurídicas que vinculam a norma às questões fáticas e jurídicas do caso. “Fundamental é por tudo, que o magistrado explique especificamente o motivo da escolha da norma empregada.”<sup>88</sup>

O simples apontamento do dispositivo legal sem aproximar e demonstrar sua congruência com o caso pode ser considerado como verdadeiro desleixo com o jurisdicionado que espera do Estado a melhor solução à questão controvertida.

Insta também dizer, que o magistrado ao se esquivar do dever de justificar a conexão do caso com lei pela mera citação, na verdade estará agindo de forma a dar manutenção ao positivismo uma vez que a mera repetição do dispositivo demonstra que a norma basta em si mesma.<sup>89</sup>

*b) A utilização de conceitos jurídicos indeterminados no ato de fundamentar;*

Os conceitos jurídicos indeterminados, bem como, os princípios são espécies das cláusulas abertas, como pode-se extrair de seu nome são dotadas de ampla margem interpretativa, possuindo elevada carga axiológica. Com o nascimento do pós-positivismo

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>89</sup> “Há a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões ( perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar - fenômeno que ocorre no plano da aplicação - detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “defiro, com base na lei x ou na súmula y”(…).” STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 413.

estas passaram a povoar os textos de diversas constituições democráticas permeando todo seu conteúdo.

[...] são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade.<sup>90</sup>

O inciso II ao tratar da utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, em sentenças, explicita que não serão consideradas fundamentadas se o magistrado não explicar o motivo concreto de sua incidência no caso alvo de decisão.

Por serem caracteristicamente indeterminados, o juiz deve explicar sua incidência no caso em particular, caso não satisfaça esta condição abrir-se-á espaço na decisão para incontáveis interpretações, o que é verdadeiramente um abismo de indefinição.<sup>91</sup> Portanto, a definição da aplicação principiológica se dará por sua ligação com o caso concreto, justificada racionalmente pelo magistrado na decisão.

Outra questão a ser combatida dentro do ordenamento jurídico pátrio é o que Lenio Streck denomina “panprincipiologismo”<sup>92</sup> o que acarreta uma verdadeira enxurrada de princípios criados com a finalidade de atender casos específicos.

Importante também pontuar que as diversas formas de aplicação dos princípios de forma desenfreada podem causar um verdadeiro esvaziamento destes preceitos causando instabilidade jurídica, neste sentido, imprescindível a aplicação racional deles pelo órgão jurisdicional.

A racionalidade na aplicação dos princípios constitucionais pressupõe que as justificações sirvam de parâmetro para a solução de casos semelhantes ou equiparados, exigência que decorre da justiça formal. O juiz, na formação do

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

<sup>91</sup> “Então se antes a preocupação do operador jurídico estava voltada à falta de normatividade desses preceitos, pois confinados à subsidiariedade e tidos como meras exortações, agora os problemas que desafiam o intérprete/aplicador dizem respeito às diferentes leituras por eles admitidas (ATIENZA, 2009, P.113), resultando ainda mais visível a feição constitutiva da decisão judicial ( OLIVEIRA, 2012, p. 316).” ROCHA, Mauro Sérgio; Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais - O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil/ Coordenador J.S. Fagundes Cunha. Editor Luiz Fernando Queiroz. – Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 287.

<sup>92</sup> “Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.” STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p.50.

seu convencimento, tem o dever de fazê-lo com os olhos voltados para o futuro, no sentido de que a decisão de hoje se pautar por fundamentos que ele esteja disposto a adotar noutros casos.<sup>93</sup>

*c) Motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*

A invocação de motivos que venham a justificar qualquer decisão é elencada pelo inciso III, este se refere às decisões padrão, uniforme; onde o aplicador se vale de fórmulas e frases prontas para fundamentar sua decisão, seja ela qual for. Nesta situação também se considera que não houve fundamentação uma vez que não existiu justificção racional e adequada que satisfatoriamente demonstre que o magistrado se debruçou na análise da questão fática ou de direito da situação real.

*d) O não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo;*

O inciso IV do §1º do artigo 489 do CPC, vem privilegiar a aplicação do princípio constitucional do contraditório na realização da fundamentação das decisões. Todos os argumentos trazidos pelas partes expostos no processo, em contrapartida, aguardam o posicionamento e análise do judiciário estabelecendo assim diálogo entre o Estado e às partes.

O inciso IV mostra a necessidade de o magistrado enfrentar todos os argumentos arguidos pelas partes no processo capazes de infirmar a sua conclusão frente a demanda enfrentada. Decorre daí, inegavelmente, o prestígio quanto à realização do contraditório como direito de influência( arts. 5º, LV, da CF/88; 9º E 10 do CPC). Tem as partes da controvérsia o direito de conhecer da razão adotada pelo órgão julgador quando de qualquer decisão judicial e para isso, inegável o enfrentamento dos argumentos deduzidos por ela. É o mínimo que se espera de uma prestação jurisdicional qualitativa, enquanto serviço público prestado.<sup>94</sup>

Neste sentido, quando o juiz em nome do Estado deixa de se pronunciar sobre argumento apresentado, ele pratica verdadeiro ato omissivo furtando-se do seu múnus de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo.

*e) Invocação de precedente ou enunciado de súmula sem identificação dos fundamentos determinantes e ajustamento ao caso;*

<sup>93</sup> ROCHA, Mauro Sérgio; Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais - O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil/ Coordenador J.S. Fagundes Cunha. Editor Luiz Fernando Queiroz. – Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 304

<sup>94</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 448.

Os precedentes originários do sistema *commow law*, tem por escopo firmar a igualdade de tratamento, uma vez que, sua utilização assegura que casos semelhantes serão julgados de forma similar.<sup>95</sup> A utilização de precedentes e súmulas pelo juiz na fundamentação das sentenças exige bem mais que a mera citação e invocação destes, conforme explica o inciso V, parágrafo primeiro do art. 489 do CPC.

Para que o juiz lance mão de precedente ou súmula deverá analisa-los de forma aprofundada, buscando de forma racional verificar se o precedente em que pretende se firmar é consonante com o caso concreto. A relação entre o precedente e a situação concreta será encontrada no estudo do caso paradigma que deu origem à súmula ou precedente buscando a similaridade entre a formação da atual motivação e da fundamentação realizada anteriormente.

Assim, o órgão jurisdicional deverá analisar integralmente o precedente. Tanto o *obter dictum* relativo à “ questões secundárias discutidas para se formar a *ratio* ”<sup>96</sup> bem como a *rátio decidendi* que “ trata-se daquilo que deve ser considerado como a força matriz para a efetiva decisão, as razões de decidir, ou seja, as razões de direito que podem ser consideradas para fins de fundamentação da decisum.”<sup>97</sup>

Neste sentido, na formação da justificação racional da sentença o magistrado deverá encontrar no caso concreto os mesmos fundamentos que construíram o entendimento do precedente ou da súmula, não os utilizando como dispositivos legais (despidos de qualquer fundamentação jurídica preexistente), ou mesmo, citando seu verbete de forma vazia. Deve ele buscar a afinidade da fundamentação jurídica entre os casos fortalecendo sua argumentação nos parâmetros do ordenamento jurídico.

Importante aqui destacar aqui as palavras de Lenio Streck:

O modelo de decisão judicial continua o mesmo há mais de um século: a fundamentação restringe-se à citação da lei, da súmula ou do verbete, problemática que se agrava com a institucionalização da súmula vinculante. Daí a (correta) exigência de Dworkin, de uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais sociais, além de relevante circunstancia

---

<sup>95</sup> “A denominação de Precedente, ainda que não se traduza, efetivamente, no pressuposto conceitual e interpretativo do que se pode compreender como tal, se pauta na relevância de se zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais dentro de um Estado Constitucional, pois que nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve um direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão em desacordo com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judiciante em querelas verdadeiramente idênticas.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 602.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 605.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.<sup>98</sup>

*f) Deixar o juiz de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, a não ser, que demonstre que há distinção entre estes e o caso ou a superação de entendimento destes.*

O ultimo inciso do §1º do artigo 489 do CPC, especifica que, caso a parte invoque no processo enunciado de súmula, jurisprudência, ou precedente, o juiz deverá apresentar a superação ou a distinção destes com o caso concreto.

Aqui, o Novo Código de Processo Civil, trata de duas principais técnicas de confronto e superação dos precedentes, trata-se do *distinguishing* e do *overruling*. Sem evidenciar a ocorrência destes um precedente invocado não poderá deixar de ser aplicado. Fica, assim, o magistrado, impedido de simplesmente silenciar ou expor outras razões que não estas.

Trata-se a *distinguishing*<sup>99</sup> de método de confronto, com o uso dela, o juiz se encarregará de apresentar que entre o caso concreto e o precedente não há vínculo, expondo as devidas razões e justificativas de modo a deixar definidas e claras as distinções entre um e outro. Como bem expõe Gaió Júnior: “Não basta ao juiz apontar fatos diferentes sob o argumento de realizar a *distinguishing*; cabe-lhe, sim, argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente.”<sup>100</sup>

Outra técnica utilizada para justificar a não aplicabilidade dos precedentes invocados pelas partes aos casos sob julgamento é a *overruling*<sup>101</sup> nela identifica-se a não aplicabilidade do enunciado pelo fato dele não mais corresponder ao ordenamento jurídico tornando-se despido de normatividade.

<sup>98</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

<sup>99</sup> “Essa técnica denominada *distinguishing* (método de confronto), sendo por meio desta que se faz a distinção entre os casos para efeito de se subordinar; ou não, o caso sob julgamento a um precedente. Para isso, é necessário que se faça a identificação da *ratio decidendi* do precedente, bem como sua delimitação. Raciocina-se do particular para o geral.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 606.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 448

<sup>101</sup> “(...) trata-se da revogação de um precedente. No entanto, para que se possa realizar o *overruling*, deve-se fazer a adequada confrontação entre os requisitos básicos, ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, além dos critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente, a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.” *Ibidem*, p. 607.

Em relação à modificação de enunciados, a redação do §4º do artigo 927 do CPC, estabelece que a mudança de entendimento em enunciados de súmula, jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos também necessitarão ser fundamentadas racionalmente. Segundo dita o Novo CPC, fundamentar as mudanças ocorridas em precedentes resguarda princípios como o da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia.

No que se refere ainda à modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, deverá dita mudança vir acompanhada, notadamente de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios já anteriormente referidos, ou seja, segurança jurídica, proteção de confiança e isonomia (§4º do art. 927).<sup>102</sup>

### 3.4.2 - Justificação na colisão de normas e o respeito ao princípio da boa-fé

Os dois últimos parágrafos do artigo 489 trazem à lume a racionalização da fundamentação nos casos de colisão de normas e da necessidade, na conjugação dos elementos da sentença, de observância ao princípio da boa-fé.

Nos casos em que se verificar colisão de normas o juiz deverá justificar os critérios utilizados na ponderação.

*“§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.”*

Neste diapasão, deverá o magistrado estar ciente de seu papel dentro ordenamento, devendo agir em consonância com o sistema normativo. Fundamentar vem mais uma vez ser meio escolhido pelo legislador de promover segurança jurídica e previsibilidade no Processo Civil. Busca o código neste parágrafo resolver a diversidade posta na questão da ponderação impondo ao juiz explicitar e justificar seu posicionamento dentro do caso concreto, o que tem como provável consequência a transparência.

O § 2.º do art. 489 inova ao normatizar o procedimento de balanceamento de princípios em colisão. Tenta-se aí resolver problema que já vem se arrastando há anos no Brasil quanto ao uso incorreto das regras da proporcionalidade [...], é dizer, muitos são os julgados que, diante de um

---

<sup>102</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.644.

“conflito entre princípios”, pretendem fazer uma ponderação deles, mas sem a devida técnica, isso quando expõem na decisão o procedimento usado na ponderação. A partir do momento em que se torna obrigatória a exposição de como foi resolvido o conflito entre princípios, é possível ao jurisdicionado fazer o controle da decisão através de recursos.<sup>103</sup>

O parágrafo terceiro preceitua que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos seus elementos, e estes deverão estar em conformidade com o princípio da boa-fé. São elementos essenciais da sentença de acordo com o artigo 489 o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Todos estes elementos devem juntos se comprometer à promoção da boa-fé. O artigo 5º do CPC diz que os participantes do processo devem comporta-se de acordo com a boa-fé.<sup>104</sup>

Como aqui foi pontuado, fica explícito, que para fundamentar e fundamentar com qualidade, o magistrado tem o dever de estar em constante e intenso estudo normativo para atender os preceitos expressos no Novo CPC. Evidente, que ao se tratar da responsabilidade de julgar direitos relacionados aos bens de vida dos jurisdicionados fundamentar de forma rasa deveria ser exceção em vez de regra na atividade judicante, frente a responsabilidade política do órgão jurisdicional.

(...) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, isto porque, se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente, parece evidente que a sociedade não pode ser “indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional” (Cattoni de Oliveira). Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu. Ou seja, em princípio (e aqui podemos “jogar” com o sentido do termo), o juiz responde por qualquer decisão que venha a dar, em face de sua responsabilidade política.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> JÚNIOR Humberto Theodoro, NUNES Dierle, BAHIA Alexandre Melo Franco, PEDRON Flávio Quinaud / Novo CPC – Fundamentos e sistematização– Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 282.

<sup>104</sup> “Vale destacar que o princípio da boa-fé, em razão de constituir uma cláusula geral, não se apresenta pronto e acabado (tipo “self-executing”) estando apto a ser aplicado pelo julgador. Pelo contrário, carece ainda de uma concreção ou concretização hermenêutica a ser efetuada pelo juiz, levando em consideração todas as especificidades do caso concreto decidindo, em especial, as exigências fundamentais da ética jurídica.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 26.

<sup>105</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 587.

O Novo CPC ao codificar um Processo Civil aos moldes constitucionais procura destacar a importância da fundamentação das decisões e seu valor imprescindível dentro da concretização de todo sistema normativo.

## **CAPÍTULO 4: O controle pelo ordenamento Processual Civil da atividade judicante quanto à fundamentação das decisões**

### **4.1 - Introdução**

Como tratado no capítulo anterior, a realização da fundamentação das decisões serve ao principal fim buscado pelo ordenamento Processual Civil de tornar a atividade judicante irradiadora de certeza e racionalidade. Entretanto, nem sempre a fundamentação decisória obedece aos parâmetros propostos processualmente, quando do descumprimento eficiente do órgão jurisdicional.

Neste diapasão, primeiramente o direito vai de encontro à situação fática regulando a relação social apresentada. No que se refere à fundamentação das decisões, caso, o juiz ao realizar seu múnus em nome do Estado não o exerça como o ordenamento espera - respeitando primeiramente o preceito constitucional irradiador - a lei processual procederá de forma a realizar o controle e revisão, caso, observado e identificado desnível com o propósito finalístico de conferir segurança e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Importante se faz pontuar que este controle se dá no chamado sistema interno, como prevê definição de Mario Losano:

O sistema interno é o sistema ínsito na matéria específica, objeto de determinada ciência. Sua estrutura varia, portanto, ao variar da matéria.[...] No caso do sistema interno, a totalidade são as normas jurídicas de determinado ordenamento; o nexos que as une é um nexos especificamente jurídico; os elementos dos quais é formado o sistema interno são proposições prescritivas.<sup>106</sup>

É possível extrair destes dizeres, que para a conservação do sistema interno, que se unifica por meio do nexos jurídico, deve existir relação de equilíbrio das normas que o compõem, de modo a manter a existência dessa estrutura que é ponto de partida da atividade do jurista.<sup>107</sup> Por isso a necessidade de controle pelo próprio sistema.

A partir do término do século XX decidir e controlar decisões tornou-se atividade um tanto complexa, diferentemente do que ocorria nos moldes positivistas, onde o ordenamento considerava-se em equilíbrio pela aplicação pura da letra da lei. A normatização de princípios

---

<sup>106</sup> LOSANO, Mario G., Sistema e estrutura no direito, volume I: das origens à escola histórica; trad. Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 216-219.

<sup>107</sup> *Ibidem*, vide p. 220

e cláusulas abertas passou a exigir maior trabalho hermenêutico e intelectual dos magistrados na tarefa de realizar o direito e promover a paz social.

Outro importante fato a ser mencionado, é que com o advento do Novo CPC os precedentes, fenômeno que se volta à verticalização das decisões judiciais e à prestação jurisdicional pautada na isonomia,<sup>108</sup> passam a ocupar maior participação no manejo processual civil e, portanto, é indiscutível a necessidade de conhecimento do magistrado destes, bem como do cabimento na aplicação dos mesmos no caso concreto, neste sentido, a saída e entrada de um precedente no ordenamento jurídico necessitam da devida fundamentação.

No que tange ao controle das fundamentações, os precedentes devem ser analisados em grau de compatibilização com o caso concreto, com a realidade social e jurídica. Seu dispositivo não deve ser aplicado vertiginosamente, sem análise contida dos casos que tornaram uníssono determinado entendimento jurisprudencial, exige-se dessa forma, mais do juiz que o mero conhecimento da existência de verbetes sumulares para sua aplicação.

O controle do exercício da fundamentação, necessariamente, para efetivar a aplicação racional do direito passa por alguns filtros. Primeiramente carece apontar a própria fundamentação do magistrado feita racionalmente, que cumprindo os requisitos constitucionais e processuais, será capaz de obter uma decisão de acordo com os parâmetros da ordem jurídica. Neste sentido, Lenio Streck se posiciona criticamente à necessidade dos embargos de declaração (recurso que será à frente analisado). Para ele a decisão deve ser considerada fundamentada ou simplesmente nula.

[...] registre-se o componente simbólico (lembramos Lacan e Castoriadis) desse problema: somos provavelmente o único país do mundo que mantém um “recurso” ( embargos declaratórios) para compelir um juiz ou tribunal a fundamentar ( explicitamente) aquilo que decidiu, muito embora a própria Constituição determine que todas as decisões sejam- obrigatoriamente- fundamentadas. Ora, parece óbvio que uma decisão carente de adequada (e necessária) fundamentação não enseja embargos de declaração. É, sim, nula, írrita, nenhuma;<sup>109</sup>

Serão tratados de forma mais contida como meios de controle das fundamentações, os Embargos de Declaração, a Ação Rescisória e por fim a Reclamação. O primeiro

---

<sup>108</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p.595.

<sup>109</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012, p.412.

considerado geral e os demais extraordinários, voltados principalmente ao controle da aplicação dos precedentes.

#### **4.2 - A necessidade de observância dos precedentes no CPC de 2015 como mecanismo de verticalização das decisões.**

Ao analisar o controle realizado na fundamentação das decisões é imprescindível atentar à questão dos precedentes, uma vez, que sua vinculação se torna mais intensificada no Processo Civil frente à necessidade de solucionar a crise das divergências jurisprudenciais, que criam clima de desestabilização e incerteza normativa. O artigo 926 do *novel* diploma processual deixa evidente aos tribunais seu dever de uniformização jurisprudencial para que mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

O artigo 927 e seus incisos pautam que juízes e tribunais observarão o rol de precedentes por ele apontados. *In literis*:

*Art.927. Os juízes e os tribunais observarão:*

*I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

*II – os enunciados de súmula vinculante;*

*III – os acórdãos em incidente de assunção de competência<sup>110</sup> ou de resolução de demandas repetitivas;<sup>111</sup>*

*IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*

*V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Como se pode entender, as sentenças devem antes de serem aplicadas observar obrigatoriamente aos precedentes com o intuito de uniformização dos julgados de modo que as decisões não se tornem uma “questão de sorte” ferindo acima de tudo o princípio constitucional da isonomia.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Conforme dicção do artigo 947 do CPC será cabível a assunção de competência “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social sem repetição em múltiplos processos.”

<sup>111</sup> O cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas se dá quando simultaneamente houver: repetição de processos contendo controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. *Vide* art. 976 do CPC.

<sup>112</sup> “É nesse contexto do tratamento judicial isonômico aos casos assemelhados que se coloca a questão da jurisprudência uniformizada (predominante/ sumulada) e de sua aptidão para servir como *parâmetro in abstracto*, para os casos pendentes e futuros nela subsumidos, objetivo para o qual se apresentam várias

O atual diploma processual inclui os entendimentos sedimentados pelos tribunais como verdadeiro filtro processual, o parágrafo primeiro do artigo supramencionado colaciona que para aplicação de precedentes devem os tribunais e juízes observar tanto o artigo 10 quanto o 489 do CPC, quando suas decisões forem fundamentadas com base em precedentes.

Nota-se que a vinculação aos precedentes arrolados no art. 927 se junta, verdadeiramente, ao rol dos filtros processuais recursais, de modo que a força do comando “devem” traduz no estabelecimento vertical da uniformidade racional realizadora do *decisum*, o que sem exercício empírico para com a certeza do funcionamento do sistema, ainda que pese as virtudes da estabilização dos julgados e previsibilidade das razões e decisões, catalisadores neste âmbito, dos princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia, além do princípio da duração razoável do processo, há de se prever ainda uma série de aperfeiçoamentos pragmáticos no âmbito dos tribunais a fim de favorecer o cumprimento exato e reiterado do comportamento dos órgãos judiciais envolvidos, desde aquele responsável pela edição do precedente, passando pelos tribunais hierarquicamente inferiores, até chegar aos juízes monocráticos de 1º grau. Trabalho árduo e que se não operar de forma intermitente, não poucas vezes encontrará óbices ao seu cumprimento dada a própria cultura forense pátria, onde é de conhecimento farto que os juízes pouco conhecem e/ou não se interessam pelos posicionamentos judicantes dos tribunais que, hierarquicamente, acima se estabelecem.<sup>113</sup>

Ao formar o rol de precedentes do artigo 927 do NCPC o legislador conferiu força de observação obrigatória a estes. Antes de seu advento, somente súmulas vinculantes conforme artigo 103A da CFRB continham caráter vinculativo e os demais precedentes se mantinham como persuasivos.<sup>114</sup> Entretanto, os juízes e tribunais conforme preceito do artigo 489 §1º inciso IV do NCPC, não podem se furtrar ao enfrentamento de precedente apresentado pela

---

propostas e alternativas, com destaque atual para o fenômeno do caráter vinculante das súmulas. Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciais absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas *demandas múltiplas*, ajuizadas em razão de certos interesses de massa, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.” MANCUSO, R. de C. Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 133

<sup>113</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016 p. 644

<sup>114</sup> Na classificação apresentada por Gaio Junior os precedentes podem ser Persuasivos e (absoluta ou relativamente) obrigatórios. Nos persuasivos o juiz não se vê obrigado a segui-los, o precedente relativamente obrigatório pode ser afastado caso haja fundadas razões para tal. E por fim, os absolutamente obrigatórios, que devem ser seguidos mesmo que pelo magistrado seja considerado incorreto ou irracional. Cf. “Instituições de direito Processual Civil” 3º ed. p. 603.

parte sem demonstrar distinção com o caso ou a superação de entendimento argumentando racionalmente a inaplicabilidade do mesmo.

A observância dos precedentes e sua aplicação nas decisões são medidas apresentadas pelo Código de Processo Civil para exercer o controle da atividade judicante dos magistrados já que se torna inafastável ao juiz o dever de analisar os entendimentos firmados pelos tribunais para que aplique a decisão em correspondência com a ordem normativa de forma estável íntegra e coerente.

A estabilidade vem combater a imprevisibilidade dos julgados, no dever de garantir aos jurisdicionados não se verem inesperadamente surpreendidos com uma decisão em desconformidade com a ordem jurídica. A integridade diz respeito ao dever do juiz julgar vinculado ao ordenamento e por fim a coerência guarda o dever de respeito ao princípio da isonomia, onde casos semelhantes devem ser julgados de forma igual.

A noção de integridade e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida.<sup>115</sup>

#### **4.3 – O controle da fundamentação das decisões: a busca pela racionalidade e segurança jurídica**

Como foi possível absorver do que fora exposto o principal desejo do atual Código de Processo Civil é conferir segurança e estabilidade nas relações jurídicas. Não é possível assegurar a unicidade do ordenamento se casos concretos de características comuns permanecerem sendo julgados diversamente por conta do entendimento isolado do magistrado que desconhece não raras vezes os entendimentos jurisprudenciais sedimentados, tal postura colide com o ideal do princípio da isonomia expresso constitucionalmente.

Com decisões cada vez mais divergentes, os litigantes que recorrem ao arbítrio do Estado com intuito de tornarem suas demandas assistidas e supridas saem cada vez mais

---

<sup>115</sup> JÚNIOR Humberto Theodoro, NUNES Dierle, BAHIA Alexandre Melo Franco, PEDRON Flávio Quinaud / Novo CPC – Fundamentos e sistematização– Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 304

combalidos e descrentes na real solução da lide. Insta ressaltar que a saída para a crise instaurada no sistema judiciário não é fácil de ser alcançada, entretanto, a racionalidade das decisões é um dos caminhos apontados pelo legislador pátrio para que juízes e operadores do direito sejam compelidos a maior aprofundamento nos ramos jurídicos e sociais para que cumpram sua função política no Estado Democrático de Direito.

É dessa forma que a contribuição normativa da jurisprudência – harmonizando os enunciados abstratos da lei como contingências dos quadros fáticos sobre os quais tem de incidir –, será realmente útil para o aprimoramento da aplicação do direito positivo, em clima de garantia do respeito aos princípios da *legalidade*, da *segurança jurídica*, da *proteção da confiança* e da *isonomia*. Até mesmo a garantia de um processo de duração razoável e orientado pela maior celeridade na obtenção da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII) resta favorecida quando a firmeza dos precedentes jurisprudenciais permite às partes antever, de plano, o destino certo e previsível da causa.<sup>116</sup>

Compõe a busca por integridade na fundamentação das decisões a análise profunda dos precedentes que é aposta do NCPC de equilíbrio nas decisões, uma vez que, os tribunais já firmaram entendimento sobre determinada questão de fato e de direito, cabendo ao juiz *a quo* acompanhar a jurisprudência anteriormente firmada, os próprios tribunais devem guardar equilíbrio evitando divergências discrepantes entre si agindo conjuntamente.

A exigência de qualidade nas decisões leva obrigatoriamente o magistrado na produção argumentativa analisar os entendimentos já firmados integralmente, não somente se valendo do conhecimento do verbete dos mesmos, mas, além disso, analisando de forma aprofundada seus fundamentos determinantes e sua origem para aplicabilidade racional e coerente destes, sempre em estado de equilíbrio com todo ordenamento jurídico e o preceito constitucional irradiador de força normativa.<sup>117</sup>

O intuito do código processual através de mecanismos pontuais de controle das fundamentações decisórias como os embargos de declaração e os demais analisados é promover a autorregulação do sistema processual. Se o juiz não cumprir seu dever constitucional de fundamentar decisões caberá ao sistema promover mecanismos a correção

---

<sup>116</sup> JÚNIOR Humberto Theodoro, O papel da jurisprudência no Código de Processo Civil - GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (coord.); CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.); Código de Processo Civil: Novas reflexões e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p.172

<sup>117</sup> “O significado de um precedente está, essencialmente, em sua fundamentação, por isso, não basta focar os olhos apenas para a parte dispositiva de uma sentença ou acórdão, como ocorre na coisa julgada material.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p.612.

da eventual nulidade das decisões, sentenças e acórdãos para que as partes não se vejam lesadas por uma decisão que discrepa do que prevê o ordenamento jurídico.

#### **4.4 – Principais filtros processuais: mecanismos de controle da fundamentação das decisões**

A decisão judicial é passível de falhas em sua construção argumentativa, por esta razão o CPC de 1973 já previa como meio recursal voltado à deficiente fundamentação por motivos de obscuridade, omissão ou contradição os embargos de declaração. Entretanto tal recurso não abrangia todas as decisões, mas, somente acórdãos e sentenças.

Os embargos de declaração permanecem em nosso ordenamento como mecanismo geral de controle das fundamentações, sendo importante destacar que outros meios processuais se unem a ele ao cumprirem o mesmo fim de avaliação das sentenças. A necessidade de trabalho em reforço se torna imprescindível, o que veio o Novo CPC aprimorar principalmente em relação à aplicação de precedentes.

A necessidade de garantir segurança jurídica por meio do controle das decisões é meio propício confluindo ao desejo de concretização do princípio constitucional da isonomia. Tais medidas tendem a contribuir para a confiabilidade dos jurisdicionados na aplicação do direito pelo Estado que há tanto se encontra desgastada devido a deficiente prestação jurisdicional.

##### **4.4.1 – Embargos de Declaração**

Os Embargos de Declaração como já explicitado tem natureza geral no controle da fundamentação das decisões. A partir do Novo Código de Processo Civil os embargos passaram a ter maior abrangência sendo cabível contra todas as decisões deficientemente fundamentadas. Em contraposição ao código processual de 1973 que se dirigia somente aos acórdãos e sentenças.

*Art. 1022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:*

*I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;*

*II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;*

*III – corrigir erro material.*

*Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:*

- I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;*
- II – incorra em qualquer das condutas descritas no, art.489, §1º.*

O Novo CPC, aprimorou a aplicação dos Embargos no sentido da inclusão em seu cabimento de correção de erro material, além de definir as situações em que a decisão considera-se omissa, seja na abstenção de manifestar-se o magistrado sobre tese que se firme em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, além do presente dispositivo legal no inciso II de seu parágrafo único reforçar o ideal de busca de racionalidade considerando omissa a decisão que venha a se amoldurar em qualquer situação descrita pelo §1º do artigo 489 do CPC.

Nota-se aí a importância da disposição supra, permitindo às partes a possibilidade de objetar via embargos de declaração decisões que venham a desrespeitar os critérios de fundamentação adequada dispostos pelo novel *Codex* bem como a própria adequação da decisão aos precedentes judiciais, fortalecendo a dinâmica do respeito às decisões verticais, por isso, em prol da isonomia e segurança jurídica.<sup>118</sup>

Os Embargos de Declaração vem agir conjuntamente ao artigo 489 §1º, do CPC. Caso seja reconhecida pelas partes qualquer uma das posturas apresentadas pelo artigo 1022 do CPC (omissão, obscuridade e contradição) será cabível a interposição deste recurso no prazo de cinco dias, sendo endereçadas ao juiz da causa, não possuindo efeito suspensivo sendo concedido este efeito nos casos em que houver risco de dano grave e de difícil reparação nos moldes do artigo 1026 §1º, do CPC.

#### **4.4.2 - Ação Rescisória**

A ação Rescisória está prevista no artigo 966 do CPC de 2015, não se trata ela de recurso, mas, de nova ação que será intentada pela parte gerando nova relação processual, volta-se a mesma a conferir nulidade a decisão eivada de vício que transitou em julgado. Cabe

---

<sup>118</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 721.

mencionar que onde se formou coisa julgada, se torna indiscutível por via recursal a questão demandada devido ultrapassagem do lapso temporal hábil para a impetração de recurso.<sup>119</sup>

Neste diapasão, para que a parte não se veja severamente afetada pela decisão proferida é possível que ela lance mão da supramencionada via processual. Logicamente, se sua pretensão for amparada pelos cabimentos apresentados pelo código processual, transcritas no artigo 966 e seus incisos.

Não será cabível esta ação em decisões proferidas pelo juizado especial cível conforme enuncia o art. 59 da Lei nº 9.099/95 bem como nas decisões proferidas nas ações de alimentos, uma vez que estas não transitam em julgado (art. 15 da Lei nº 5478/68).

*Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

*I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;*

*II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;*

*III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*

*IV – ofender a coisa julgada;*

***V – violar manifestamente norma jurídica;***

*VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;*

*VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

*VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.*

*[...]*

***§ 5º Cabe ação rescisória com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.***

*§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º deste artigo, caberá ao autor sob pena de inépcia demonstrar fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (negritei)*

---

<sup>119</sup> “Por tudo, trata-se de ação adequada para desconstituir a sentença judicial. A natureza da ação rescisória é desconstitutiva, já que seu pedido está ancorado na desconstituição total ou parcial do julgamento anterior transitado em julgado.” *Ibidem*, p. 674.

Cabe mencionar que os parágrafos 5º e 6º do presente artigo foram acrescentados pela Lei nº 13.256 que alterou o Código de Processo Civil passando a disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário dando outras providências.

Forçoso destacar os dizeres do inciso V do mencionado artigo. Como é possível verificar caberá ação rescisória em casos de violação manifesta de norma jurídica, entretanto, norma jurídica é conceito jurídico indeterminado utilizado pelo legislador que não explicita de maneira sucinta seu desejo na elaboração do dispositivo legal, dificuldade esta que já existia no Código de 1973 em seu art. 485, V; no qual caberia rescisória quando houvesse violação “*literal dispositivo de lei;*”<sup>120</sup> A questão que envolve a utilização de termos como “norma” é a abertura a interpretação e análise exegética para obter aproximação do termo com o que propõe o sistema normativo nestas circunstâncias.

Robert Alexy ao enfrentar a questão do conceito de norma baseia a estrutura da mesma em princípio ou regra podendo a norma ser tanto princípio quanto regra. Para ele princípios são mandamentos de otimização que ordenam a realização de algo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto a regra pode ser ou não satisfeita contendo esta, determinações de possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>121</sup>

Se as regras são normas pode-se entender, por conseguinte, que quando o artigo 489 do CPC em seu §1º enuncia rol de decisões consideradas não fundamentadas ele está a declarar comando normativo que expressa a nulidade de decisões sentenças e acórdãos proferidos, conclui-se então a partir do dispositivo do inciso V do artigo 966 do CPC, que caso transite em julgado decisão em que o juiz não tenha fundamentado racionalmente, será

---

<sup>120</sup> “Já no CPC Buzaid, havia, de muito, divergência entre a doutrina e a jurisprudência com relação ao real alcance da expressão “violar literal disposição de lei”, esta contida no artigo 485, V do CPC/1973. Entretanto o que resta incontroverso é que a ação rescisória só é cabível fundamentada neste dispositivo no caso de o juiz deixar, explicitamente de considerar norma legal que se aplica à lide discutida nos autos, seja porque entendeu que a mesma não está em vigor ou porque deu interpretação oposta àquela que advém da regra. Observa-se que simples divergência de interpretação da regra é insuficiente para fundamentar a rescisão da sentença, segundo já estabeleceu o STF ( Súmula 343 do STF: “ Não cabe ação rescisória por ofensa à literal dispositivo de Lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida em tribunais”).” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. Ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 644.

<sup>121</sup> “[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

facultado a parte usar da ação rescisória para declarar rescindida decisão proferida contra o preceito processual civil, que violou manifestadamente norma jurídica.

Insta ainda em relação ao artigo que trata da ação rescisória destacar o que diz seu §5º:

“§5º. Cabe ação rescisória com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”

O parágrafo em destaque trata de dois tipos de precedentes que são o: enunciado de súmula e o julgamento de casos repetitivos, o parágrafo diz que com base no inciso V caberá ação rescisória contra as decisões, fazendo referência àquelas de primeiro grau e também as decisões monocráticas quando se basearem em enunciado de súmulas.

Já no que tange à acórdãos - decisões proferidas por órgão colegiado - que não se tenha realizado a técnica de confronto denominada *distinguishing*<sup>122</sup> ou seja, onde não foi enfrentado pelo magistrado a distinção entre o precedente e a decisão proferida no caso concreto particular em julgamento de casos repetitivos.

O fundamento que o legislador utiliza é o inciso cinco que trata como já dito de violação manifesta de norma jurídica. Quando aqui se trata expressamente de precedentes fica evidenciado que a não realização da distinção caracteriza violação de norma jurídica onde será cabível ação rescisória, o que vincula este parágrafo diretamente ao artigo 489 §1º inciso V do CPC<sup>123</sup>

Conclui-se, portanto, que o legislador ao se utilizar do termo “norma” quis abranger regras, princípios bem como os precedentes.<sup>124</sup> Contudo caberá ao intérprete restringir os casos em que realmente a situação fática levará a cabo justificar a aplicabilidade da ação

---

<sup>122</sup> “Essa técnica é denominada *distinguishing* ( método de confronto), sendo por meio desta que se faz a distinção entre os casos para efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. Para isso é necessário que se faça a identificação da *ratio decidendi* do precedente, bem como sua delimitação. Raciocina-se do particular para o geral.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 606.

<sup>123</sup> 489 §1º inciso 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;”

<sup>124</sup> “Ora princípios e cláusulas gerais que os adotam correspondem a normas jurídicas flexíveis e incompletas, em razão de seu conteúdo muito genérico e impreciso, e por incoerência da explicitação dos efeitos e sanções que podem decorrer da respectiva infração. Em face de semelhante postura legislativa, é natural que caiba à jurisprudência, na sua força criativa complementar, estabelecer na sequência das demandas julgadas o melhor e mais adequado entendimento acerca da inteligência da cláusula geral e dos limites necessários de sua interpretação, bom como de seus efeitos práticos, diante de cada caso.” JÚNIOR Humberto Theodoro, O papel da jurisprudência no Código de Processo Civil - GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (coord.); CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.); Código de Processo Civil: Novas reflexões e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 169.

rescisória sob a utilização do inciso V, devido a zona de penumbra que traz a utilização de conceitos indeterminados pelo legislador.

Extensiva a tal questão, coube ao legislador do CPC/2015 substituir o texto revogado pela expressão “norma jurídica”, de modo a perceber o cabimento da rescisória quando da violação de princípio, regra, postulado normativo e ainda norma tida como consuetudinária.<sup>125</sup>

#### 4.4.3 – Reclamação

A Reclamação bem como os outros instrumentos processuais já analisados tem a inquestionável função de conferir segurança e estabilidade ao sistema jurídico. Juntamente com os Embargos de Declaração e Ação Rescisória conflui para garantir a preservação da coerência estabilidade e integridade das decisões judiciais.

Constitucionalmente prevista nos artigos 102, I, *l*; 105, I, *f* e 103A, §3º a ação de reclamação tem como principais objetivos preservação de competência, garantir a autoridade das decisões dos tribunais superiores e preservação da jurisprudência consolidada pelo STF, por meio das súmulas vinculantes.

Questão a ser destacada é a natureza da Reclamação, alvo de muitas discussões. A natureza da mesma já foi atribuída como sendo recurso, direito de petição e ação. Pontes de Miranda atribui a mesma a natureza de ação.

A reclamação não é recurso; é ação contra o juiz, suscetível de exame fora da via recursal. [...] Na reclamação, não se examina a matéria sobre o que se decidiu; a finalidade é rechaçar o ato do juiz em si, ou porque usurpe competência do tribunal superior, ou porque não tenha reconhecido à decisão do tribunal a eficácia que ela tem, ou porque haja retardado a remessa do recurso, ou de outro remédio processual, que seja da competência do tribunal, ou de outro corpo superior.<sup>126</sup>

Regulada pela Lei nº 8.038 de 1990 pelos artigos 13 a 18 esta ação ganhou regulamentação própria no CPC de 2015 que revogou a citada lei. Atualmente a reclamação ocupa o capítulo IX do Livro III que trata “*dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”, regulado seu procedimento dos artigos 988 a 993.

<sup>125</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil – 3. Ed. ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 644.

<sup>126</sup> PONTES DE MIRANDA, 1997 *apud* GAIO JUNIOR, 2017, *Ibidem*, p. 667.

São legitimados ativos para a ação de reclamação a parte interessada (incluindo toda e qualquer pessoa que se sinta afetada pela decisão), o Ministério Público e o Procurador Geral da República de acordo com artigo 156 do Regulamento Interno do STF.

O artigo 988 do Código de Processo Civil aponta o cabimento para a ação de reclamação corporificando em seu conteúdo o que já predispõe a Carta Constitucional.

*Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:*

*I – preservar a competência do tribunal;*

*II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;*

*III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

*IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de assunção de competência;*

Interessante observar que a Reclamação vem garantir a observância da maioria dos precedentes elencados no artigo 927 do CPC por meio dos incisos III e IV do acima transcrito artigo se tornando verdadeiro mecanismo propulsor do ideal de estabilidade, sendo instrumento na promoção do princípio constitucional da isonomia agindo na preservação das decisões e jurisprudências dos tribunais. Vem esta também, contribuir para unicidade do sistema jurídico como meio promovedor de segurança jurídica.

O § 5º incisos I e II do artigo 988 alterado pela Lei nº 13.256 de fevereiro de 2016 expressam os casos de inadmissibilidade da reclamação, quando da proposição desta após o trânsito em julgado da decisão reclamada e quando proposta para que seja observado acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos quando não forem esgotadas as instancias ordinárias.

Com o trânsito em julgado da decisão reclamada será cabível ação rescisória se obedecidos os pressupostos exigidos pela mesma. O inciso segundo torna cognoscível que para se intentar ação rescisória é necessário que todas as vias ordinárias já tenham sido esgotadas.

## CONCLUSÃO

Conforme explanado, procurou-se no presente estudo tratar da fundamentação das decisões no plano da Lei nº 13.105 de 2015, com os objetivos principais de analisar a evolução histórica deste, a construção da argumentação judicial de acordo com o plano constitucional de oferecimento de decisões suficientes à prestação jurisdicional com maior qualidade, previsibilidade e eficiência às partes que se valem do Estado juiz para solução dos mais diversos conflitos, sendo o processo instrumento de concretização de justiça no caso concreto e de parâmetro para casos semelhantes, neste sentido, vinculando efeitos dentro da sociedade.

Para isso, tratou-se no primeiro capítulo sobre as bases constitucionais do processo civil, uma vez que só é possível falar em processo justo quando dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito no respeito aos princípios insculpidos constitucionalmente. A fundamentação das decisões vem contribuir à realização do direito constitucional de decisões fundamentadas, tornando os litigantes participantes do diálogo processual para a solução de conflitos.

No segundo capítulo a análise das fundamentações das decisões judiciais no contexto histórico processual pátrio, objetivou demonstrar as transformações sofridas na mesma comparando seu status antes e depois do novo paradigma constitucionalista, ou seja, sob a égide do positivismo e após, adquirindo ressignificação no neopositivismo. Na constituição de 1988 vieram as fundamentações decisórias adquirir status constitucional para concretizar o princípio da publicidade, e mais que isso cumprir função endo e extraprocessual o que se confirmou por meio do CPC de 2015 como elemento essencial das sentenças.

Priorizou-se no terceiro capítulo a análise da realização das fundamentações conforme o preceito do novo Código de Processo Civil, e para que isso ocorra imprescindível se faz a vinculação à certos princípios constitucionais. Além disso, foi possível verificar que embora unidos os atos de motivar e fundamentar não se confundem; na fundamentação o magistrado em nome do Estado argumenta e justifica a aplicação da *lex*, enquanto naquela o juiz se limita a formar os motivos que o levarão a depois construir sua argumentação e justificação.

Com a ressignificação adquirida o ato de fundamentar tornou-se indubitavelmente, como se pôde perceber, mais complexo com o novo código processual, exigindo dos juízes conhecimento mais amplo e acurado do ordenamento jurídico pátrio, da aplicação de

princípios, regras e precedentes de forma aprofundada, sempre pautando-se no princípio constitucional da legalidade conservando a estabilidade, integridade e previsibilidade.

Por fim, o último capítulo trata do controle realizado pelo sistema normativo na fundamentação das decisões, nisto pode-se verificar que para a formação de decisões racionais e em equilíbrio com o ordenamento é imprescindível que os juízes observem aos precedentes já sedimentados nos tribunais para que as partes que se valem do arbítrio estatal não se vejam prejudicadas por decisões dissonantes e apartadas da normatividade constitucional e processual, caso isto ocorra, acarretará na nulidade da decisão, podendo os litigantes recorrer à medidas judiciais cabíveis para saneamento das decisões consideradas nulas.

Conclui-se do presente estudo, que a fundamentação das decisões sempre esteve presente no ordenamento pátrio, entretanto, tradicionalmente pode-se dizer que compunha prática de mera praxe processual, regulada por leis processuais. Esta veio adquirir status constitucional apenas na carta de 1988, onde foi revelado seu papel fundamental na comunicação entre o Estado e as partes.

Seguindo este raciocínio, a postura do órgão jurisdicional impreterivelmente necessitou de severas modificações, não cabendo mais a mera citação de dispositivo legal, mas, acima disso se percebeu a necessidade de mudança na postura hermenêutica, incluindo na fusão da motivação argumentativa métodos próprios como a ponderação e a busca por racionalidade, abandonando o método subsuntivo apresentado por Hans Kelsen.

Pode-se também absorver do presente, que o judiciário deverá encontrar equilíbrio na abertura ao caso concreto para que, não se dê ensejo à aplicação normativa ao livre arbítrio dos magistrados, dando azo à verdadeira fábrica criativa de decisões sem vínculo com o princípio da legalidade, preservador da estabilidade e integridade do ordenamento jurídico pátrio.

Entendeu-se, também, que a realização das fundamentações judiciais na Lei nº 13.105 de 2015 - Novo Código de Processo Civil, lei processual pós-redemocratização - contribui no desejo de conferir estabilidade e racionalidade ao ordenamento processual pátrio. Para que isto se concretize verificou-se a necessidade de maior participação dos magistrados ao se debruçarem no caso concreto, analisando os precedentes já firmados, na elaboração de sentenças, decisões e acórdãos, conservando a previsibilidade dos julgados não surpreendendo os litigantes com decisões vertiginosamente elaboradas, sem compromisso com o que propõe a ordem constitucional em vigência.

Importante destacar que o princípio constitucional da duração razoável do processo não deve ser usado como argumentação para não efetuarem-se decisões bem fundamentadas. As sentenças ao modelo do NCPC contribuem fielmente para o princípio mencionado, uma vez que, evita prioristicamente que os litigantes demandem seu tempo em busca da reformulação de decisões por meio dos embargos de declaração.

Por derradeiro, conclui-se que, para impedir a manutenção de decisões, sentenças e acórdãos arbitrários o Código Processual prevê meios de controle, como os Embargos de Declaração, recurso cabível para os casos de obscuridade, omissão, contradição e, acrescentado pelo novo *codex*, a correção de erros materiais, além de especificar os casos de omissão; a Ação Rescisória, no que tange aos casos de violação à norma jurídica e enunciados de súmula e acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos (quando transitados em julgado) e por fim a Reclamação que constitucionalmente expressa ganhou regulação no NCPC, preservando e garantindo a aplicabilidade e observância de número considerável de precedentes.

Todas estas guardam como intuito, tornar nulas às decisões não compatíveis com o anseio constitucional de “dar a cada um, o que é seu”, afinal, é direito fundamental dos cidadãos o acesso à fundamentação na qual estejam entrelaçados os princípios constitucionais da publicidade, contraditório, ampla defesa, duração razoável, entre outros.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE Francisco Manoel Xavier de- **O Direito Processual na Constituição de 1967**- Revista de informação legislativa, Senado Federal- Diretoria de informação legislativa – Abril a junho, Ano VI, nº 22-: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> Acesso em: 15/10/2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTEPROJETO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. < <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> acesso em 09/10/2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2 ed.** São Paulo: Saraiva 1988.

BARROSO, Luís Roberto; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, fevereiro de 1891. <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, julho de 1934. <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988. <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 02/07/2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**, <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**,<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969**,<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**,<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 02/07/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**,<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**,<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**, <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>Acesso em 11/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 11/10/2016.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9. ed. São Paulo:Clássica Editora, p. 199.

CAMBI, Eduardo, **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário** – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira SA Fabris Editor, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

COLLECÇÃO **das decisões do governo do Imperio do Brazil** – Rio de Janeiro- Imprensa Nacional/Ano1.886.<[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../collecao\\_leis\\_1824\\_parte3.pdf](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../collecao_leis_1824_parte3.pdf)>Acesso em: 15/10/2016.

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. em:<[http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a\\_fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf](http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a_fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf)> Acesso em: 14/09/2016.

FIDALGO, Joaquim; OLIVEIRA, Madalena. **Da justiça dos tribunais à barra da opinião pública: As relações entre a Justiça e a Comunicação Social**. 2005. <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/7438>> Acesso em 15/12/2016

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira [et al.]. **Uma introdução à ideia de processo justo**,REJUR,nº3,2014<<http://www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=RJEDSD&page=login>> Acesso em: 15/082016.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil 3 ed.** ver. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017.

\_\_\_\_\_. MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

\_\_\_\_\_. MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira, FONSECA, Janicrélia - **Direito para o desenvolvimento: pragmatismo jurídico e controle de políticas públicas pelo judiciário** - Direito e desenvolvimento/ Antônio Pereira Gaio Júnior coord.- 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2015.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JÚNIOR Humberto Theodoro; NUNES Dierle; BAHIA Alexandre Melo Franco; PEDRON Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**– Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G., **Sistema e estrutura no direito, volume I: das origens à escola histórica**; Tradução. Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

MACCORMICK, Neil, 1941 – **H.L.A. Hart**; tradução Cláudia Santana Martins – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MANCUSO, R. de C. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o Processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.< [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br) > ISSN 1982-7636 acesso em: 13/10/2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe da - **A fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015: um primeiro olhar Processo e Procedimento** <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI223041,21048A+fundamentacao+das+decisoess+judiciais+no+CPC2015+um+primeiro+olhar>>Acesso em: 13/10/2016

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Mauro Sérgio; **Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais** - O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil/ Coordenador J.S. Fagundes Cunha. Editor Luiz Fernando Queiroz. – Curitiba: Bonijuris, 2015

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.