

CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA



FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O controle da interpretação dos
fatos e do direito no processo civil

LUIZ GUILHERME MARINONI

SÉRGIO CRUZ ARENHART

DANIEL MITIDIERO

Coordenadores

TRÓPELO EDITORES
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

4.1. Terminologia: fundamentação e não motivação das decisões judiciais

O ato de proferir uma decisão com base em razões jurídicas ora é chamado de *fundamentação*, ora de *motivação* no processo jurisdicional. Ainda que essa distinção possa parecer uma questão meramente terminológica, a nomenclatura adotada pode dar diferentes designações para o ato decisório. Por essa razão, tratá-los como sinônimos não é a melhor opção¹.

Há dois motivos para optar, neste trabalho, pela expressão *fundamentação das decisões judiciais*.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o art. 93, IX, da CF/1988 prescreve que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”; e o § 1º do art. 489 do CPC/2015 diz que “não se considera *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que descumprir as hipóteses ali previstas.

Levando em consideração que esses são os dispositivos normativos mais relevantes da ordem jurídica brasileira sobre o tema, respectivamente, no plano constitucional e infraconstitucional, manter uma *coerência* com as expressões por eles utilizadas é uma forma de conferir *unidade* ao sistema.

Em segundo lugar, existe uma diferença conceitual importante entre *fundamento* e *motivo* para justificar a *fundamentação* como terminologia adequada.

Na linguagem filosófica, *fundamento* busca expressar uma “causa, no sentido de razão de ser”, isto é, “uma preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra”, “todas as vezes em que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável”². O *motivo*, por sua vez, representa

1. Como fazem CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11 e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Embargos de declaração e omissão do juiz*, p. 235.

2. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474-476.

uma “causa ou condição de uma escolha, ou seja, de uma volição ou de uma ação”, porém, em um sentido diferente do fundamento, pois denota uma escolha que “não tem caráter ‘racional’, que não pode ser considerado uma ‘razão’ da escolha”³.

Assim, o juiz estaria autorizado a decidir em determinado sentido tão somente quando encontrar um ou mais fundamentos para tanto. Não estaria autorizado, porém, quando estivesse apenas diante de um ou mais motivos. A bem da verdade, o juiz pode ter diversas motivações para decidir um determinado caso, como motivações morais, políticas, econômicas, religiosas, entre outras. Muito diferente, contudo, é a fundamentação por ele lançada, que deve ser estritamente jurídica⁴. O que legitima a decisão do juiz é o fato de estar ancorado em fundamentos jurídicos, e não porque há motivação de qualquer ordem.

Ainda há na doutrina do direito processual civil quem prefira o termo *justificação* das decisões judiciais⁵, valendo-se da distinção feita na epistemologia e transportada para o raciocínio judicial entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação*⁶.

3. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 685.

4. Em sentido oposto, Rodrigo Ramina de Lucca, em distinção não muito clara, diz que fundamentar “transmite a ideia de que motivar uma decisão é simplesmente indicar os seus fundamentos, as razões que a suportam”, enquanto motivar “não é só dizer que a decisão é boa, mas que aquela era a única decisão que poderia ser tomada no processo” (LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 34).

5. Vide, por exemplo, com base nas lições de Michele Taruffo, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 72; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*, p. 13; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 421-422.

6. Na introdução à edição brasileira, Taruffo estabelece de maneira sintética a referida distinção, dizendo que “o equivalente judiciário do *context of discovery* tem características estruturais próprias: articula-se no tempo, implica síntese de diversos fatores, procede por abduções e por *trial and error*, percorre caminhos que depois são abandonados, inclui influência de fatores psicológicos e ideológicos, implica juízos de valor e pode, ainda, compreender a participação de várias pessoas, como ocorre em todas as hipóteses nas quais a decisão é dada por um colégio de juízes. De outra banda, o equivalente judiciário do *context of justification*, ou seja, a motivação da sentença, tem características diferentes: ocorre quando a fase decisória já está de toda a sorte exaurida, com a decisão final já formulada; pode ser obras de pessoas diferentes daquelas que formularam a decisão e – normalmente – de uma só dessas; não tem o escopo de formular escolhas, mas de mostrar que as escolhas feitas eram ‘boas’; tem estrutura argumentativa e não heurística; tem função justificativa; é um ‘discurso’ – e, portanto, uma entidade linguística – e não um *iter* psicológico; funda-se em argumentos com validade tendencialmente intersubjetivos; é logicamente estruturada; pode incluir inferências dedutivas e indutivas, mas não abduções, e assim por diante” (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, p. 17).

De acordo com essa noção, o *contexto de descoberta* designaria o *iter* de formação da decisão judicial, ilustrando o raciocínio utilizado pelo juiz para tomada de decisão. Esse percurso seria irracional e influenciado por razões morais, políticas e ideológicas, momento em que o juiz testaria hipóteses e delas se desvincularia sem qualquer possibilidade de controle, incidindo, inclusive, fatores psicológicos.

Por outro lado, o *contexto de justificação* diz respeito ao discurso final construído pelo juiz mediante razões empregadas para validar a decisão tomada no contexto de descoberta. Seria uma racionalização *a posteriori* da decisão judicial mediante a externalização de escolhas interpretativas e utilização de argumentos jurídicos.

Esse debate não passa despercebido no debate sobre teoria da decisão judicial que envolve hermenêutica e analítica.

Autores ligados à hermenêutica defendem que uma cisão entre contextos de descoberta e contexto de justificação autorizaria que juízes e tribunais primeiro decidissem e, posteriormente, buscassem os fundamentos para legitimar a sua decisão⁷. Em razão disso, defendem que o ato de decidir é unitário na compreensão, interpretação e aplicação do direito, naquilo que Gadamer chamou de *applicatio*. A justificação só acontece somente com a própria fundamentação⁸.

Autores ligados à analítica insistem na incontabilidade do contexto de descoberta, de modo que não é possível averiguar a racionalidade de aspectos psicológicos do processo decisório porque baseados em impulsos, emoções e sentimentos que variam de acordo com cada julgador⁹. Somente o discurso jurídico é controlável,

7. “O dever de fundamentar – que é mais do que motivar – não é simplesmente um adereço que será posto na decisão. Tampouco será uma justificativa para aquilo que o juiz decidiu de forma subjetivista-solipsista. O Estado Democrático e a Constituição são incompatíveis com modelos de motivação teleológicos do tipo ‘primeiro decido e só depois busco o fundamento’” (STRECK, Luiz. Comentários ao art. 489. *Comentários ao Código de Processo Civil*, item 2.3).

8. Leonard Siezemer Schmitz, por exemplo, afirma que a cisão entre contexto de descoberta e contexto de justificação “implicaria em dizer que o juiz decide, e só então passa a buscar fundamentos que façam com que a sua decisão (intuitiva, por sentimento, por vontade) faça sentido jurídico” e que “os dois primeiros ‘elementos’ (a ‘descoberta’ e a elaboração da decisão) já deveriam ocorrer conjuntamente com o terceiro (a argumentação)” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 221-225).

9. “No es sorprendente, por lo tanto, encontrar en la literatura conjeturas en torno al desarrollo del proceso psicológico en cuestión [...]. La más conocida, y hoy en día la más afortunada, conjetura psicológica sobre el proceso interpretativo es probablemente la que se conoce con el nombre de ‘teoría hermenéutica de la interpretación’ (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, p. 50, esp. nota de rodapé 56).

afé compreendido as escolhas interpretativas e os argumentos empregados na justificação das decisões judiciais¹⁰.

O importante, no direito processual, é definir qual é a instância de controle intersubjetivo da decisão judicial. Não é possível controlar o que se passa na cabeça do juiz, mas sim o que é *reduzido à linguagem escrita na fundamentação da decisão judicial*.

Isso não quer dizer, contudo, que não se deve exigir do juiz uma postura interpretativa, que bloqueia decisionismos, muito pelo contrário¹¹. A questão é justamente trazer, para o ato de justificação da decisão judicial, elementos hermenêuticos que possam traduzir a postura interpretativa da decisão judicial na escolha das premissas.

É justamente o dever de apresentar razões jurídicas para justificar a decisão judicial que obriga o juiz a decidir segundo cânones racionais, impondo freios à arbitrariedade.

4.2. O dever de fundamentação como regra que veicula um “conceito” jurídico indeterminado

As seis hipóteses de decisões judiciais não fundamentadas estabelecidas pelo art. 489, § 1º, do CPC/2015 são responsáveis por densificar a garantia fundamental

10. Samuel Meira Brasil Jr. estabelece a ligação entre o *discurso de justificação* e a *argumentação*, dizendo: “No direito processual, é necessário examinar as razões que justificam a decisão. A fundamentação das decisões é um imperativo legal (art. 131 e 458, II, do CPC/1973) [atualmente, o art. 11 e 489, do CPC/2015] e até mesmo constitucional (art. 93, IX e X, da CF/88). Nessa linha de raciocínio, a fundamentação exigida pelo ordenamento jurídico é a justificação *externa* da decisão, dando a conhecer as razões de decidir e permitindo um controle do ato decisório, e não uma *interna* ou psicológica do juiz. A motivação da decisão não é senão a indicação do argumento que justifica o acolhimento ou a rejeição do pedido. Exige-se a declaração do argumento considerado vitorioso, para permitir o controle da atuação do juiz. Essa é a função da argumentação na ciência processual” (BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*, p. 47).

11. O próprio Taruffo afirma que as diferenças entre o raciocínio decisório e o justificativo “não significa afirmar que sejam, sob o ponto de vista da estrutura e do conteúdo, diferentes em todos os seus aspectos”, afinal, entre ambos os contextos existe inevitáveis “pontos de contato ou de correspondência” (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, p. 18). Isso porque “não é possível desconhecer a íntima e necessária conexão entre as duas atividades” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 94). Para uma crítica à divisão entre contexto de descoberta e contexto de justificação na epistemologia, com repercussão na teoria da decisão judicial, cfr. MAZZARESE, Tecla. *Scoperta vs giustificazione: una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Org.). *Analisi e diritto 1995: ricerche de giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 145-196.

do art. 93, IX, da CF/1988. Para analisar a extensão do dispositivo, é preciso realizar uma análise mais detida da norma veiculada pelo texto constitucional, cuja redação dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Adota-se, aqui, a perspectiva da estrutura lógica da norma jurídica¹², decomposta em (i) uma *norma primária*, composta de um antecedente em que é descrita uma hipótese fática que, caso ocorra, impõe-se uma determinada consequência jurídica; (ii) uma *norma secundária*, cujo antecedente é composto do descumprimento da consequência jurídica da norma primária, e o seu consequente consiste na aplicação de uma sanção, aí compreendida como a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para cumprir o comando da consequência normativa da norma primária ou outra conduta estabelecida pelo ordenamento jurídico.

Assim, analisando o texto constitucional conforme essas premissas, extrai-se a seguinte norma: (i) a *norma primária*: “se proferida decisão judicial por qualquer órgão do Poder Judiciário, deve-se fundamentá-la”; (ii) a *norma secundária*: “se não fundamentada a decisão judicial pelo Poder Judiciário, deve-se anulá-la”¹³.

Como se pode perceber, o dever de fundamentação das decisões judiciais, sob a perspectiva da *norma jurídica*, é uma *regra*¹⁴; todavia, o conceito de “decisão judicial fundamentada”, sob a perspectiva da *técnica legislativa*, é um *termo jurídico indeterminado*.

De um lado, o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma *regra* – que é espécie do gênero norma, ao lado dos princípios e dos postulados – porque o antecedente fático da norma primária é fechado, aplicando-se de maneira imediata¹⁵.

12. Sobre o tema, cfr. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo* [1977]. São Paulo: Max Limonad, 1997. esp. p. 111-128 (cap. V); CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência* [1999]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. esp. p. 39-66 (cap. 1); MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

13. Uma análise nesse sentido também pode ser encontrada em SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 140-144.

14. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 82-90; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 208-210.

15. A aplicação *imediata* das regras parece ser o ponto comum, na doutrina, sobre o tema. Na linguagem de Ronald Dworkin: “As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39). Segundo Robert Alexy

Essa constatação é de primeira importância, pois revela o caráter estruturante do dever de fundamentação das decisões judiciais não só para o modelo processual brasileiro em caráter infraconstitucional, mas, sendo um direito fundamental também para o próprio Estado Democrático Constitucional. Não à toa, Luigi Ferrajoli insere o dever de fundamentação como uma garantia de segundo grau, isto é, uma garantia das demais garantias do sistema jurídico¹⁶.

De outro lado, a norma constitucional contém um termo jurídico indeterminado no antecedente fático da estrutura lógica da norma jurídica, justamente porque não é possível definir de antemão o que é, de fato, uma “decisão judicial fundamentada”¹⁷. Ou seja, por assim dizer, um texto normativo é dotado de vagueza em que não é possível delimitar, de maneira precisa, quais são as situações fáticas que se encaixam na moldura normativa.

Caso a ordem jurídica brasileira apenas tivesse o art. 93, IX, da CF/1988 regulamentando o dever de fundamentação das decisões judiciais, somente o âmbito pragmático poderia definir o conceito de decisão judicial fundamentada, o que

as regras são regras determinativas, pois “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91). Humberto Ávila, por sua vez, defende que as regras, apesar da possibilidade de ponderação das razões que lhe dão suporte, têm pretensão de decidibilidade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 102). Igualmente, Marcelo Neves diz que “as regras, em sua estruturação, mostram-se mais adequadas para oferecer fundamento imediato ao caso a decidir” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 118).

16. “A última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema SG é a obrigação da motivação das decisões judiciais. [...] Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 492 e p. 497-498).
17. Um conceito jurídico indeterminado é “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 173). Criticando a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, Eros Grau afirma que “a indeterminação apontada em relação a eles não é dos conceitos (ideias universais), mas de suas expressões (termos), razão pela qual “não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma soma de ideias, abstratas, para que seja um conceito, é que seja determinada” (GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*, p. 157).

ocorreria mediante atuação de juízes e tribunais, densificando o preceito normativo-constitucional à luz dos casos concretos postos à sua apreciação¹⁸.

É o que vinha ocorrendo até então, antes da promulgação do CPC/2015, na medida em que o CPC/1973 apenas previa que constituíam requisitos (a bem da verdade, elementos¹⁹) essenciais da sentença (a bem da verdade, de qualquer decisão judicial), junto ao relatório e ao dispositivo, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (art. 458, II)²⁰.

Nada impede, contudo, que a densificação do dispositivo constitucional ocorra pelo legislador infraconstitucional, seja por meio de hipóteses típicas, como ocorreu com a positivação do art. 489, § 1º, do CPC/2015, seja por meio de hipóteses atípicas, isto é, espalhadas tanto pela legislação processual quanto por outras legislações. Densificar, vale dizer, nada mais é que “preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”²¹, reduzindo, assim, a grau de indeterminação e de vagueza do dispositivo.

Isso porque o dever de fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental; integrante, portanto, do devido processo legal. Desse modo, figuram como seus destinatários o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada qual responsável por densificá-lo dentro da sua esfera de competência²².

18. Nesse sentido, constatando a insuficiência da norma veiculada pelo art. 93, IX, da CF/1988, cfr. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 517-545.
19. “Requisitos são qualidades, atributos, que se expressam mediante adjetivos. Na verdade, o art. 458 trata de elementos, de partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de direito processual* segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 117).
20. “Antes não havia tal parâmetro, ficando ao Judiciário a aptidão de, no caso concreto, estabelecer o que era ou não uma decisão fundamentada. Permanece assim. O que houve é que agora o legislador está, no novo CPC, ampliando semanticamente o espectro do que seria uma decisão fundamentada, atentando para uma melhor e máxima efetivação da garantia constitucional, otimizando-a” (SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MACÉDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 357-371).
21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1201.
22. Assim, observa-se que “o direito fundamental ao processo justo obriga o Estado Constitucional. Isso quer dizer que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo são os seus

A insuficiência da densificação legislativa, na esfera infraconstitucional, no CPC/1973, não passou despercebida pela doutrina. Antes mesmo de promulgada a Constituição Federal de 1988, pleiteava-se a elevação do dever de fundamentação à estatura constitucional como a solução ao problema do controle do ato decisório, pois “a experiência cotidiana está a evidenciar a insuficiência dos dispositivos do Código de Processo Civil [de 1973] atinentes a esse princípio”²³. Posteriormente, mesmo alçado à dignidade constitucional, notava-se a insuficiência, nesse sentido, da obrigatoriedade de fundamentação, já que “embora haja o reconhecimento constitucional acerca da necessidade de fundamentação, não há na lei nenhuma fixação dos requisitos mínimos para que se diga que uma decisão está fundamentada”²⁴.

Em boa hora, portanto, a regulamentação do dever de fundamentação prevista no art. 489, § 1º, do CPC/2015, densificando o preceito constitucional, ao prever seis hipóteses pelas quais não se considera fundamentada uma decisão judicial, seja ela interlocutória, seja sentença, seja acórdão.

Mesmo com a redação formulada em sentido negativo, estabelecendo o que é uma decisão judicial não fundamentada, basta uma interpretação *a contrario sensu* para revelar seis hipóteses típicas de decisão judicial fundamentada, afinal, são assim denominadas, porque os seus tipos estão devidamente previstos no CPC/2015 como tal.

Como a regra do dever de fundamentação das decisões judiciais veicula um termo jurídico indeterminado – isto é, decisão judicial fundamentada –, a densificação legislativa no âmbito infraconstitucional, incorporada pelo CPC/2015,

destinatários. Eles têm o dever de atuar para a densificação e viabilização do direito ao processo justo para que os seus titulares possam exercer as posições jurídicas a ele inerentes. O seu primeiro destinatário é o legislador, o qual tem como tarefa concretizá-lo mediante a promulgação de normas processuais. O administrador judiciário tem o dever de organizar estruturalmente o Poder Judiciário a fim de capacitá-lo a cumprir com a sua função de tutela jurisdicional efetiva dos direitos. O direito ao processo justo, portanto, também tem como destinatário o administrador. O juiz é obrigado a interpretar as normas em conformidade com o direito fundamental ao processo justo e, sendo o caso, tem inclusive o dever de densificá-lo diretamente (art. 5º, § 1º, da CF) Trata-se de comando cujo fundamento reside na necessidade de observar a hierarquia existente entre Constituição e legislação infraconstitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARLIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 770-771).

23. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, p. 153.

24. MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 154.

não encerra as hipóteses de fundamentação, mas apenas ressalta a existência de tipicidade quanto a essas hipóteses.

É plenamente possível, por conseguinte, constatar ainda hipóteses atípicas de decisões judiciais não fundamentadas, que, por sua vez, podem ser encontradas tanto ao longo do próprio CPC/2015, como fora dele. Afinal, o rol do art. 489, § 1º, do CPC/2015, é meramente exemplificativo, como já percebeu grande maioria da doutrina²⁵.

4.3. A insuficiência do formalismo interpretativo e do silogismo jurídico

O cenário cultural em torno do CPC/1973 permitiu que poucos dispositivos legais fossem destinados a regulamentar critérios de controle da decisão judicial. Isso porque, forjado no contexto em que desenvolvidas premissas cientificistas do direito processual construídas no final do século XIX, a antiga legislação processual mostrou um viés eminentemente técnico, neutro e infenso à cultura. Não à toa, a doutrina o identificava como um código “individualista, patrimonialista, pensado a partir da ideologia da liberdade e da segurança jurídica”²⁶.

A estruturação da fundamentação das decisões recebeu atenção em esparsos dispositivos, destacando-se (i) o art. 126 cuja redação prescrevia que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”; (ii) o art. 464, posteriormente revogado pela Lei 8.950/1994, prevendo os embargos de declaração como remédio processual adequado ao controle interno da decisão, cabível quando “há na sentença obscuridade, dúvida ou contradição” ou quando “for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se a sentença”

Sobre a matéria de fato, então, apenas o art. 131 parecia indicar como as matérias fáticas ser valoradas no momento da decisão, prescrevendo que “o juiz

25. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 370; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1232; FONSECA, João Francisco Naves. Comentários ao art. 489. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aida; FONSECA, João Francisco Naves (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. IX (arts. 485-508). p. 57; SILVA, Beclate Oliveira. *Contornos da fundamentação no novo CPC*, p. 357-371.

26. MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, maio 2010. p. 165-194.

apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nota-se uma íntima ligação com o *formalismo interpretativo* e o *silogismo* como técnica de decisão²⁷ no CPC/1973. Ambas características são ligadas aos dogmas da onipotência do Legislador e da completude do ordenamento jurídico, típicos de um positivismo jurídico legalista e despreocupado com a interpretação e aplicação do direito²⁸.

A vinculação do juiz unicamente à lei e a referência ao uso da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito, nos casos de omissão legislativa, são claros resquícios do paleojuspositivismo, movimento jurídico responsável por conceber o direito unicamente como produto das fontes emanadas pela autoridade estatal. Nesse contexto, a *lei era sinônimo de Direito e norma era equivalente à regra*, cabendo aos princípios um papel meramente supletivo e subsidiário na fundamentação jurídica²⁹.

27 Cláudio Ari Mello constatou que “o exame das normas do Código de Processo Civil de 1973 que regulavam a decisão judicial sugere que o estatuto agora revogado se filiava a uma concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominava a cultura jurídica brasileira a época da sua edição” e que “essa concepção de decisão judicial está materializada no único dispositivo do Código de Processo Civil de 1973 que efetivamente regulou a atividade do juiz ao decidir um processo judicial, o art. 126”. Na crítica do autor, “a interpretação parecia compreendida como uma tarefa essencialmente cognitiva, ou seja, a tarefa do juiz limitava-se a conhecer o significado dos enunciados normativos contidos na legislação. O legislador não demonstrou preocupação com a atividade de conhecimento do significado dos textos legais. De fato, o Código de 1973 sugere um legislador confiante na capacidade dos documentos normativos de possuírem um significado suficientemente claro, determinado e preciso, plenamente apreensível pela mente do juiz. Não há evidência de qualquer suspeita de que o juiz, ao interpretar os textos, pudesse se deparar com problemas de incerteza, ambiguidade ou indeterminação semântica de seus enunciados, ou que fosse constrangido ou induzido a fazer escolhas, a realizar juízos valorativos, que pudesse recorrer à sua vontade ou a concepções subjetivas suas ao sentenciar um processo. Tudo indica que o legislador de 1973 confiava na premissa de que a ordem jurídica é potencialmente completa e coerente, sendo composta de normas semanticamente precisas e de fácil interpretação por parte de seus aplicadores” (MELLO, Cláudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 255, maio 2016. p. 63-90). Para uma extensa e profícua análise das propostas formalistas e antiformalistas de interpretação jurídica, aplicadas ao processo civil, cfr. MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*, passim.

28. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

29. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 39.

O Legislador parecia acreditar que o ato de aplicação do direito prescindia de valorações interpretativas por parte do juiz e que os textos normativos seriam dotados de sentidos unívocos. Bastaria que o intérprete conhecesse o significado preexistente à interpretação e indicasse o dispositivo legal aplicável ao caso³⁰.

Eventuais problemas de indeterminação e ambiguidade da linguagem jurídica não pareciam preocupar o imaginário à época, muito menos a possibilidade de que um mesmo texto normativo comportaria múltiplos significados. Afinal, os significados textuais e extratextuais da ordem jurídica seriam facilmente apreensíveis pelo juiz. Os princípios, nesse contexto, não exercem força normativa para a tomada de decisão, servindo apenas como fonte subsidiária, que deveria ser utilizada somente quando lacunoso o sistema jurídico, coerente e hermeticamente fechado³¹.

A estrutura da decisão judicial, assim, poderia ser representada como um ato *silogístico*.

Em primeiro lugar, na eleição da premissa maior, bastaria ao juiz *indicar* o dispositivo legal aplicável ao caso, sem necessidade de argumentar os motivos da eleição da fonte normativa escolhida e o sentido que a ela foi atribuída no caso concreto. Caso não houvesse dispositivo de lei aplicável ao caso, o juiz deveria se valer de outras fontes normativas, que não a lei, como os princípios gerais do direito e o costume, valendo-se da técnica da analogia para identificar similaridades e construir a premissa maior.

30. Na sempre precisa crítica de Ovídio Baptista, “a lei, sonhada como o porto seguro de chegada, tornou-se um obrigatório ponto inicial de dúvidas e incertezas”, afinal, “nosso mundo tornou-se demasiadamente hermenêutico” [...], pois “a esse elenco de fatores ainda seria possível acrescentar o grau de indeterminação motivado por uma produção normativa, frequentemente contraditória, que propositadamente serve-se de conceitos indeterminados, a abrir ao julgador um capô de considerável discricão; além de gerar as inevitáveis lacunas, a serem preenchidas pelo juiz, e que parece avolumarem-se na medida em que o legislador, buscando eliminá-las, exacerba-se no aumento da produção legislativa” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, p. 8-10).

31. Contribua para essa perspectiva, o fato, denunciado por Barbosa Moreira antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, de que a fundamentação era encarada no Brasil “ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo”, porém, “não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar”, mas “o controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: 1988. p. 83-95, esp. p. 90).

Em segundo lugar, a premissa menor seria delimitada pelas alegações de fatos narradas pelas partes, cabendo ao juiz livremente valorar as provas, sem qualquer compromisso argumentativo. A conclusão, correspondente à decisão final, decorreria automaticamente dessa operação. Não é outra a interpretação da doutrina à época, como se vê da lição de Moacyr Amaral dos Santos que "consistirão os fundamentos de direito, do juízo lógico, premissa maior do silogismo final, do qual se extrairá a decisão".³²

Reduzir a fundamentação das decisões judiciais a um raciocínio meramente silogístico, no entanto, não permite um controle intersubjetivo das razões de decidir, apenas um controle lógico-dedutivo. Por outro lado, a interpretação do material normativo e do material fático à disposição do juiz fica ocultada, sendo utilizadas como verdades bloqueadas de maiores discussão e implicando em decisões arbitrárias.³³

Em que pese a decisão não se reduzir a uma operação silogística, é *inafastável a sua contribuição para o controle intersubjetivo do ato decisório*. Dizer que a construção da decisão judicial não ocorre de maneira silogística (contexto de descoberta) é diferente de dizer que a decisão não pode ser estruturante silogisticamente (contexto de justificação, notadamente a justificação interna). Igualmente, muito embora o direito pode não seja só lógica, dela se aproveita. O silogismo é insuficiente para dar conta de todos os problemas que envolvem a decisão judicial, mas ele não é descartável enquanto técnica de controle lógico-dedutivo da estruturação do discurso.³⁴

32. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 18.

33. Criticando a teoria do silogismo, Taruffo vai dizer que o seu uso inadequado pode ser reconduzido a duas grandes categorias. "a primeira concerne à estrutura da motivação, que tende a configurar-se como uma cadeia fechada de passagens lógicas necessárias e cogentes, em que cada conclusão intermediária, bem como a conclusão final em que se consubstancia a decisão, tende a apresentar-se como a única consequência possível e correta das premissas da qual descende. [...] A segunda categoria das distorções que derivam do uso impróprio da lógica dedutiva ao fato de que, quanto mais a motivação é estruturada de acordo com o módulo silogístico, tanto menos emergem traços essenciais na justificação de uma decisão que se assume não ser o resultado automático de uma série de passagens formais" (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, p. 156).

34. Nesse sentido, Sérgio Nojiri afirma que a lógica contribui com "as inúmeras possibilidades estruturais das proposições normativas inseridas em um sistema jurídico, desvendando-as no plano sintático" (NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 82) e que "a lógica não é a única força operante no desenvolvimento do direito" (ibidem, p. 83), razão pela qual "a decisão judicial, necessariamente, apresenta-se em forma silogística (não se reduzindo a ela!). [...] Referida estrutura,

O silogismo jurídico acaba funcionando como instrumento ideológico na luta pela certeza do direito, tentando controlar a sua aplicação por meio de um juiz que se vale, supostamente, de uma operação estanque e compartimentalizada do seu raciocínio. A aposta dessa técnica é única e exclusivamente na *coerência interna e na lógica formal* da decisão como método de controle.

Problemas de aplicação de direito, como o caráter vago e ambíguo da linguagem jurídica e a discricionariedade da decisão judicial, já eram discutidos na teoria do direito ao tempo em que foi promulgado o CPC/1973. Dois exemplos paradigmáticos, já mencionados neste trabalho, são as teorias de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, ambas desenvolvidas na primeira metade do século XX, partindo de pressupostos céticos quanto à indeterminação do direito e o desenvolvimento de critérios de controle das decisões judiciais. Nas duas concepções, o formalismo interpretativo e o silogismo eram problemas metodológicos já superados, ligados a um positivismo exegético, que buscava aprisionar a interpretação judicial.

O primeiro traçava um paralelo entre a interpretação e aplicação do direito e a moldura de um quadro, dentro da qual são possíveis diferentes interpretações em razão da indeterminação semântica da linguagem jurídica. Assim, enquanto a interpretação de um determinado enunciado jurídico seria um ato de conhecimento sobre as diferentes possibilidades de interpretação, a aplicação seria fruto de um ato de vontade, responsável por escolher uma das interpretações possíveis.³⁵ Como não havia um método suficientemente seguro para garantir a correção de uma determinada interpretação e que constranja o aplicador a utilizá-la no momento da decisão judicial, Kelsen dizia que a discricionariedade seria inevitável.³⁶

Hart desenvolveu a famosa noção de que a indeterminação da linguagem resulta em uma *textura aberta do direito*, em que as normas jurídicas conteriam uma *zona de certeza* e uma *zona de penumbra*. A primeira hipótese seria representada por um conjunto de casos fáceis em que a aplicação da regra não careceria de maiores dúvidas (*easy cases*); a segunda hipótese, por sua vez, é composta de um conjunto de casos difíceis em que a aplicação da regra despertaria maior controvérsia (*hard cases*).³⁷ Nessa segunda hipótese, seria permitida utilização de

reconhecemos, espelha apenas seu aspecto formal. [...] A necessidade de formalização das decisões (em esquema dedutivo) serve para transformar o silogismo judicial em uma verdadeira *garantia* posta ao jurisdicionado, para que ele possa se convencer de que o raciocínio realizado pelo juiz obedeceu a certos parâmetros de ordem legal" (ibidem, p. 84).

35. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cap. VIII, p. 387-397.

36. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 391.

37. HART, H. L. A. *O conceito de direito*, cap. VII.

padrões extrajurídicos na fundamentação jurídica, valendo-se o intérprete de sua discricionariedade para resolução dos casos jurídicos.

Diante desse quadro, é inegável que o CPC/1973 já nasceu defasado em relação à agenda da teoria do direito à época, não se preocupando adequadamente com o controle da fundamentação³⁸.

4.4. Aplicação dos arts. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 em todo o direito processual

Uma questão que surge em relação ao dever de fundamentação é se as hipóteses do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 estariam limitadas ao processo civil ou se estenderiam a outras espécies de processo jurisdicional, como, por exemplo, o processo trabalhista, eleitoral, penal.

O CPC/2015, inserido no contexto do Estado Democrático Constitucional, possui uma função *participativa* e *transeleitoral*. Isso significa dizer que, inserido em um movimento de (re)codificação típico do século XXI, o CPC/2015 é responsável por estabelecer diretamente conexões entre a Constituição e as demais legislações processuais infraconstitucionais, tornando o ordenamento jurídico um organismo vivo, dinâmico e adaptável, promovendo verdadeiro diálogo das fontes³⁹. Nas palavras de Rodrigo Mazzei,

o Estado Democrático de Direito faz com que os novos códigos tenham de ter outra estrutura e diálogo diferente com a Constituição Federal e as demais leis, pois as codificações perdem o caráter de portal mais alto, para funcionar com função participativa na tradução e remessa do direito constitucional para o restante do sistema legal. Há, assim, alteração de paradigma na própria ideia de codificação⁴⁰.

38. Para uma análise nesse sentido, cfr. MELLO, Cláudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 255, maio 2016. p. 63-90. "Essa concepção formalista e normativista de sistema jurídico e decisão judicial já vivia uma crise profunda à época da edição do CPC/1973, embora essa crise teórica fosse ignorada na literatura especializada e nas decisões do Poder Judiciário brasileiro".

39. MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 17-66.

40. MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou "estória") do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 12, n. 16, jul.-dez. 2014. p. 201, nota 106.

Nesse papel, o Código assume um papel *transeleitoral*, porque funciona como a fonte normativa capaz de reordenar determinados institutos processuais para aplicá-los a toda e qualquer espécie de processo⁴¹. Trata-se de uma forma de conferir *amplitude narrativa* ao direito processual, à luz da Constituição⁴².

Não à toa, reforçando essas ideias, o art. 15 do CPC/2015 estabelece que as normas processuais civis serão aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos⁴³. Esse rol, como já aponta a doutrina, é exemplificativo⁴⁴, razão pela qual também é possível falar em aplicabilidade do CPC/2015 ao processo penal, ao microsistema do processo coletivo e ao microsistema dos juizados especiais.

O transporte das normas processuais constantes do CPC/2015 para as demais legislações processuais infraconstitucionais deverá respeitar determinados critérios. Necessariamente, é preciso um *duplo filtro de adaptação*⁴⁵: (i) primeiro, não pode haver conflito entre as normas do CPC/2015 e as normas fundamentais do direito processual, que será completado; (ii) segundo, é preciso uma conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC/2015.

Com essas premissas em mente, as hipóteses de decisões judiciais não fundamentais previstas no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, são perfeitamente aplicáveis aos demais setores do direito processual infraconstitucional.

41. "Na ausência de disposições processuais que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Nessa linha, na ausência de norma específica, a disciplina do processo civil tem caráter geral – isto é, transeleitoral" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 167).

42. Analisando o processo coletivo, mas com perfeita aplicabilidade ao exposto, cfr. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodvím, 2016. p. 51.

43. "Etimologicamente, existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira destina-se a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto" (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 15. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 94).

44. Conferir, por exemplo, MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo, et al. (Org.). *Processo penal*. Salvador: JusPodvím, 2016. v. 13. p. 525-554.

45. ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP: precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. In: CABRAL, Antonio do Passo, et al. (Org.). *Processo penal*. Salvador: JusPodvím, 2016. v. 13. p. 453-468.

4.5. Consequência da violação ao dever de fundamentação

A fundamentação das decisões judiciais, mais que uma exigência de natureza técnico-processual, consiste em garantia verdadeiramente estruturante do Estado Democrático Constitucional. Talvez a mais importante delas, pois versa sobre a própria legitimidade do Poder Judiciário para o exercício da atividade jurisdicional. Não à toa, possui estatuto constitucional e constitui o único dispositivo da Carta Magna cominador de nulidade em caso de não observância (art. 93, IX, CF/1988).

Mesmo assim, há certa polêmica na doutrina sobre a consequência gerada pela falta de fundamentação das decisões judiciais.

Antes disso, contribui para a compreensão da problemática a *teoria do fato jurídico* desenvolvida por Pontes de Miranda, segundo a qual o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir de três planos distintos entre si.

O plano da existência concerne aos requisitos para que um fato seja qualificado como jurídico, isto é, quando um fato ingressará no mundo do Direito. Esse pressuposto é o preenchimento do suporte fático, previsto no antecedente da norma jurídica, que ocorre no momento da incidência. O plano da validade refere-se, contudo, ao modo como é preenchida a hipótese fática prevista no antecedente da norma jurídica, se com defeito ou não. O ato jurídico cujo suporte fático é preenchido com defeito, apesar de inválido, existe. Na magistral lição de Pontes de Miranda, "defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito"⁴⁶. Por fim, o plano da eficácia diz respeito à aptidão do ato jurídico em produzir os efeitos previstos. Ele existe, é válido, mas pode produzir ou não os efeitos que dele se espera.

Traçada essa distinção, é fácil perceber que a decisão judicial com falta de fundamentação existe, pois foi proferida em um processo judicial e por um agente investido de jurisdição, decidindo uma pretensão formulada pela parte⁴⁷. O seu problema, porém, é o modo como ela foi proferida: com defeito. E o ato jurídico que foi produzido com defeito, existe, mas é inválido.

46 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 13.

47 Nesse sentido, também analisando o problema do efeito gerado pela falta de fundamentação à luz da teoria do fato jurídico pontesiana, cfr. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 243-254. Para uma perspectiva do problema do defeito da decisão judicial não fundamentada conforme a estrutura lógica da norma jurídica, cfr. SILVA, Becláute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, p. 183-196.

Sem razão, portanto, a concepção de Michele Taruffo segundo a qual a decisão judicial sem fundamentação não existe. O autor argumenta que a função extraprocessual da motivação impõe uma releitura dos efeitos gerados pela decisão, que não cumpre esse requisito, de modo que, sendo a motivação um "requisito estruturante dos provimentos jurisdicionais", a decisão judicial só existiria enquanto tal quando for possível controlá-la⁴⁸. O autor italiano parece justificar a inexistência da decisão judicial na gravidade, que representa a falta de fundamentação. Menos ou mais grave, o defeito de um determinado ato processual sempre se referirá à sua validade. Afinal, "é possível designar uma decisão sem fundamentação de ilegítima, espúria, absurda, autoritária etc., mas é inegável que ela é uma decisão"⁴⁹.

A grande questão, que se coloca, é densificar o que se entende por defeito na fundamentação da decisão judicial. O presente trabalho sugere ser deficiente a fundamentação com problemas de identificação do seu objeto (isto é, com a supressão ou inclusão de argumentos de fato e de direito não submetidos ao contraditório), de justificação interna (isto é, quando a conclusão não deriva das premissas), de justificação externa da premissa normativa (isto é, quando equivocada a escolha da fonte aplicável ao caso ou a interpretação dessa fonte), de justificação externa da premissa fático-probatória (isto é, quando equivocada a valoração das alegações de fato e das provas produzidas no processo) e, por fim, de teste do resultado (isto é, quando a decisão final é inconsistente/incoerente em sentido estrito ou incoerente ao ordenamento jurídico). Todas essas são hipóteses de invalidade da decisão judicial, por deficiência na fundamentação, com lastro normativo-constitucional no art. 93, IX, da CF/1988.

Também o CPC/2015 trabalha com a ideia de que a falta de fundamentação gera um problema de invalidade da decisão judicial, não de inexistência.

Primeiro, porque a própria estruturação topológica do art. 489 indica esse caminho, trabalhando, em um primeiro momento, os elementos essenciais da decisão judicial nos incisos I a III (plano da existência); e, em segundo, sobre as hipóteses de defeito na fundamentação da decisão judicial, no § 1º (plano da validade).

48 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, p. 378-386. Também indicando a necessidade de adotar essa posição à luz do CPC/2015, cfr. "Sem embargo dada a sistematização do NCPC, é hora de pensarmos, na verdade, se poder considerar como existente no mundo do direito um ato no qual lhe falta um dado essencial para que se configure como ato jurídico. Uma sentença sem fundamentação carece de existência da mesma forma que seria se lhe faltasse dispositivo" (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de processo civil*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 256, jun. 2016, p. 42).

49 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 392.

Segundo, porque considera omissa a decisão judicial, que não respeitar as diretrizes de fundamentação previstas no art. 489, § 1º, do CPC/2015, passível, inclusive, de embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, II, CPC/2015).

Terceiro, porque os Tribunais podem declarar a nulidade de uma determinada sentença por defeito, na fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC/2015); e, desde logo, julgar a causa quando o processo estiver em condições de imediato julgamento (art. 1.013, § 3º, IV, CPC/2015)⁵⁰

Assim, a decisão judicial não fundamentada é passível de invalidade⁵¹. A invalidade, por sua vez, não depende de provocação da parte e pode ser feita até mesmo de ofício pelo juiz ou tribunal, mas deverá, necessariamente, ser reconhecida por um pronunciamento judicial, seja em grau de recurso, seja por ação rescisória. Ultrapassado o prazo para propositura da ação rescisória, ocorre a convalidação da invalidade por força da coisa julgada.

50. Nesse sentido, vale ressaltar que a decisão que não observa os deveres de fundamentação deve ser declarada nula, pois “todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 451). Antes, sob a vigência do CPC/1973, dizia-se que “aos casos de sentença mal fundamentada, na qual o Juiz se haja equivocado no apreciar as questões de fato e/ou de direito que lhe foram submetidas, em consequência errando no dispositivo, não incide a sanção de nulidade: a sentença estará errada (pelo menos do ponto de vista do sucumbente [...]), mas será válida. Cumpre, pois, seja reformada em superior instância, sob a melhor apreciação das *quaestiones facti* e das *quaestiones iuris*; mas não deverá ser anulada” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada: conceitos; nulidade*. *Revista da Ajuris*, v. 22, n. 65, nov. 1995. p. 5-12).

51. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, p. 152; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, v. 14, n. 56, out.-dez. 1989. p. 223-233; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, p. 108; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 333-334; GOMES FILHO, Antonio Gomes. *A motivação das decisões penais*, p. 166-168; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 249; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 489. Breves comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1229.

5

HIPÓTESES DE DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA NO ART. 489, §§ 1º E 2º, DO CPC/2015

5.1. A fundamentação abstrata

O inciso I do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial, que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar a sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Partindo da premissa de que todo texto legal é passível de interpretação e de que o significado de um determinado signo linguístico pode variar de acordo com o contexto concreto em que ele é utilizado, toda decisão judicial precisa fundamentar a aplicação de uma *fonte normativa* a uma determinada *circunstância fática*. Ao magistrado é vedado unicamente apontar o dispositivo normativo, cabendo-lhe apresentar os *motivos* pelos quais esse dispositivo se aplica ao caso concreto.

O objetivo da prescrição normativa em questão é combater fundamentações abstratas, compreendidas, nesse quadro, como aquelas que não expõem a relação do dispositivo normativo (direito) com as circunstâncias concretas das demandas apreciadas pelo órgão jurisdicional (fatos). A fundamentação abstrata nada mais é que uma *pseudojustificação*¹, tendo em vista que o dever imposto aos juizes e tribunais de expor a indissociável articulação entre fato e direito, entre a norma jurídica invocada e a realidade concreta².

1. “O juiz deve relacionar a decisão com os fundamentos que a motivaram. Não deve, jamais, utilizar uma pseudojustificação. Não basta citar doutrina ou jurisprudência que nada tem de comum com o caso. Também não é suficiente para fundamentar uma decisão, a referência abstrata e geral, sem pertinência com a questão. O juiz que utiliza desse artifício, comete grave equívoco de decidir sem fundamentar. Sua decisão é nula, para não dizer arbitrária, pois destituida de razões” (BRASIL JR., Samuel. *Justiça, direito e processo*, p. 54).

2. Citando que o inciso I impõe a necessidade de articulação entre fato e norma na fundamentação, cfr. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 371-373; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 489. Breves comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1232; SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. *A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1º e § 2º, do novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 255, maio 2016. p. 29.

Diante de um caso concreto, o juiz deve demonstrar que o dispositivo normativo eleito para regular o caso é plenamente aplicável, isto é, que a hipótese fática *abstratamente* descrita, no antecedente normativo da fonte normativa escolhida, se ajusta com os fatos *concretamente* alegados e provados naquela demanda. Também deve demonstrar que os fatos considerados provados, no curso do processo, se *qualificam juridicamente* de acordo com o enquadramento normativo do dispositivo legal³.

A redação do inciso I utiliza três comandos normativos distintos: a proibição de *indicar, reproduzir* ou *parafrasear* atos normativos sem justificar a sua relação com as circunstâncias fáticas do caso concreto. Analiticamente falando, como são três os verbos utilizados, são três diferentes normas que podem ser construídas.

Em primeiro lugar, é proibida a *mera indicação de ato normativo*, isto é, apontar o dispositivo normativo, que sustenta a decisão, mas não fundamentar os motivos de sua respectiva escolha para aplicação no caso concreto, a interpretação de seus termos e demonstração de que os fatos do caso ocorreram e geraram a incidência da norma. Ao expor os fundamentos da decisão, não é facultado ao magistrado, por exemplo, dizer: “defiro o pedido formulado pelo autor, de acordo com o art. 186 do Código Civil”. Ora, textos legais são dotados de ambiguidade, na medida em que possuem mais de um significado, e indeterminação, pois o aplicador do direito não sabe de antemão para quais casos as normas devem ser aplicadas. Desse modo, a mera referência do julgador à fonte normativa é insuficiente e não resolve o problema relativo ao sentido daquele texto legal para o caso em julgamento. Busca-se, com o dispositivo em questão, “combater a prática viciada trazida com o positivismo jurídico de que a norma prescinde de interpretação (ou *in claris cessat interpretatio*)”⁴.

Em segundo lugar, é proibida a *mera reprodução de ato normativo*. Nessa hipótese, a decisão judicial reproduz um ato (*rectius*: dispositivo) normativo quando afirma “defiro o pedido formulado pelo autor, porque aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse caso, em vez de apontar o artigo de lei, o magistrado reproduz a sua redação. Mais uma vez, a

3. “É uma decisão que não particulariza o caso, ignora completamente a necessidade de justificação externa da decisão, pois não explica as razões da escolha da norma aplicável ao caso, os fatos provados da causa e nem justifica a qualificação jurídica dos fatos e as consequências dessa qualificação” (MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*, p. 152).

4. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 352.

decisão não é intersubjetivamente controlável, porque não expõe as razões pelas quais o dispositivo é aplicável ao caso concreto. Mais uma vez, aqui, a aplicação isolada do artigo de lei, sem justificação das causas concretas que levaram ao seu implemento, não possibilitam o controle intersubjetivo da decisão. A fundamentação, nessa hipótese, continua abstrata.

Em terceiro lugar, é proibida a *mera paráfrase de ato normativo*. A paráfrase de um ato (*rectius*: dispositivo) normativo ocorre quando o órgão jurisdicional utiliza sua capacidade intelectual e argumentativa para dizer o que o enunciado normativo prescreve com outras palavras. Exemplificativamente, dizendo “defiro o pedido formulado pelo autor porque a responsabilidade civil é caracterizada na hipótese de ilicitude do ato imprudente ou negligente que causa dano a outra pessoa por uma conduta comissiva ou omissiva” Novamente, temos aqui uma decisão arbitrária que apenas descreve o texto da lei com outras palavras, de modo que o juiz não explicita os fundamentos que a embasaram, mas apenas diz o que a lei prescreve com outras expressões. A fundamentação, nessa hipótese, mais uma vez, permanece abstrata.

Em todos esses casos, há mera repetição do texto legal, mudando apenas o modo como ele é repetido. Não há, em nenhuma dessas três hipóteses, referência ao significado, que o texto normativo assume à luz do caso concreto e das circunstâncias fáticas da demanda, elemento indispensável ao *controle e legitimidade* da decisão judicial⁵.

5.2. A fundamentação de “conceitos” jurídicos indeterminados e cláusulas gerais

O inciso II do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Conceitos jurídicos indeterminados constituem uma espécie de técnica legislativa em que os textos normativos são compostos de termos vagos, com acepção aberta, alocado justamente no antecedente da norma jurídica, espaço responsável por delimitar a hipótese fática de incidência. Levando em consideração que o julgador preencherá o sentido desse conceito, empregá-lo na fundamentação exige

5. Em sentido semelhante, Leonard Schimtz afirma que “sem relação com o caso concreto, as partes sequer conseguem saber o motivo pelo qual uma lei é aplicável” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 301) e Rodrigo Ramina aduz que o dispositivo “trata-se de desdobramento inequívoco do dever de concretude” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 237).

um maior cuidado do intérprete em contextualizá-lo com a facticidade do caso concreto⁶.

Há diversos enunciados normativos recheados de conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, *tempo razoável* (art. 6º, CPC/2015), *fins sociais e bem comum* (art. 8º, CPC/2015), *excessivamente oneroso e extrema vantagem* (art. 478, CC/2002), *probabilidade do direito e perigo de dano* (art. 300, CPC/2015), *interesse público* (art. 178, I, e art. 947, § 2º, CPC/2015), *grande repercussão social* (art. 947, CPC/2015), *preço vil* (art. 891, CPC/2015), *função social do contrato* (art. 421, CC/2002), *excesso de poderes e infração da lei* (art. 135, CTN), *repercussão geral* (art. 102, § 3º, CF/1988), entre outros.

Embora o dispositivo se refira unicamente aos conceitos jurídicos indeterminados, também não se consideram fundamentadas as decisões judiciais que aplicam *cláusulas gerais* e não explicam a razão concreta de sua incidência no caso⁷.

As cláusulas gerais, por sua vez, são compostas de indeterminação nos dois extremos da norma jurídica, pois é *indeterminada* tanto a hipótese fática de incidência quanto a consequência jurídica. Inegavelmente, a atividade jurisdicional tem um incremento hermenêutico nas situações em que o intérprete se depara com cláusulas gerais, pois exigem do órgão julgador a definição do sentido atribuível ao conceito jurídico indeterminado constante do antecedente normativo, mas também da consequência jurídica, que advém da sua incidência.

São diversos os enunciados normativos do sistema jurídico que são redigidos em forma de cláusula geral, como, por exemplo, o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/1988), o *poder geral de cautela* (art. 301, CPC/2015), a *cláusula de negociação processual atípica* (art. 190, CPC/2015), as *cláusulas gerais executivas* (arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC/2015), a *cláusula geral de boa-fé processual* (art. 5º, CPC/2015), a *cláusula geral de boa-fé nas relações obrigacionais e contratuais* (art. 422, CC/2002), a *cláusula geral de sanabilidade de irregularidades recursais* (art. 932, parágrafo único, CPC/2015), entre outras.

6. Sobre esse problema, Lenio Streck diz que "o CPC parece ter dado uma resposta direta a esse problema, ao estabelecer que o uso desses conceitos é incompatível com a fundamentação da decisão. Assim, cada conceito desse tipo deve vir acompanhado de seu contexto de uso, o que se pode chamar, a partir de Wittgenstein, 'uso pragmático da linguagem'" (STRECK, Lenio. Comentários ao art. 489. Comentários ao Código de Processo Civil, Saraiva, item 2.6).

7. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 374-375; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 453-454; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 237-239.

A utilização desses tipos de técnicas legislativas é uma tendência típica do Estado Democrático Constitucional e dos movimentos de recodificação, retirando a rigidez do texto jurídico para acompanhar a evolução das relações sociais e impedir que enunciados normativos fiquem obsoletos. Contudo, assim como um sistema jurídico não sobreviveria apenas com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sob pena de uma *sensação perene de insegurança*, não é possível conceber um sistema apenas com regras casuísticas, senão haveria uma *rigidez excessiva e inadequação à complexidade das relações sociais*⁸.

A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais não pode ser feita a revelia de critérios intersubjetivamente controláveis, a partir de *dados sistemáticos* (v.g. precedentes, dispositivos legais correlacionados, princípios) e *dados extrasistemáticos* (v.g. usos, costumes, *standards*, padrões valorativos)⁹. Trata-se de uma verdadeira reconstrução interpretativa desses termos vagos, baseada na *tradição* (art. 926, *caput*, CPC/2015).

Por assim dizer, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais *não aumenta* a discricionariedade do julgador, mas, pelo contrário, impõe um *ônus argumentativo* muito maior na fundamentação da decisão judicial¹⁰.

5.3. A fundamentação genérica

O inciso III do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial que "invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão".

8. Para uma análise nesse sentido, cfr. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "um sistema em construção": (as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro) *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, jul.-set. 1998. p. 5-22; MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 23-72; DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, v. 35, n. 187, set. 2010. p. 69-83; ZANETTI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 99-106.

9. AVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, 1997. p. 413-465; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 376-378.

10. Como alerta Rodrigo Mazzei, "a adoção das cláusulas gerais não importa num sistema discricionário sem qualquer amarra, já que os remédios de correção poderão agir tanto na parte puramente objetiva, como também dentro da postura de preenchimento do espaço de valoração, permitindo que determinado litigante venha recorrer de decisão judicial que integrou incorretamente o espaço valorativo deixado na norma" (MAZZEI, Rodrigo. *O Código Civil de 2002 e o Judiciário*: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais, p. 59-60).

Não é novidade alguma que a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, somada ao uso da tecnologia e à informatização dos sistemas judiciários, acaba gerando uma inevitável *padronização das decisões judiciais*. É absolutamente contraproducente exigir que juízes e tribunais, diante de milhares de demandas com circunstâncias fáticas praticamente idênticas, profiram decisões diferentes para cada uma delas, assim compreendidas as que se valem de variadas técnicas de estilo e com redação diferente acerca dos argumentos¹¹. Não é esse o problema que esse dispositivo visa a combater¹².

A questão é impedir decisões que, padronizadas ou não, sejam genéricas¹³. Decisões que se limitem a dizer que “a pretensão deduzida pelo autor não encontra respaldo na prova dos autos, razão pela qual indefiro o pedido”. Como bem percebido por Leonardo Carneiro da Cunha, “é admissível que se padronize o formato da decisão, e até mesmo, parte do seu conteúdo, mas não se deve admitir sentenças genéricas que se prestariam a justificar qualquer julgamento”¹⁴. É preciso que a fundamentação explicite, *ainda que de maneira sintética*, os fatos relevantes da causa que autorizam ou não a consequência jurídica prevista na norma legal.

Vale ressaltar que a hipótese de decisão judicial não fundamentada, mencionada pelo inciso III, pode ser aplicada em conjunto com as hipóteses descritas nos incisos I e II¹⁵. Isso porque é possível que dois ou mais comandos normativos

11. O que, inclusive, já foi objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça: “À luz dos incisos III e IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015, o órgão julgador não necessita construir textos individuados para cada um dos casos analisados, quando é possível aferir, sem qualquer esforço, que a fundamentação não é genérica” (EDcl no REsp 1322791/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 15.12.2016, DJe 20.02.2017).
12. No ponto, Beclaute Oliveira Silva pontua que “deve-se advertir que fundamentação genérica não se confunde com fundamentação repetida. Nada impede que o Magistrado, em situações idênticas, como acontece em demandas de massa, faça uso de fundamentação já lançada em causa idêntica” (SILVA, Beclaute Oliveira. *Contornos da fundamentação no novo CPC*, p. 357-371).
13. Dizendo que o inciso III visa a coibir fundamentação genérica, cfr. SILVA, Beclaute Oliveira. *Contornos da fundamentação no novo CPC*, p. 357-371; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 302.
14. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1234.
15. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em processo de natureza penal: “O Juízo singular, por ocasião da conversão do flagrante em prisão preventiva, apenas apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem nem sequer indicar o delito supostamente praticado pelo acusado, tampouco justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade. Deficiência na fundamentação (art. 489, § 1º, I e III, CPC) (RHC 70.674/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 23.06.2016)”.

previstos em textos legais imputem apenas uma consequência jurídica, ou, ainda, que dois ou mais artigos de lei sejam responsáveis pela construção de apenas uma norma¹⁶.

Nesse caso, as decisões, que se prestam a justificar qualquer decisão, são aquelas que “se limitam à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inciso I) e, igualmente, que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inciso II)¹⁷.

Mais uma vez, nota-se a preocupação do Código com uma fundamentação particularizada ao caso concreto, fazendo referência expressa às circunstâncias fáticas e à qualificação jurídica dada aos fatos.

5.4. A fundamentação e o exame de todos os argumentos deduzidos no processo

O inciso IV do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Trata-se de uma preocupação que a decisão judicial seja construída democraticamente, em que a aplicação do direito não seja fruto de um ato solitário do julgador, mas de um debate institucional entre autor, juiz e réu no curso do processo. Em razão disso, o dispositivo permite visualizar a estreita ligação entre o direito fundamental ao *contraditório* e ao dever de *fundamentação das decisões judiciais*¹⁸.

A fundamentação da decisão judicial deve ser um espelho da discussão ocorrida durante o processo jurisdicional. As partes não retiram o Poder Judiciário da inércia exclusivamente para saber qual é a eventual decisão do juiz sobre seu caso,

16. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 50-55; ZANETTI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cap. 2.
17. Em sentido aproximado, dizendo que o inciso III “fala de forma mais geral do que já foi tratado nos dois anteriores” (cfr. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 41, n. 256, jun. 2016, p. 49).
18. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que a extensão da fundamentação das decisões judiciais é consequência direta da nova feição atribuída ao contraditório no Estado Constitucional e positivada no CPC/2015 (cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2017, v. 1, p. 517-518). Em sentido semelhante, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 348.

mas porque há uma demanda não resolvida no plano do direito material. Por assim ser, as partes têm considerações sobre essa demanda: as suas versões sobre os fatos que ocorreram, as interpretações sobre o direito aplicável. *O juiz deve ouvir essas versões e levá-las em consideração no momento de proferir sua decisão.* Não à toa, o sistema processual não permite decisões-surpresa (art. 10, CPC/2015).

Mais importante que demonstrar à parte vencedora os motivos pelos quais os seus argumentos foram acolhidos, é demonstrar à parte vencida as razões pelas quais sua argumentação foi rejeitada¹⁹. Trata-se de requisito indispensável ao cumprimento da *função endoprocessual* da fundamentação, afinal, sem conhecer essas razões, a parte vencida não poderá impugnar a decisão, tampouco órgãos jurisdicionais superiores poderão delas conhecer. Como alerta Fredie Didier Jr.,

af, pois, está o cerne da questão: para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda.²⁰

Por isso, não é possível concordar com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que

o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado *motivo suficiente* para proferir a decisão [pois] a prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 [§ 1º, IV] *veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*²¹.

19. Assim, Ovídio Baptista já alertava, à luz do CPC/1973, que “o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor; mas, além, disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, p. 17). Sob a vigência do CPC/2015, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 304; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 240.

20. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 380.

21. STJ, EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, j. 08.06.2016, DJe 15.06.2016; EDcl no AgRg nos EREsp 1483155/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, j. 15.06.2016, DJe 03.08.2016.

O argumento utilizado pelo STJ é, logicamente, contraditório, pois o critério estabelecido legalmente para deixar de enfrentar um argumento da parte não é a presença de um “motivo suficiente para proferir a decisão”, mas a sua capacidade de “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Então, não é correto dizer que o CPC/2015 confirmou a jurisprudência do STJ, mas que, muito pelo contrário, o CPC/2015 transformou, paradigmaticamente, o critério de controle da decisão judicial, antes baseado no *convencimento subjetivo do juiz* (paradigma da filosofia da consciência) e agora controlável, intersubjetivamente, por meio da fundamentação efetivamente realizada para o caso concreto (paradigma da filosofia da linguagem).

O dispositivo não busca impor a juízes e a tribunais decisões exaustivamente fundamentadas, analisando minuciosamente toda e qualquer assertiva das partes em suas respectivas postulações²². É preciso conferir uma interpretação adequada ao texto normativo para preservar o *direito fundamental ao contraditório*.

É crucial estabelecer a diferença entre o conceito de *argumento* e de *fundamento*, sobretudo para os fins do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. O dispositivo não exige que o juiz se manifeste sobre *qualquer* argumento, mas sobre um argumento *qualificado*, ou seja, capaz de influir no resultado da demanda, alterando-o²³. Assim devem ser obrigatoriamente examinados os argumentos que “formam a razão da pretensão, ou seja, os fundamentos de fato e de direito que formam a *causa petendi* e a *causa excipienda*”, compostos dos fatos constitutivos do direito do autor, que é a causa de pedir remota, e a sua respectiva qualificação jurídica, que é a causa de

22. Em sentido contrário, à luz do CPC/1973, José Rogério Cruz e Tucci dizia que “não há necessidade de o magistrado examinar analiticamente argumento por argumento deduzidos pelos litigantes, em particular pela parte, que restar vencida. Trata-se de hipóteses de motivação implícita. Com efeito, a adoção ou repulsa de certas razões pode encontrar-se motivada de um modo implícito, havendo argumentos principais e subsidiários estribados no mesmo fato, os argumentos explícitos para o acolhimento, ou não, dos primeiros prestam-se a justificar, implicitamente, idêntica solução dada aos segundos” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, p. 19).

23. “Em suma, a garantia que envolve a motivação decisória estará circunscrita aos fundamentos [...], isto é, em relação às *proposições* que podem levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, sejam por razões de forma (questões processuais), sejam por razões de conteúdo (questões materiais). O argumento, por sua vez, estará caracterizado como *retórica* que gravita em torno do *fundamento*, ou seja, está atrelado à manifestação de *convencimento* em relação à questão que pode levar ao sucesso ou insucesso da postulação” (MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o livre convencimento (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do STJ. In: GALIOTTI, Isabel; et al. (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 239-249. Anteriormente, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 456.

pedir próxima, além, ainda, daqueles fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito levantados pelo réu, e sua respectiva qualificação jurídica²⁴.

A distinção conceitual é, portanto, importante para compreender que o dispositivo não exige o enfrentamento de *toda* e *qualquer* argumento lançado pelas partes; mas, por sua vez, havendo um argumento de fato ou de direito lastreado na causa de pedir, que pode alterar o resultado final (ou seja, um fundamento), é essencial que o juiz ou Tribunal examine-o, seja para acolhê-lo, seja para afastá-lo²⁵. No entanto, dizer se uma questão é classificada como argumento ou fundamento também é matéria, que deve ser objeto de fundamentação pelo julgador, permitindo, inclusive, um controle intersubjetivo da qualificação de uma determinada proposição como argumento ou fundamento mediante o contraditório recursal²⁶. Essa é a interpretação mais adequada para dar máxima efetividade ao contraditório

24. BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*, p. 55-58. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa diz que "Fundamento é razão de decidir, argumento é raciocínio por força do qual, partindo-se de fundamentos fáticos e jurídicos articulados entre si, se extrai uma conclusão decisória. O primeiro é ponto de partida; o segundo, o caminho para o ponto de chegada" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao artigo 489. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (Coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 595).

25. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça considerou não fundamentado acórdão que confirmou a negativa em conceder gratuidade de justiça à parte, mas deixou de apreciar argumentos dela sobre insuficiência de recursos: "[...] 4. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida. 5. Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente – diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício – não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios (REsp 1622386/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 20.10.2016, DJe 25.10.2016) [os grifos são nossos].

26. Isso porque "[...] é importante se ter em mente que o descarte de fundamento, sob a dicção judicial de assim não se tratar, deve-se dar de forma motivada. Assim, mesmo no julgamento dos embargos de declaração, há o dever de motivar – em contraposição ao livre convencimento – e o órgão julgador deverá trazer motivadamente as razões porque desqualifica a questão apontada pela parte como fundamento relevante, sob pena de violação ao texto constitucional (artigo 93, IX)" (cfr. MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 397).

na fundamentação das decisões judiciais, inclusive, conjugando harmoniosamente o termo *argumento* do art. 489, § 1º, IV, com o termo *fundamento* do art. 10, ambos do CPC/2015.

Como é possível perceber, a legislação processual expandiu consideravelmente a possibilidade de controle intersubjetivo da decisão judicial, respeitando o processo como um espaço de debate entre as partes e o juiz, institucionalizando a participação democrática dos agentes jurídicos para influência na formação da decisão.

5.5. A fundamentação para aplicar precedentes, súmulas e jurisprudência

O inciso V do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial que "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".

O dispositivo deve ser lido conjuntamente ao art. 927 do CPC/2015, responsável por estabelecer um rol de *precedentes normativos formalmente vinculantes* que deverá ser observado por todos os juízes e tribunais. Trata-se de uma vinculação com dupla dimensão: a *horizontal*, em que juízes e tribunais devem observar os seus próprios precedentes, e *vertical*, em que devem observar os precedentes dos seus superiores hierarquicamente superiores, dentro das respectivas competências. Dessa maneira, o Código busca estabelecer uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC/2015).²⁷

27. Sobre a aplicação dos precedentes no direito brasileiro, cfr. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* [2010]. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes: reacompanhamento do sistema processual da corte suprema* [2013]. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, passim; STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* [2013]. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2014; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* [2015]. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; MACEDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil* [2015]. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

O dispositivo impõe a externalização dos seus respectivos fundamentos determinantes, na fundamentação em que for invocado – pelas partes ou de ofício pelo juiz – um determinado precedente ou enunciado de súmula. O conceito de fundamentos determinantes, à luz da teoria dos precedentes judiciais, remete à ideia *ratio decidendi*. A conjunção dos elementos fático-jurídicos que serviu de suporte à razão de decidir no passado, quando devidamente universalizados e desde que haja similitude entre os fatos, pode ser aplicada a casos futuros e análogos. O mesmo não pode se dizer dos elementos laterais que, de passagem, não influenciaram na decisão, os chamados *obiter dicta*. Esses, por sua vez, não integram a *ratio decidendi*²⁸.

O dever de fundamentação imposto por esse dispositivo veicula duas normas distintas: (i) primeiro, a identificação dos fundamentos determinantes do caso passado; (ii) segundo, a verificação do seu ajuste ao caso presente.

Não basta só identificar, dizendo, na fundamentação, que determinado precedente do STJ ou do STF possui uma determinada *ratio decidendi*, mas é preciso demonstrar que os fatos do caso presente a ela se amoldam e daí extrair a conclusão. Se o juiz apenas identificar os fundamentos determinantes, cumprirá tão somente a primeira etapa da justificação externa, argumentando as razões de escolha da premissa maior. Nada dirá, contudo, sobre a premissa menor, ou seja, o ajuste ao caso concreto, tampouco da conclusão que deriva dessa operação.

O Código, portanto, busca combater a mera transcrição de ementas na aplicação dessas normas, justamente porque as ementas podem consistir em proposições descontextualizadas das circunstâncias fáticas que integram os fundamentos determinantes, sendo necessário buscar o DNA dos precedentes invocados com a situação concreta em jogo²⁹. Igualmente, repele a aplicação quantitativa de julgados para dar força ao argumento empregado na decisão, buscando um incremento qualitativo na fundamentação de decisões com base em outras decisões.

28. Esse ponto joga luz em um problema capital na metodologia de julgamento colegiado no direito brasileiro, pois os Tribunais não dispõem a devida atenção à convergência de fundamentos entre os votos, imprescindível à constituição dos fundamentos determinantes. A tarefa de identificar essa convergência, contudo, não é nada fácil. Culturalmente, nos tribunais brasileiros, as decisões colegiadas não identificam o *thema decidendum* por questões ou fundamentos, o que torna hercúlea a tarefa posterior do intérprete, seja ele litigante ou julgador, em identificar fundamentos convergentes e extrair a *ratio decidendi* vinculante para casos análogos e futuros. Sobre a necessidade de reformulação do julgamento colegiado de acordo com o sistema de precedentes do CPC/2015, ver, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

29. STRECK, Lenio. Comentários ao art. 489. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Saraiva, item 2.9.

Essa é uma exigência de respeito à coerência e integridade a que se refere o art. 926 do CPC/2015, pois, na perspectiva processual hermenêutica, que o dispositivo exige, “não [se] permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse confirmatório do aplicador (*confirmation bias*), de acordo com suas preferências, é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgado do caso”³⁰.

Para compreensão dessa metodologia de fundamentação, é essencial compreender a diferença entre *precedente* e *enunciado de sumula*.

O precedente é um único caso, decidido no passado (*leading case*), responsável por reconstruir o ordenamento jurídico, mediante interpretação e sob uma determinada moldura fática, com fundamentos dotados de força vinculante para casos posteriores. Os fundamentos determinantes do precedente, portanto, são extraíveis da fundamentação constantes da própria decisão judicial que o origina.

Já o enunciado de súmula é um extrato dos fundamentos determinantes de um determinado precedente ou de uma cadeia decisória consistente³¹. Por mais recomendável que seja haver uma identidade entre a *ratio decidendi* e a *súmula*, é preciso que a aplicação de uma determinada súmula a um caso não fique limitada ao seu respectivo enunciado, mas investigue, no precedente ou na cadeia decisória respectiva, a razão de decidir adotada e que terá força vinculante para decisões futuras.

Isso porque os Tribunais brasileiros, não raro, têm editado enunciados de súmulas abstratas e genéricas, tal qual a lei, sem referência às circunstâncias fáticas dos casos que a originaram³². O art. 926, § 2º, do CPC/2015 visa a, justamente, combater essa questão. Se é imprescindível à aplicação do precedente a verificação

30. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 414-415.

31. Para uma compreensão da origem das súmulas no direito brasileiro, cf. LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da súmula. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, jul.-set. 1981. p. 1-20.

32. As críticas às súmulas podem ser vistas em ampla produção doutrinária, sob diferentes perspectivas e abordagens, cfr., por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Temas de direito processual civil*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313; STRECK, Lenio. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”?* *Dirctos Fundamentais & Justiça*, n. 5, out.-dez. 2008. p. 162-185; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; LADEIRA, Aline Haddad. O precedente judicial em paralelo às súmulas vinculantes. pelas (re)introdução da faticidade do mundo jurídico. *Revista de Processo*, v. 39, n. 234, ago. 2014. p. 275-302.

de similitude fática entre os casos, o que só pode ser percebido pela unidade fático-jurídica dos fundamentos determinantes, não basta invocar o enunciado de súmula³³. Afinal, “não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas”³⁴.

Ainda é preciso conceituar a *jurisprudência* que, apesar de não constar do dispositivo mencionado, está presente em diversos outros textos normativos do modelo de precedentes do Código, como, por exemplo, o inciso IV, do art. 489, § 1º.

Jurisprudência, ao contrário do precedente, não representa um caso somente, mas um conjunto de casos. Diferentemente do precedente, na jurisprudência essa identificação é mais complexa³⁵. A *ratio decidendi* do precedente é constituída por uma unidade fático-jurídica com força vinculante para casos futuros; na jurisprudência não há uma comunhão fática, que permita identificar a consequência jurídica com clareza, apenas um conjunto de casos com circunstância concretas, às vezes iguais, às vezes diferentes, com uma razão de decidir comum. Por essa razão, a jurisprudência tem força persuasiva; mas, quando invocada, deve ser enfrentada como um argumento, quando for capaz de infirmar a conclusão final (art. 489, § 1º, IV, CPC/2015). Sem força vinculante, porém.

33. Comentando o art. 926, § 2º, do CPC/2015, Hermes Zaneti Jr. ressalta a necessidade de observância dos fundamentos determinantes dos precedentes que originaram o enunciado da súmula, importando os fatos das causas não só em relação à redação das súmulas, mas também quanto à sua interpretação e aplicação, afinal, “não se podem confundir os enunciados das súmulas com normas gerais e genéricas, no estilo dos assentos portugueses, sob pena de sua inconstitucionalidade. Em outras palavras, pode-se falar em súmulas como extratos de precedentes se, e somente se, a formulação e aplicação das súmulas não for abstrata e genérica, mas vinculada à *ratio decidendi* dos casos precedentes” (ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 926 e 927. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1329-1330).

34. STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, p. 61.

35. Para uma diferenciação entre o conceito de precedente e jurisprudência, cfr. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 61, n. 3, set. 2007. p. 709-725. No Brasil, com amplas referências bibliográficas, ver ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 303-310; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*, p. 93-94. Criticando a, assim chamada pelo autor, “algararra conceitual” no processo civil brasileiro, cfr. MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, p. 89-93.

A fundamentação, que aplicará um determinado precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência, deve ser controlável intersubjetivamente, pouco importando a força vinculante ou o caráter persuasivo.

3.6. A fundamentação para afastar precedentes, súmulas e jurisprudência

O inciso VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015 considera não fundamentada a decisão judicial que “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”.

Assim como o inciso V introduz na dogmática processual brasileira, por meio da expressão *fundamentos determinantes*, o conceito de *ratio decidendi* da teoria dos precedentes, no inciso VI, a menção à *distinção* e à *superação* remetem, respectivamente, aos conceitos da teoria dos precedentes de *distinguishing* e *overruling*. Ambos constituem técnicas de decisão, que deverão ser utilizadas pelos juízes e tribunais para afastar um precedente, um enunciado de súmula ou a jurisprudência invocada pelas partes.

Esse ponto é de essencial compreensão para o modelo de precedentes do Código. Partindo-se da constitucionalidade da vinculação estabelecida pelo rol do art. 927 do CPC/2015, juízes e tribunais só poderão afastar precedentes, enunciados de súmula ou jurisprudências, quando realizarem distinções e superações, respeitando a *metodologia própria da fundamentação* com base nesse tipo de norma. Caso contrário, eventual não aplicação dessas normas será possível somente mediante controle difuso de constitucionalidade, em que juízes e tribunais deverão se desincumbir do *pesado ônus argumentativo* de afastar a *presunção de constitucionalidade* das leis editadas pelo Poder Legislativo.

A *distinção* corresponde à verificação que não existe similitude fática entre o caso do passado e o caso do precedente. A sua correta aplicação pressupõe três etapas em sequência: a identificação das circunstâncias fáticas do caso passado que integram os seus fundamentos determinantes (*material facts*), a identificação das circunstâncias fáticas do caso presente e a demonstração de que existem questões fáticas pontuais no caso presente que autorizam a não aplicação dos fundamentos determinantes do caso passado. Em síntese, trata-se de um juízo de pertinência à solução jurídica do precedente, súmula ou jurisprudência à moldura fática do caso em julgamento³⁶.

36. É preciso cuidado para que a técnica de distinção não se confunda com a técnica da superação, caracterizando uma distinção inconsistente, o que funcionaria como uma burla ao sistema de precedentes, conforme explica PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes

A *superação* também autoriza afastar um precedente ou enunciado de súmula de caráter vinculante, na medida em que se exige a revisão dos seus respectivos fundamentos determinantes diante de mudanças sociais, econômicas, políticas ou jurídicas daquela comunidade³⁷. Essas mudanças são observadas a partir de uma incongruência sistêmica, oportunidade em que os juízes, que deveriam aplicar o precedente, já observam o seu desgaste, ou incompatibilidade social, situação em que as circunstâncias não mais corroboram os fundamentos determinantes.

A *superação* impõe um ônus argumentativo ainda maior que a distinção, porque é quando o Poder Judiciário definirá que a interpretação por ele conferida, no passado, não mais corresponde ao contexto presente e, por conta disso, deve ser alterada. Não é difícil, por isso, enxergar o caráter excepcional da *superação*, sobretudo em um modelo de precedentes com vinculação legal. Assim, somente o Tribunal responsável pela formação do precedente é que poderá superá-lo. Permitir o contrário, quebraria a vinculação estabelecida pelo art. 927 do CPC/2015. Nada impede que o julgador, que verifica a necessidade de *superação*, siga o precedente, mas faça uma ressalva de entendimento³⁸.

As técnicas de distinção e *superação* foram originalmente concebidas para tratar com *precedentes*, e não com enunciados de súmulas e jurisprudência. Em que pese seja possível realizar distinções e *superações* de fundamentos determinantes externalizados em súmula, a tarefa é mais complexa quanto à jurisprudência, de modo que, sendo tratada que será como argumento, não se aplicam as técnicas de distinção e de *superação*.

O Código, nesse ponto, busca racionalizar o afastamento de julgados invocados pelas partes quando o juiz deve fundamentar a sua decisão por meio de uma

desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, v. 40, n. 248, out. 2015. p. 331-355.

37. "Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the legal socially congruent and systemically consistent outweigh the costs of not serving the values that underlie doctrinal stability and stare decisis" (cfr. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 122. Na doutrina brasileira, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 251-260. Mais amplamente sobre o tema, cfr. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015).

38. "A melhor solução para o juiz que não se conforma com o precedente será sempre aplicar o precedente com a ressalva de entendimento pessoal, o que também permitirá o recurso da parte vencida" (cfr. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 318).

metodologia não só de aplicação, mas também de afastamento de precedentes, súmulas e jurisprudência, permitindo, assim, o controle do ato decisório.

Desse modo, a partir de uma perspectiva abrangente e geral, são possíveis duas regras gerais e argumentação neste tema: "quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo" e "quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação"³⁹.

5.7. A fundamentação e a colisão entre normas (regras e princípios)

O art. 489, § 2º, do CPC/2015 prescreve que "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 factuais que fundamentam a conclusão".

Trata-se, como se pode perceber, de uma preocupação com a fundamentação das decisões judiciais com base em *princípios jurídicos*, um dos temas mais complexos da literatura jurídica contemporânea e que possui diversas teorias e diferentes marcos teóricos. A menção do dispositivo à *ponderação* indica a metodologia desenvolvida por Robert Alexy para utilização de *princípios* na fundamentação das decisões judiciais⁴⁰. Apesar disso, o dispositivo refere-se à *ponderação* entre normas, o que, na concepção desse autor, não é possível, já que norma é gênero do qual *princípios* e *regras* são espécies.

Segundo Alexy, *princípios* são mandatos de otimização, que podem ser realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Por conta disso, é absolutamente possível que haja uma colisão de *princípios* nos diferentes casos concretos, e a prevalência de um determinado *princípio* deve ser resolvida por meio de uma máxima, que ele denomina de *proporcionalidade* – que, inclusive, também consta no Código, em seu art. 8º. A *proporcionalidade*, por sua vez, é subdividida em três etapas a serem observadas na fundamentação da decisão: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

A *adequação* consiste em averiguar se um determinado meio contribui para realização do fim pretendido; a *necessidade* examina, entre todos os meios disponíveis, qual é mais eficaz e menos gravoso à realização do fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* realiza uma *ponderação* entre os meios, de modo a verificar qual intervém de maneira mais severa na esfera jurídica. Somente se passa à etapa

39. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 270. No Brasil, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 338.

40. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, passim.

seguinte se o meio cumprir o requisito da etapa anterior, ou seja, somente será analisada a necessidade do meio se ele for adequado; e somente será realizada a ponderação dos meios se eles forem adequados e necessários.

Nesse ponto, a fundamentação das decisões judiciais com base em princípios deve conjugar o art. 489, § 2º, do CPC/2015 com a *proporcionalidade* do art. 8º do CPC/2015, permitindo um controle intersubjetivo do princípio aplicado ao caso a partir das etapas mencionadas⁴¹. Isso não impede que outras maneiras de aplicar princípios da fundamentação jurídica sejam descartadas. Basta que o órgão jurisdicional explicitar qual é a metodologia adotada e justifique os critérios selecionados para tanto.

Outra questão que se coloca, no que diz respeito a esse dispositivo, é a interpretação adequada do termo *normas*. De acordo com a teoria do próprio Alexy, a *norma* é vista sob uma perspectiva semântica e visualizada como um gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Por causa disso, setores da doutrina tem criticado a expressão do Código, afirmando que foi realizada uma “opção legislativa defasada e obsoleta”⁴² e que o dispositivo é inconstitucional⁴³.

Antes de bradar pela sua inconstitucionalidade, o dispositivo pode ser interpretado de maneira tal que a sua constitucionalidade seja preservada. Há quem defenda, por exemplo, a solução de empregar uma *interpretação conforme à Constituição* do termo *norma*, compreendo-o apenas como *normas-princípios*, e não como *normas-regra*. A justificativa é que regras não poderiam ser objeto de ponderação, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da separação de poderes, causando extrema insegurança jurídica⁴⁴.

Ainda que a distinção analítica entre normas-princípio e normas-regra seja o caminho a ser percorrido, é preciso ressaltar a possibilidade de o ordenamento jurídico conter – normas-regra conflitantes entre si. Nesse caso, havendo antinomia

41. Analisando os dispositivos à luz da colisão de direitos fundamentais e da teoria de Robert Alexy, cfr. JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JR., Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, jan.-abr. 2017 p. 324-345.

42. A crítica é de ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, v. 42, n. 269, jul. 2017 p. 109-138.

43. Nesse ponto, os hermenutas defendem a inconstitucionalidade do dispositivo, cfr. STRECK, Lenio. Comentários ao art. 489. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Saraiva, item 2.11.1, ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*.

44. Contra, defendendo ser possível, em algumas situações, a ponderação através de um processo argumentativo das razões que sustentam as regras quando houver entrechoque entre elas, cfr. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 66-72.

entre regras, seria possível empregar: (i) o critério cronológico, pelo qual uma regra posterior seria aplicada em detrimento de uma regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), (ii) o critério hierárquico, pelo qual uma regra superior seria aplicada em detrimento a uma regra inferior (*lex superior derogat legi inferior*), e (iii) o critério da especialidade, pelo qual uma regra especial seria aplicada em detrimento a uma regra geral (*lex specialis derogat legi generali*)⁴⁵.

Caberia ao órgão jurisdicional, em primeiro lugar, realizar uma interpretação global do ordenamento jurídico e identificar as regras aplicáveis ao caso. Posteriormente, uma vez identificadas duas ou mais regras aplicáveis ao caso e conflitantes entre si, deverá explicitar o critério de resolução de antinomia utilizado para aplicar uma e negar a eficácia da outra. Ainda, deve expor as razões pelas quais entende que o critério é pertinente ao caso e as premissas fáticas da situação concreta, que autorizam essa operação. Nessa ocasião, é evidente a aplicação do art. 489, § 2º, do CPC/2015, permitindo o controle intersubjetivo da decisão⁴⁶.

O dispositivo, então, encontra-se adequado ao problema de regras e princípios que, eventualmente, colidam em determinados casos concretos, constituindo mais um instrumento de controle intersubjetivo da decisão.

45. Defendendo essa possibilidade, cfr. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1236; PUGLISE, William Soares; RUTANO, Leandro José. Considerações sobre a norma de ponderação do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 42, n. 268, jun. 2017 p. 47-69.

46. Em sentido contrário, dizendo que “embora válidos, [os critérios de antinomia] devem ser cuidadosamente compreendidos e aplicados, uma vez que a norma extraída do texto posterior, superior ou especial pode ser inconstitucional, fazendo com que esse critério positivista exegético-normativista deixa de ser relevante e verdadeiramente eficaz” (ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*).