

**FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS DO ALTO SÃO FRANCISCO**

**COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

**MONALIZA LAMOUNIER DE OLIVEIRA**

**O SENTIDO E O ALCANCE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO  
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**LUZ / MG**

**2021**

**MONALIZA LAMOUNIER DE OLIVEIRA**

**O SENTIDO E O ALCANCE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO  
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências  
e Letras do Alto São Francisco, como quesito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Me. Mariano Henrique Campos.**

**Área de concentração: Constitucional, Filosofia,  
Processual Civil.**

**LUZ / MG**

**2021**

**MONALIZA LAMOUNIER DE OLIVEIRA**

**O SENTIDO E O ALCANCE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO  
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do  
Alto São Francisco - FASF, como quesito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador

Prof. Dr. Me. Mariano Henrique Campos

---

Prof(a). Dr(a). Me.

---

Prof(a). Dr(a). Me.

Luz / MG., 18 de novembro de 2021

**FACUDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS DO ALTO SÃO FRANCISCO**

**CURSO GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC**

**E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluna: Monaliza Lamounier de Oliveira

RG: 12.304.081 SSP/SP

CPF: 534.952.681-20

Matrícula: 3559599

Título do TCC: O sentido e o Alcance do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais

Orientador: Prof. Me. Mariano Henrique Campos

Eu, Monaliza Lamounier de Oliveira, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Luz/MG, 18 de novembro de 2021

---

Monaliza Lamounier de Oliveira

*Dedico esse singelo trabalho à minha querida  
família*

*consanguínea (João, Maria, Mônica, Magda e  
sobrinhos);*

*por afinidade (Sandro) e*

*pela amizade (Emília e Luís Miguel),*

*meus bens mais preciosos, meu eterno  
reconhecimento!*

*Minha gratidão*

*A Deus*

*A minha família*

*À FASF*

*Ao Coordenador do Curso de Direito, Me.  
Gustavo Ferreira Carvalho*

*Ao orientador, Me. Mariano Henrique  
Campos*

*À família do Fórum Orsine Batista Leite.*

*“A formação de uma decisão justa para as partes reclama a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado à juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo. Em outras palavras, depende da composição de critérios concernentes ao plano das normas, ao plano dos fatos e ao plano do processo em que a atividade do juiz e das partes se desenvolverá para obtenção de uma decisão justa”.*

*Daniel Mitidiero*

## RESUMO

O presente estudo, singelas reflexões, analisa o dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 que preceituam que toda e qualquer decisão deve ser fundamentada, apta a demonstrar ao jurisdicionado a *ratio iudicandi*. A fundamentação das decisões judiciais se constituiu em ônus, sobretudo porque é tratada como garantia fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito, além de legitimar o Poder Judiciário. A qualidade, adequação e justeza das decisões são projetadas na justificação. Fundamentar é elucidar as razões, justificar as premissas, através de uma estrutura e de um conteúdo mínimo que permita a avaliação jurídica dos decisórios. Nesse quadro, encerra-se um dos dilemas da hodierna teoria do direito: o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial compatível com os postulados constitucionais, capaz de reduzir a discricionariedade judicial, impedir a arbitrariedade interpretativa que resulta da “livre” atribuição de sentido. Para tal desiderato, impõe-se a (re)construção do raciocínio jurídico por meio de uma teoria lógico-argumentativa ensejadora da aceitabilidade das proposições apresentadas na decisão judicial. Nesse revelar das razões através da argumentação jurídica, racional e objetiva desvela-se as concepções acerca do Direito e de sua função na sociedade. A decisão, resposta do sistema jurídico ao seu destinatário, materializa a sua posição frente ao plexo normativo, à realidade (consubstanciada no caso concreto) e à estrutura processual. Tal atividade, não é mera escolha despreziosa, mas síntese do esforço cognoscitivo para a efetivação da justiça.

**Palavras-chave:** Decisões Judiciais. Dever de Fundamentação. Teoria da Decisão. Argumentação Jurídica.

## ABSTRACT

This study, simple reflections, analyzes the duty to substantiate court decisions in light of article 93, IX, of the Federal Constitution of 1988 and article 489, paragraph 1 of the 2015 Code of Civil Procedure, which prescribe that any and all decisions must be reasoned, able to demonstrate to the court the *ratio iudicandi*. The grounds for judicial decisions constituted a burden, above all because it is treated as a fundamental guarantee inherent to the Democratic State of Law, in addition to legitimizing the Judiciary. The quality, adequacy and fairness of decisions are projected into the justification. Justifying is to elucidate the reasons, justify the premises, through a structure and a minimum content that allows the legal assessment of decision-making. In this context, one of the dilemmas of today's theory of law is closed: the development of a theory of judicial decision compatible with constitutional postulates, capable of reducing judicial discretion, preventing the arbitrary interpretation that results from the "free" attribution of meaning. For such a desideratum, the (re)construction of the legal reasoning through a logical-argumentative theory that gives rise to the acceptability of the propositions presented in the court decision is necessary. In this revealing of reasons through legal, rational and objective argumentation, the conceptions about the Law and its function in society are unveiled. The decision, a response of the legal system to its addressee, materializes its position vis-à-vis the normative plexus, the reality (constituted in the concrete case) and the procedural structure. Such activity is not a mere unpretentious choice, but a synthesis of the cognitive effort for the realization of justice.

**Keywords:** Judicial Decisions. Duty of Reasoning. Decision Theory. Legal Argumentation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 PREVISÃO LEGAL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Fundamentação Constitucional .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Fundamentação Infraconstitucional: Código de Processo Civil 2015 .....</b>	<b>14</b>
<b>3 CORRENTES TÉORICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1 Jusnaturalismo: “É Direito a norma que é justa” .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2 Positivismo Jurídico: “É Direito a norma, mesmo quando injusta” .....</b>	<b>26</b>
<b>3.3 Realismo Jurídico: “É Direito a norma, justa ou injusta, que decidir o caso” .....</b>	<b>27</b>
<b>3.4 Neoconstitucionalismo: “É Direito... ?” .....</b>	<b>28</b>
<b>4 TEORIA DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....</b>	<b>31</b>
<b>5 A PERSPECITIVA DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 489, § 1º, DO CPC/15 .....</b>	<b>36</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS .....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Todos que se socorrem à tutela jurisdicional anseiam por uma resposta condizente com seus direitos, coerente com o sistema jurídico e pertinente com o contexto social circundante. Este pronunciamento é personificado na decisão judicial, produto da atividade inteligível que reconstrói o plexo normativo e o quadro fático para uma prestação jurisdicional qualificada. A materialização da função originária do Poder Judiciário, necessariamente passa pelos contornos de seus decisórios.

O questionamento fundante, ensejador do presente estudo, foi gestado no contexto da reflexão acerca da necessidade de se proporcionar ao jurisdicionado uma resposta congruente às suas pretensões. A inquietação inicial pôs-se sobre a definição do que seria uma decisão correta e que acertadamente solucionasse de forma satisfatória os conflitos levados ao Judiciário. Perquire-se sobre quais seriam os atributos, os requisitos, a estrutura e o conteúdo essenciais de uma decisão ajustada.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que a legitimidade e eficácia de toda decisão judicial encerra-se em sua fundamentação. Justificar a decisão é dever, cuja ausência é capaz de inquiná-la com a nulidade. Mas, em que consiste esse ônus? Qual é a significação do dever de justificação dos decisórios judiciais, qual o sentido de se compreender a importância da exposição dos motivos e fundamentos que os respaldam? O tema é problematizado especificamente sob a seguinte indagação: qual é o sentido e o alcance do dever de fundamentação das decisões judiciais?

Como enunciações conjecturais a serem colocadas em teste, tem-se que o dever de fundamentação se configura princípio constitucional para legitimação e validade das decisões; uma construção histórica decorrente da evolução do Direito e correspondente aos anseios da sociedade democrática. Nessa perspectiva coloca-se como limitação dos poderes exercidos pelo julgador; forma de impedir a arbitrariedade e a subjetividade, de promover o controle e a revisão das decisões com vistas ao diálogo inteligível. Por fim, trata de direito fundamental ao devido processo legal, instrumento que confere previsibilidade e estabilidade jurídica; ônus de expor suas razões de escolha, suas justificativas, a linha de pensamento que levou o julgador à conclusão apresentada.

Para trazer luz à questão, inexorável o viés científico via por excelência para o conhecimento da realidade, busca-se através do método dedutivo e da técnica da interpretação

crítica o suporte procedimental para se compreender os pressupostos de sustentação do dever de fundamentação. Trata-se de uma pesquisa jurídica de vertente teórica que privilegia aspectos teórico-gerais dos diversos campos jurídicos, evidenciando proposições conceituais, doutrinárias e jurisprudenciais. Nessa perspectiva interdisciplinar, abordará de forma integrada debates dos saberes jurídicos em seus aspectos filosóficos, constitucionais e processuais. Pela investigação jurídico-descritiva e também compreensiva, analisar-se-á o problema em seus diversos aspectos, relações e níveis na tentativa de melhor interpretar e apreender o tema em estudo. Para tanto, o método será o teórico pelo procedimento bibliográfico, por meio do diálogo de dados bibliográficos contidos em livros, artigos, monografias, dissertações, teses e jurisprudência.

Para alcançar o propósito almejado os meios operacionais adotados formam, no segundo capítulo, a identificação e apresentação da base normativa constitucional (artigo 93, IX) e infraconstitucional (artigo 489, § 1º, do CPC/15) no tocante ao dever de fundamentação das decisões judiciais. No terceiro, pela digressão histórica, a análise doutrinária das correntes teóricas jusnaturalista, positivista, realista e neoconstitucionalista que permeiam a construção do pensamento jurídico. Seguindo, discorre-se sobre a teoria da decisão judicial e da argumentação jurídica e suas contribuições para o ônus da fundamentação. Por fim, no quinto capítulo, empreende-se o estudo sobre a interpretação que o STJ possui sobre o dever de fundamentação, bem como a sua (in)aplicabilidade prática no âmbito desta corte. Com tal itinerário almeja-se a elaboração de possíveis sínteses sobre a melhor forma, técnica e método para a configuração das decisões, tendo em vista o devido processo constitucional construído por meio da cooperação entre as partes.

Refletir sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais contribuirá, a nível acadêmico, para fomentar a discussão sobre o tema, para a elaboração, revisão e democratização do conhecimento, bem como para o enriquecimento das fontes de pesquisa. Já sob o prisma social proporcionará à comunidade uma discussão crítica pela qual seus atores se reconheçam como sujeitos ativos indispensáveis na construção (co)participativa das decisões judiciais, possibilitando instrumentos teórico-práticos para que o cidadão exerça plenamente os seus direitos numa perspectiva emancipatória. Por conseguinte, contribuirá para o aprimoramento do estado da arte na medida em que pontuará questões necessárias para a construção de decisões mais coerentes, objetivas, transparentes, democráticas e dotadas de correção. Para tamanha temática, nunca é demais a reflexão sistematizada.

## 2 PREVISÃO LEGAL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 Fundamentação Constitucional

Viver sob o pálio de um Estado Democrático de Direito é viver sob o imperativo constitucional, fundado no pluralismo político, na diversidade social e no reconhecimento da legitimação do poder pelo povo. Como norma fundante, a Constituição irradia para todo o ordenamento jurídico o seu sentido formal, substancial e axiológico, estabelecendo as bases para a concretização do vértice nuclear de todo sistema jurídico, os direitos fundamentais.

No âmbito processual civil, recorte da presente pesquisa, a força constitucional é sentida pelo estabelecimento do conteúdo mínimo para a configuração de um processo justo (democrático), que projete os fundamentos, os princípios e os objetivos do Estado que o define. Assim, a Constituição Federal prescreve as diretrizes para a organização do processo, elencando os direitos fundamentais processuais e os deveres que balizam a prestação jurisdicional. Neste contexto emerge o presente tema, o dever de fundamentação das decisões judiciais, mais especificamente o seu sentido e o seu alcance no Estado Democrático de Direito.

No âmbito constitucional, o dever de fundamentação das decisões judiciais está previsto no artigo 93, IX, in verbis:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se a inclusão de garantias e normas estruturadoras do processo, nessa perspectiva, o dever de fundamentação consubstancia-se em princípio expresso, norteador do devido processo legal e seus corolários, como o contraditório e a ampla defesa. A matriz principiológica constitucional, verdadeira concretização histórica do ideal de Justiça, tendência seguida pela maioria das Constituições pós-guerra, foi alicerçada em dois fenômenos: as ideias do pós-positivismo e a promoção do direito constitucional para o centro do sistema jurídico.

O cerne do pós-positivismo aponta para a reconciliação entre o Direito e a Ética, a retomada dos valores para o Direito, a normatização dos princípios, a centralização dos direitos fundamentais e conseqüente suplantação da legalidade estrita e escrita. A Constituição passa a ser o filtro principal de interpretação de todos os ramos do Direito. A velha hermenêutica, cuja expressão máxima era a “mera subsunção do fato à norma” já não era suficiente para respaldar a complexidade social. Interpretar, acima de tudo, é legitimar e essa legitimação decorre fundamentalmente da necessidade de argumentação.

O ônus dos órgãos do Poder Judiciário de fundamentar todos os seus decisórios sugere, dentre outros objetivos, impedir as inferências estranhas ao sistema legal vigente, tais como ideologias e subjetividades, permitindo que as partes exerçam o controle da função jurisdicional para se alcançar a adequada resolução dos conflitos de interesses.

Segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 427-428), a fundamentação possui dupla função no sistema brasileiro:

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite, que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juizes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. (...) Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo o nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.

Do preceito constitucional infere-se que o dever de fundamentação das decisões se caracteriza como direito fundamental do cidadão a um processo legal, possibilitando-lhe conhecer como o julgador decidiu determinada questão, para tanto, deverá demonstrar como chegou à conclusão sobre a aplicação do direito ao caso concreto, através da explicitação de suas razões explicativas e justificativas. A Constituição Federal atribui ao processo a garantia do cumprimento dos princípios e normas nela firmados aos cidadãos, ao jurisdicionado é assegurada a garantia de conhecer as razões que convenceram o magistrado a julgar.

Em análise preliminar, a fundamentação consiste nas razões que levam o juiz a decidir de determinada maneira, revelando o caminho lógico perquirido pelo juiz, o exame das provas, o confronto entre estas e as pretensões esboçadas na ação, servindo para compreensão do dispositivo sempre na perspectiva de ser conduzido para e pela norma jurídica.

Assim, percebe-se que a fundamentação dos atos jurisdicionais, constitucionalmente estabelecida, enseja certa restrição dos poderes exercidos pelo julgador, por esta deverá ser demonstrada a devida observância legal, o respeito aos direitos fundamentais e a vinculação aos contornos de suas funções, permitindo uma avaliação jurídica das razões da decisão e, caso contenha inconsistências serão estas prontamente verificadas pela sua forma e pelo conteúdo, podendo ser impugnada.

Sobre o assunto vale citar Nery Júnior (2017, p. 301):

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação.

Em síntese, o dispositivo constitucional, define a natureza múltipla do encargo de fundamentação das decisões judiciais: é princípio norteador, é direito fundamental, é obrigação estatal, é limite ao poder e é técnica processual cujo cumprimento é inquestionável para o alcance da função jurisdicional, a paz social.

Para a concretização dessa norma constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta algumas diretrizes, dentre elas destaca-se o § 1º do artigo 489.

## **2.2 Fundamentação infraconstitucional: Código de Processo Civil/2015**

Em que pese a sua autonomia científica, o direito processual civil é entendido como direito constitucional aplicado, na medida em que cria as condições para a efetivação dos direitos fundamentais. O princípio da motivação das decisões judiciais, ou princípio da fundamentação, como visto de matriz constitucional, tem como esteio que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Em consonância, o CPC/15 (BRASIL, 2015), em seu artigo. 11 reproduz o comando constitucional segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Mas, afinal, em que se constitui uma decisão fundamentada?

De acordo com Alvim (2019, p. 264) “fundamentar significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser *substancial* e não

*formal*". Para Thamay (2019, p. 443) "a decisão mal fundamentada se equipara aquela não fundamentada, sendo ambas maculadas com a mesma nulidade constitucional", ambas obstam tanto o controle dos atos do julgador como o pleno exercício do contraditório.

Nota-se que, doutrinariamente, a relevância da devida fundamentação, ou seja, da exposição das razões que levaram o julgador a tomar aquela decisão e que atingirá as partes envolvidas no litígio, está servindo como uma explicação jurídica para a posição adotada, dando ao insatisfeito a possibilidade de discordar e ver a causa reexaminada por outro órgão, se for o caso.

Como a Constituição não descreveu o que é uma decisão fundamentada, ou o que é necessário para uma decisão ser considerada motivada, coube a lei codificada a missão de aclarar tal situação. Assim, os seis incisos do § 1º do artigo 489, do CPC/15, intentando a aplicabilidade do comando constitucional, evidencia situações carentes de fundamentação, a saber:

Art. 489. (...)

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

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

Segundo Theodoro Júnior (2019) o novo Código rechaçou a reiterada prática dos juízos de proferir decisões não (ou mal) justificadas, comparando-as a "verdadeiros simulacros de fundamentação". Por este, "a sentença, para a nova legislação processual, não deve ser apenas fundamentada, deve ser adequadamente fundamentada, sob pena de não satisfazer as exigências no moderno processo justo, idealizado pela Constituição". (2019, p. 1941).

Assim, passa-se a análise dos incisos:

- I. **Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida:**

Enunciado faz referência à necessidade da justificação externa da aplicação da lei. Pelo princípio da simetria, se a parte é obrigada a expor as razões de fato e de direito, também o é o julgador, não bastando simplesmente “*indicar, reproduzir ou parafrasear*” o texto normativo. Necessário interpretá-lo, (co)relacioná-lo com as especificidades do caso em análise expondo as razões e critérios de sua aplicação, vinculando o caso concreto com o Direito normativo, sem se fazer a subsunção entre o fato e a norma, não pode a decisão ser considerada fundamentada, sendo inadequada para resolver a lide. Segundo Thamay:

Sabe-se que a norma é abstrata, e o caso sub *judice* é concreto. A menção de dispositivo normativo na decisão é o começo, a introdução, que espera o jurisdicionado, para este assegura-se de que o magistrado está decidindo de acordo com o princípio da legalidade. Contudo, de maneira alguma pode ser tida como o fim em si mesmo. Se não houver enfrentamento dos fatos, a decisão nada decidiu, sendo caso de nulidade da decisão. (2019, p. 54).

Em contraponto, há situações que tal tipo de justificação é permitida, qual seja, naqueles casos em que “a comunidade argumentativa, formada por partes e juiz no processo, não tratar de problemas de seleção da norma aplicável ou problemas de interpretação do Direito” no entendimento de Kochem (2021, p. 210). Para o doutrinador, é possível a mera indicação, reprodução ou paráfrase de atos normativos quando não há divergências, entre os participantes, sobre a escolha e a interpretação da norma aplicada ao caso. Em suas palavras:

A hipótese da “paráfrase de ato normativo”, no entanto, merece uma abordagem adicional. Isso porque a vedação que se reconstrói do dispositivo, a partir da expressão, tem importância singular nos casos em que efetivamente há debate a respeito da seleção ou da interpretação da norma aplicável ao caso. Nesses casos, proíbe-se aquela falsa fundamentação que, a pretexto de justificar a interpretação da lei tão somente reproduz, com outras palavras, o texto legal. (KOCHER, 2021, p. 210).

Logo, pelo inciso I, se no caso concreto há divergência entre a comunidade processual acerca de qual norma deverá ser aplicada ou sobre o seu entendimento, a decisão não poderá conter somente a transcrição literal do ato normativo, mas deverá ser fundamentada com as razões, com os porquês da escolha e do entendimento do ato normativo em questão. Para exemplificar, a doutrina cita que o uso de expressões que se limitam a dizer “presentes (ou ausentes) os requisitos legais” exemplificam essa falta de fundamentação.

## **II. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso:**

Esse inciso II guarda pertinência com o anterior, não podendo o julgador se valer de conceitos vagos como princípios, brocardos ou máximas do direito, sem a devida correlação com o caso concreto, sem a exposição do significado destes conceitos para o caso.

A conexão, o liame entre a definição e a casuística deve ser clara para as partes. Freire e Cunha (2019, p. 801) exemplificam os conceitos indeterminados como “termo vagos ou abertos, inclusive princípios ou cláusulas gerais (v.g. dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social, preço vil, hipossuficiência, ordem pública, grande repercussão social, etc.)”. Citar, copiar, parafrasear tais conceitos é o mesmo que não fundamentar, pois espera-se que o julgador tenha feito uma definição racional dos mesmos e os correlacione aos fatos. Elucidando, Kochem (2021, p. 213) acrescenta que:

Nos casos dos incisos I e II, o que está vedada é a apresentação de justificação com *salto argumentativo entre o texto e a conclusão do caso e salto argumentativo ou lógico dedutivo entre a norma vaga e a conclusão do caso*. Exige-se não apenas a justificação estruturada da argumentação interpretativa, mas também da especificação normativa.

Assim, havendo divergência ou vagueza semântica em relação a norma jurídica, imperativo a justificação.

### III. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão:

Trata-se, tal dispositivo, da falta de fundamentação da “decisão padrão”, aquela que não guarda particularidade com nenhum caso, ou de outra forma, aquela genérica que se adequa a qualquer caso.

Neste ponto há divergências doutrinárias. Thamay (2019, p. 54) diz que o inciso é questionável quanto a sua extensão:

[...] pois, se a demanda for repetitiva, estando a petição inicial sempre constituída sobre os mesmos fundamentos de fato e de direito, *mutatis mutandis*, não nos parece razoável exigir que o magistrado profira uma decisão customizada para cada demanda, isso sob pena de violar o princípio da celeridade, economia processual e da segurança jurídica.

Lado outro, Freire e Cunha (2019, p. 801) defendem a inadmissibilidade de “decisão-padrão”, “decisão-modelo” ou “decisão-formulário” (no exemplo: “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”; “nada há a esclarecer”; “considerando a robusta prova dos autos”; ou ainda, “fixo o valor indenizatório, a título de danos morais em X reais, por ser razoável e proporcional”).

Sobre a questão pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 444-455):

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente

pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado.

O assunto é controvertido, mas salutar é o equilíbrio entre os posicionamentos, o uso abusivo, indiscriminado e insuficiente das decisões genéricas é por certo vedado, por clara afronta ao direito ao contraditório, no qual as partes não têm contempladas as suas alegações no processo decisório, sendo descartadas as suas particularidades, mas, lado outro, em casos repetitivos, de pequena complexidade e pouca controvérsia e sempre partindo inicialmente da explicitação do caso concreto para somente depois, em consequência, aproveitar fundamentações pretéritas, é possível sua utilização. Nesse sentido, para Alvim (2019, p. 447) “[...] para evitar incorrer no vício da fundamentação genérica, cabe ao julgador o exercício simples de relacionar o raciocínio jurídico com os fatos do caso, assim como mencionados pelas partes, de forma a dar concretude à decisão”.

#### **IV. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador:**

Por esta premissa, o julgador deverá analisar todo e qualquer argumento de fato e de direito trazido pelas partes, com potencial de enfraquecer, invalidar sua decisão. A escolha dos argumentos a serem enfrentados na decisão não é livre e discricionária, mas recai sobre aquelas que podem influenciar na procedência ou improcedência do pedido. Tal inciso reflete diretamente sobre o direito ao contraditório. O instituto merece, pela sua importância, a devida consideração, mesmo que breve, neste ponto da pesquisa.

A partir do comando constitucional do artigo 5º, LV, que preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988), reforçado do artigo 7º do CPC/15, que diz que compete ao juiz primar pelo efetivo contraditório, a doutrina e a jurisprudência, diante da importância desse instituto, se debruça em reconstruí-lo. Tal importância se justifica pelo significado que esse direito tem para o Estado Democrático de Direito, consubstanciando na concretização prática da participação das partes na construção do processo. É pelo contraditório que se reflete a democracia do processo e se legitima a atividade jurisdicional.

Pelo contraditório, eleva-se a dignidade humana, pela efetiva participação das partes no debate processual, confere-se a estas a condição de sujeitos ativos e não meros objetos, expectadores da trama processual. Por tal deferência, o contraditório sofreu a devida ressignificação pela doutrina e pela jurisprudência no decorrer do século XX, sob a centelha da perspectiva democrática. A esse respeito, Kochem (2021, p. 192-193) dirime que:

Esses fatores de reconhecimento do processo como momento dialético do processo e da valorização da participação processual dos cidadãos contribuíram para que o direito ao contraditório deixasse de ser visto como mero direito à bilateralidade de instância. Assim, ao lado dos elementos informação e manifestação, colocou-se um terceiro, qual seja, o direito à influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a tomada de decisões racionais. Substitui-se, portanto, o binômio informação-manifestação, pelo trinômio informação-manifestação-influência. E o dever de o juiz considerar os argumentos trazidos pelas partes é justamente o meio pelo qual esse direito à influência se realiza.

Como inferência lógica do princípio da cooperação e do contraditório substancial todos os fundamentos propostos pelas partes, com potencial de alterar o resultado do processo necessita ser apreciado pelo julgador. Portanto, ainda que o julgador discorde dos argumentos isso não o dispensa da análise. No entendimento de Oliveira Júnior, citado por Freire e Cunha (2019, p. 803):

O CPC de 2015 deixou clara a conexão entre motivação com o contraditório útil ou influência (na tríplice configuração informação, reação e consideração, considerando desmotivada a decisão que não tenha exatamente cotejado os argumentos oportunamente apresentado pelas partes. Isto porque, o contraditório não se perfaz sozinho,. O contraditório s[tem seu rendimento atrelado à motivação da decisão, não devendo ser descolorido para mero instrumento de legitimação procedimental da decisão (ato prévio e mecânico sem substância), para passar a participar efetivamente da mesma (tem que ser considerado no que trouxe de argumentos,, na substância).

Portanto, o debate proposto no contraditório, pela comunidade processual participativa, estabelece o conteúdo das decisões judiciais evitando a excessiva discricionariedade e o decisionismo.

**V. Decisão 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:**

Em oportuna referência ao uso dos precedentes e enunciados de súmulas utilizados para fundamentar as decisões, quer-se, por este, segundo Freire e Cunha (2019, p. 805) “evitar o fenômeno do *ementismo* ou da aplicação mecânica” destes institutos judiciais e que quando do uso, o magistrado tem o encargo de demonstrar a pertinência da aplicação em concreto

“pela técnica da distinção – *distinguishing* – ou da comparação entre o precedente e o caso, sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada”. Para a doutrina, *distinguishing* ou "distinção" é instituto compreendido tanto pela adequação dos pressupostos de fato e de direito do precedente com o caso analisado, quanto pelo resultado obtido em ambos.

Por óbvio, não almeja o perfeito enquadramento entre a decisão paradigma e o caso concreto, dada a sua impossibilidade, mas é necessária a similitude entre ambos, o que, pela dicção do inciso V, ocorre pela identificação dos fundamentos determinantes:

A decisão de casos com base em orientações judiciais pretéritas sobre casos semelhantes ou sobre a mesma questão jurídica relevante é feita com base nos fundamentos determinantes com os quais se justificou a conclusão pretérita. E aplicar esses fundamentos a um caso concreto requer que exista uma correspondência às circunstâncias fático-jurídicas do caso que está sendo julgado. (KOCHEM, 2021, p. 219).

Na inteligência do inciso em comento, é indubitável a vedação de uma decisão que é lastreada em julgado diverso se este não guarda similitude fática e jurídica suficiente para tanto, sendo dever do julgador a demonstração da (in)existência desta semelhança, para tanto a sua decisão deverá concatenar os fundamentos em cotejo.

**VI. Decisão que deixa 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:**

Seguindo o mesmo entendimento do inciso anterior, também não é considerada fundamentada a decisão que não analisar, não aplicar, não distinguir ou não demonstrar a superação de entendimentos judiciais suscitados pelas partes para fundamentar seu pedido.

Nos dizeres Freire e Cunha (2019, p. 805) o julgador deverá realizar a técnica da distinção/comparação ou da superação do precedente.

Em se tratando de precedente vinculante, o julgador deverá declinar quais as semelhanças ou divergências, entre os casos, propiciam ou embaraçam a aplicação do precedente invocado pela parte, no mesmo sentido, se a interpretação do julgador for no sentido de superação das normas invocadas, a referência aos dispositivos vigentes se faz indispensável, sob pena de inadequação da decisão.

Em acerto, o § 1º do artigo 489 do CPC/15, propondo-se à materialização do comando constitucional elenca, de modo exemplificativo, situações que notadamente evidenciam a ausência ou a deficiência da fundamentação das decisões judiciais, estabelecendo um conteúdo legal mínimo, enumerando critérios para a averiguação de correção e ressaltando a necessidade da justificação lógica, racional, previsível e controlável.

### **3 CORRENTES TEÓRICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

A evolução do pensamento humano é marcada por múltiplas determinações históricas. Conhecimento, consciência, realidade e ação se perpassam mutuamente em um fluxo constante e permanente de construção do homem e da sociedade. Refletir sobre o pensamento humano constitui o ápice da existência racional, perceber-se enquanto determinante e determinando em uma simultaneidade dialética é a base para a construção de uma visão de mundo dinâmica, múltipla e comprometida. Nesse movimento, homem e sociedade se constroem mutuamente.

A evolução do Direito se formata na evolução da sociedade como esferas autodeterminantes. Nessa dinamicidade cíclica, o Direito reflete os anseios, as preocupações e as ideologias da sociedade, independente do momento histórico inserido. A visão de homem, de mundo e de sociedade que cada um constrói ao longo de sua existência determina o seu agir, a sua prática e assim a sua realidade. Tal dinâmica é aplicada na construção conceitual do fenômeno jurídico, que é historicamente concebido e materializado conforme a percepção e o agir humano. Especificamente, em relação ao presente objeto de estudo, as decisões judiciais e sua fundamentação, essas refletem o modo como o homem concebe o Direito diante de uma realidade imediata. Assim, para compreender como as decisões são construídas e justificadas ao longo do tempo é necessário, previamente, apreender como o Direito era e é pensado pelo homem.

Neste capítulo, intenta-se descrever as premissas gerais das principais correntes filosóficas que conceituam o Direito, especialmente em relação à sua validade. Busca-se, pelo estudo da evolução histórica do fenômeno jurídico, captar o movimento caracterizador e transformador destes modelos.

#### **3.1 Jusnaturalismo: “É Direito a norma que é justa”**

O jusnaturalismo é a corrente mais antiga. Na sua concepção, segundo Carvalho (2009, *on-line*) “o Direito é uma ordem de princípios eternos e imutáveis cuja existência é imanente à própria natureza humana, há um ‘direito natural’ anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado”. Assim, desde que o homem se percebe em sociedade sabe configurar-se pelas determinações advindas deste corpo de ordens tidas como naturais, que regem suas relações intersubjetivas. Antes do Estado produzir leis, os homens já eram sujeitos

de relações reguladas por uma ordem natural baseada no senso de justiça. Para os jusnaturalistas esse conjunto de ordens naturais constitui-se no Direito.

Para Fontes (2017, *on-line*) o pensamento jusnaturalista tem suas bases no naturalismo que se constitui em uma forma de pensar mais ampla e abrangente calcada em bases éticas, na natureza das coisas ou da *natureza humana*, “a qual forneceria as respostas sobre o que é certo e errado, o bem e o mal, as finalidades a serem perseguidas pelo homem”. De origem grega, expressa a natureza humana, universal, igual para todos. Como expoente, Aristóteles, afirma que “o homem é *naturalmente* um ser social”. No contexto romano, Cícero dizia que “a lei natural era aquela que não precisava ser promulgada pelo legislador para ter validade, ao contrário, conferia legitimidade ética aos preceitos da lei positiva”. (FONTES, 2017, *on-line*).

Para o jusnaturalismo, também denominado *Direito Natural*, o verdadeiro direito funda-se na natureza das coisas, na natureza humana, na religião ou na razão, consideradas em si, dimensões naturais.

Tal corrente tem como fundamento a noção de justiça:

A justiça é o valor ou finalidade que inspiraria o direito. Ela não se resumiria ao direito escrito ou estatal, mas estaria acima dele, seria algo natural, racional ou mesmo intuitivo: os homens podem em cada situação discernir o justo e o injusto. Desses aspectos decorre que o direito positivo pode entrar em contradição com o direito natural, e é este último que deve prevalecer; de acordo com o brocardo que bem define essa corrente jusfilosófica, atribuído a Santo Tomás de Aquino, *lex iniusta non est lex*, isto é, a lei injusta não é lei. (FONTES, 2017, *on-line*).

Na asserção do *Direito Natural*, há uma relação inerente entre o direito e a moral, esta entendida como um conjunto universal e válido de princípios – como o direito à vida. É deste conjunto principiológico que se tem o nascedouro da norma jurídica, ou seja, a moral como fonte do direito, da qual emana e se legitima. Preceitua um fundamento ético-filosófico, que supera o direito positivo e se estrutura na noção de justiça personificada na manifestação da moral.

O jusnaturalismo, historicamente, sofreu modificações filosóficas e conceituais, se subdividindo em três linhas: o jusnaturalismo clássico, o medieval e o moderno.

A vertente clássica, marcada pelo pensamento grego tendo Sócrates, Platão e Aristóteles seus principais representantes, fundamenta-se na predominância de uma lei natural lastreada na essencialidade das coisas, permanente e imutável. Tal ideia é projetada para o Direito, que é entendido como a ordem natural para o convívio em sociedade.

Em outro sentido, o jusnaturalismo medieval, também denominado jusnaturalismo teológico ou transcendental, entendem que a “ordem natural” se coaduna com a vontade divina. O Direito é assimilado como a expressão da justiça divina e as leis positivas e coativas buscam efetivar seus comandos, sendo o aparato jurídico subordinado às exigências de uma ordem superior. São Tomás de Aquino e Santo Agostinho são destaques nesta linha.

Já para o jusnaturalismo moderno, também denominado de racionalista ou transcendente, a “ordem natural” não se encontra na essência do convívio social ou na vontade divina, mas se perfaz pela razão, é pela ação racional do homem que as coisas e a sociedade são ordenadas. Centra a sua problemática no indivíduo, entendendo o direito, como uma ordem racional, aquilo que a razão humana percebe como justo. Destaca a estrita legalidade, afastando-se da fundamentação ético-religiosa. Seus principais representantes são Rousseau, Hobbes, Locke, Kant e Descartes.

Segundo Mascaro (2017), nessa linha moderna, destacam-se dois modelos: o empirismo e o racionalismo, ambos centrados no indivíduo. No primeiro, o conhecimento advém da percepção e experiência concreta com o mundo, já o segundo afirma que o conhecimento é elaborado por métodos ou categorias pelo uso da razão, destacando-se os trabalhos de Descartes. Segundo o citado autor, a busca dos modernos pela demonstração de um direito subjetivo universal, teve repercussões no mundo da prática e da técnica jurídica:

O empirismo, em geral, foi um movimento filosófico característico da Inglaterra, dos países nórdicos e dos países do mundo de cultura anglo-saxônica. Essa peculiaridade, geográfica, encontra-se em exato paralelismo com o sistema de direito que nesses países, desde o final da Idade Média e início da Idade Moderna, foi-se consolidando: a *common law*. Esse sistema, de direito costumeiro, que tem por operacionalidade a existência dos precedentes, que observa o *costume* dos tribunais e dos indivíduos como forma de normatização, tem laços históricos com os próprios métodos empíricos do conhecimento, que não se detêm em construções teóricas, ideais, prévias, mas na experiência retirada da realidade. Até os dias atuais, a filosofia de tais países tem características predominantemente empíricas, que redundam, num braço contemporâneo, na filosofia analítica, e, noutro, na pragmática, e seus sistemas de direito são até hoje de *common law*.

Já o racionalismo, por seu turno, é uma perspectiva filosófica adotada por toda a Europa continental e por todos os países que receberam sua influência – a exemplo do Brasil. A Alemanha, mas também a França, a Itália, Portugal e outros, são países que vivenciam uma filosofia de paradigma racionalista, e, no plano jurídico, o sistema de direito que se consolidou há séculos é aquele que, em oposição à denominação *common law*, denominou-se *civil law*, ou direito legal. Esse direito, que trabalha por meio da instrumentalização de *normas* previamente criadas e estabelecidas, e que não tem nos costumes grande fonte de regulação jurídica, está de acordo com a perspectiva de apreensão racional, prévia, metódica, da verdade normativa a ser imposta. Assim, nos países de tradição racionalista, o direito recebeu grandes codificações, desbravadoras da conduta jurídica, muitas vezes inovadoras, que perfazem um sistema racional jurídico antes que propriamente um estudo das formas de comportamento jurídico já existentes. (MASCARO, 2017, p. 147).

Também sob a ótica jusnaturalista se desenvolve o contratualismo, corrente, de grande importância teórica e política, cujas postulações sugerem que a sociedade e o Estado se originaram de um acordo pactuado entre cidadãos, fruto de sua autonomia. Por este contrato social o homem é retirado do seu estado de natureza e colocado em convivência com outros seres humanos, inserido-se em sociedade.

Três grandes filósofos marcaram a explicação do contrato social:

Para Hobbes, por exemplo, a vida em natureza não possibilita ao homem a convivência pacífica. Há a guerra de todos contra todos. A sociedade civil, e o Estado que lhe advém, garantem a ordem não havida no estado de natureza. Para Locke, a sociedade permite uma ordem racional de convívio, e o objetivo desta é a liberdade e a garantia da propriedade privada. Para Rousseau – cuja filosofia contratualista tem mais etapas que a de Locke e Hobbes –, o homem, em estado de natureza, é bom. Passa a viver em sociedade, e esta surge com a propriedade. A propriedade, por sua vez, engendra a corrupção dos homens, a violência. Somente um contrato social, baseado na razão, pode, num momento posterior, estabelecer um homem diferente, com valores transformados, racionais. (MASCARO, 2017, p. 150).

A crítica construída ao jusnaturalismo, em consonância com as reflexões de Fontes (2017, *on-line*), em termos filosóficos, é seu caráter acentuadamente subjetivo, no qual os juízos de valores não são passíveis de verificação como verdadeiros ou falsos, sendo que os conflitos não poderiam ser resolvidos de forma racional. Do ponto de vista moral ou da justiça não haveria uma resposta correta sobre questões controvertidas como o aborto, a eutanásia e a pena de morte, etc. Por isso, os positivistas insistem na relatividade e fluidez do conceito de justiça (dentre eles Kelsen). Outra crítica, de viés político, se refere à questão democrática. Pondera-se que o direito positivo tem a sua legitimidade assegurada pela representação política, sendo derivado de representantes eleitos democraticamente para a função legislativa, a qual é subordinada a ação dos julgadores. De outro lado, no âmbito do direito natural, a legitimidade do direito transcende a representatividade alçando planos metafísicos, capazes de até dispensar o direito posto.

Nessa perspectiva, o Direito é uma ordem natural e o papel do Estado, no que tange à produção e aprovação das leis, nada mais é do que positivar normas já existentes, como meio de se alcançar a justiça social. Em decorrência dessa concepção do que é o “direito”, as decisões judiciais eram fundadas na máxima “as leis injustas não são leis” e por isso não deveriam ser aplicadas. A boa decisão era aquela fundamentada em valores éticos de comportamento, expressão de uma ordem normativa superior e expressa pela razão humana como justa.

Ao fim do século XIX acentuam-se os questionamentos dirigidos a este modelo, considerado demasiadamente poroso, abrindo caminho para o positivismo.

### **3.2 Positivismo jurídico: “É Direito a norma, mesmo quando injusta”.**

O ideário positivista surge em oposição ao pensamento filosófico do Direito Natural preconizando a crença no poder do conhecimento científico, com vista a uma objetividade na ciência jurídica, com juízos de fato e não de valor, procura conhecer a realidade, com certa neutralidade, evitando-se posicionamentos. Fundamenta-se em três teses: a separação entre direito e moral, o direito advém de fontes sociais (como o Estado) e o dever de obediência às normas jurídicas.

Destaca-se, nesta linha de pensamento, Hans Kelsen que na sua Teoria Pura busca a fundamentação autônoma da Ciência do Direito, propondo a “purificação metodológica da Ciência Jurídica, ou seja, a investigação do ‘direito’ mediante processos próprios que o afastassem da Sociologia, da Política e da Moral”, nos dizeres de Carvalho (2009, *on-line*). Concluindo que “com essa depuração, Kelsen delimitou as normas jurídicas como o único objeto da Ciência do Direito, que as deve expor de forma ordenada e coerente” (CARVALHO, 2009, *on-line*), sendo que a questão do jurista é saber como as normas jurídicas se articulam entre si, qual seu fundamento de validade e qual critério adotar para imprimir unidade sistêmica.

Fontes (2017, *on-line*), salienta que Kelsen “trabalha com a ideia de escalonamento da ordem jurídica, em que a validade da norma é conferida por uma norma superior, todo o sistema repousando na chamada ‘norma fundamental’”. Reforça, o citado autor, que no positivismo há o divórcio entre a moral e o direito. A ciência jurídica é vista puramente como tal, uma ciência, que trata de realidades tangíveis em detrimento de opiniões filosóficas. Não se vislumbra, em definitivo, a conexão da juridicidade da norma a um embasamento ético. A norma válida é aquela produzida pelo Estado com caráter imperativo e força coativa, independente da valoração atribuída. Acrescenta ainda, a relação entre positivismo e democracia:

O positivismo alberga a preocupação com a democracia, de que o juiz atenha-se à lei, para não extrapolar suas funções e invadir a esfera do legislador. O jusnaturalismo teme a justo título que esse juiz positivista pratique injustiças no caso concreto, sob pretexto de aplicar a lei. (FONTES, 2017, *on-line*).

Em síntese, neste modelo conceitual, o Direito era concebido como conjunto de normas jurídicas, desvinculado de tudo aquilo que excedia os limites da normatização formal, eram excluídos de seu conceito o direito natural, os costumes e os valores de justiça. O fenômeno jurídico era “o direito posto”.

Esse entendimento aplicado no âmbito dos decisórios era caracterizado pela vinculação do julgador à lei, objetivo final do processo, materializando a vontade da lei, a segurança jurídica e a manutenção da ordem pública diante dos conflitos. Para Mariquito (2012, *on-line*):

[...] neste período de preponderância do positivismo jurídico o juiz era privado da atividade interpretativa, seu papel era apenas revelar a lei por meio de uma aplicação mecanicista. O positivismo caracterizava-se por uma premissa principal, qual seja a da plenitude do direito posto. Desta maneira, o juiz por subsunção, simples aplicação de um silogismo, seria capaz de solucionar quaisquer questões postas sob sua análise. Vista assim, a sentença era verdadeira equação matemática, consubstanciada num silogismo que se tornou insuficiente diante da realidade social e sua complexidade.

### 3.3 Realismo jurídico: “*É Direito a norma, justa ou injusta, que decidir o caso*”.

Vinculado ao positivismo, mas ao mesmo tempo se posicionando com uma atitude de descrença perante as normas, o realismo jurídico, confronta diretamente o formalismo na ordem jurídica. Enquanto um apregoa a validade absoluta da norma, o outro a relativiza.

Na lição de Carvalho, essa corrente atribui um enfoque social ao direito, voltado para a efetividade:

Na concepção desta escola o “direito” é resultado de forças sociais e instrumento de controle social, não existe, portanto, separado do fato social, contudo, a preocupação central volta-se para a verificação da conduta de aplicação do “direito”, o que só é possível, nos termos dessa corrente, com a análise empírica. (2009, p.70)

Seguindo o raciocínio de Fontes:

(...) o realismo jurídico busca entender o que *realmente* acontece no sistema jurídico. Seus autores chegam à conclusão, de certa forma radical, de que o direito não existe antes da decisão judicial. São os tribunais que dizem efetivamente o que é o direito e a sua concreta aplicação por esses órgãos que é levada em conta pela população em termos de suas expectativas jurídicas. Para os realistas, os juízes decidem com grande liberdade e discricionariedade, baseados muitas vezes em critérios subjetivos, tendo ficado famosa a tirada realista de que a decisão judicial depende do que o juiz comeu no café da manhã. (2017, *on-line*)

Para os realistas, o Direito é construído a partir de uma realidade concreta, uma ciência vinculada aos fatos, que descreve a vivência jurídica com proposições verificáveis empiricamente. Os fatos tomam vida nas decisões judiciais e vice-versa. Em sentido contrário,

às vertentes anteriores, constatam que o juiz cria o direito. A jurisprudência seria a principal fonte do direito.

Não há, no realismo jurídico, acentuada vinculação à juridicidade da norma como tal, ou da obrigatoriedade de sua aplicação. Admitindo-se até casos não previstos em lei, considerando que ao legislador não possui capacidade de prever todas as situações, assim, há a possibilidade do julgador decidir com os olhos não apenas voltados para a lei, mas para as consequências de suas decisões, na perspectiva do melhor resultado.

Para definir o que é Direito, analisa-se o que é aplicado na realidade dos tribunais, afetando a vida dos sujeitos de forma concreta. Neste viés Carvalho (2009) contribui esclarecendo que sob o prisma desta corrente:

[...] os juízes possuem um importante papel no plano da produção normativa, o ‘direito’ tem natureza empírica, constituindo-se num conjunto das decisões tomadas pelos tribunais em relação a casos concretos. Embora seus adeptos relacionem o conceito de ‘direito’ a origens sociais (numa visão sociológica), consideram que este se manifesta com a atividade do Poder Judiciário. Neste contexto sua existência vincula-se à vontade do julgador. O ‘direito’ é fruto da decisão política do juiz e não de uma norma de hierarquia superior, pois ninguém pode conhecer o direito (real e efetivo) relativo a certa situação até que haja uma decisão específica a respeito. Resumindo, na concepção do realismo [...], o ‘direito’ é aquilo que os tribunais concretizam, produto das decisões judiciais, fundado em precedentes jurisprudenciais. (CARVALHO, 2009, p. 70).

Também, a crítica que se formula a esse pensamento é quanto a “premissa Democrática”, nos termos de Fontes (2017, *on-line*), para o qual a criação do direito é reservada precipuamente para os representantes do povo, eleitos para tal desiderato. A seu sentir, esse referencial despoja o julgador de orientação:

É preciso que este tenha em mãos uma teoria do direito para exercer o seu mister; o juiz positivista tenta seguir a lei, o jusnaturalista a justiça, mas ao juiz realista faltaria um critério, pois o realismo afirma que o direito é o que ele próprio diz ser o direito. (FONTES, 2017, *on-line*).

Relevante, nos tempos atuais, a reflexão crítica sobre essa corrente, considerando a forte tendência ao ativismo judicial e a demasiada judicialização. A tarefa de interpretar e aplicar a lei é complexa e muitas vezes há o confronto de questões concretas não tratadas pela estrutura normativa e sem soluções expressas. Nestes casos complexos seria possível uma complementação com raciocínios práticos, morais e políticos?

### 3.4 Neoconstitucionalismo: “É *Direito*... ?”

A segunda Revolução Industrial e o pós-guerra são marcos históricos do nascedouro de uma nova forma de pensar o Direito, denominado pós-positivismo que busca superar o positivismo jurídico e o apego às leis, voltando atenção para o conteúdo da norma. A evolução desse pensamento desaguou no correspondente constitucionalismo contemporâneo, vindo a se materializar na ideia de neoconstitucionalismo.

Por este, a nova realidade constitucional tornou-se foco de atenção, passando a incorporar as questões relativas à limitação dos poderes estatais, direitos de natureza liberal e econômica, além de um rol mais amplo de direitos sociais. Assim, as constituições agregaram em seus textos princípios até então não previstos, iniciando uma nova fase no constitucionalismo.

No Brasil, esta mudança paradigmática se estabeleceu após a Constituição Federal de 1988, quando o país se inseriu em um processo de redemocratização. Essa corrente traz para o centro do ordenamento jurídico a Constituição. A sua supremacia não se refere somente ao status de Lei Maior, mas principalmente à supremacia material axiológica, originada da normatividade dos princípios constitucionais, que se alastra por todo o sistema jurídico, influenciando e regulando a criação e interpretação dos ramos do Direito, passando a condicionar o sentido e o alcance das normas de direito infraconstitucional, de modo que toda interpretação jurídica deve estar em harmonia com a Constituição. Nessa linha, Lima e Figueiredo:

Nesse horizonte constitucional, o Direito e a ética se aproximaram, de modo que a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental, passou a adquirir maior importância no mundo ocidental, assumindo status de princípio jurídico constitucional, corporificando-se em diversos documentos, como em declaração de direitos, convenções internacionais, dentre outros. Foi nesse ambiente que a dignidade da pessoa humana se constituiu em base normativa para os direitos fundamentais no mundo. (2015, p. 04).

O método interpretativo se desenvolve a partir da conjugação de princípios, institutos abertos, dotados de abstração e acentuada força valorativa, como os princípios da liberdade, da igualdade ou isonomia e do direito à vida. Nos dizeres de Fontes (2017, *on-line*):

Como afirma Alexy, os direitos fundamentais, que para ele têm natureza de princípios, efetivam uma ‘abertura’ do sistema jurídico diante da moral, pois direitos como dignidade, liberdade e igualdade são também conceitos da filosofia prática ou moral. Assevera ainda que ‘a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito’.

A partir do neoconstitucionalismo, a subsunção e o silogismo cede lugar a técnica de ponderação e o Direito se abre a um novo enfoque que clama por uma atitude notadamente interpretativa do juiz, que deve assumir uma concepção jurídica amparada nos princípios

constitucionais e comprometida com as novas necessidades do mundo prático da comunidade. Nesse contexto tem-se a convergência entre a Constituição e o direito processual no que tange ao dever de fundamentação, elevado a categoria de princípio legitimador.

Lado outro, não se pode deixar de analisar as críticas a este sistema, que no entendimento de muitos doutrinadores tem como principal característica a supervalorização dos princípios em detrimento das regras e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

Em arremate, a este tópico, verifica-se que a história do pensamento jurídico, assim como a história do homem e da sociedade é formada por movimentos evolutivos de crise e superação, um estágio supera o outro, uma etapa é construída a partir dos elementos daquela que a precedeu, muitas vezes com sobreposições entre estes estágios. O pensamento de hoje é a síntese dos pensamentos elaborados ao longo do tempo, com suas idas e vindas, com suas teses e antíteses. Uma corrente não exclui a outra, mas a supera por incorporação, em um constante reinventar-se na perspectiva do bem comum.

#### 4 TEORIA DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

À luz da tutela constitucional, desponta-se o princípio do acesso à justiça, direito fundamental garantindo a todos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. Corolário desse princípio está uma prestação jurisdicional adjetivada, qualificada, ou seja, ao direito ao acesso à justiça se estende a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade. Não é qualquer prestação, mas uma prestação adequada. Ao dirimir conflitos, o Judiciário emite uma resposta, uma decisão, esta por sua vez deve ser adequada, no sentido de ser racionalmente fundamentada.

Mas afinal o que é decidir?

Decidir é, ao mesmo tempo, um modo de decidir e também uma relação com o mundo, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo-lhe confiabilidade, mas o estudo sobre estes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado. O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender. (MONTEIRO, 2007, p. 02).

No âmbito processual, decisão judicial é qualquer ato do magistrado com conteúdo deliberativo, incluindo-se interlocutórias, sentenças, acórdãos. Isto é, qualquer mandamento judicial com conteúdo decisório.

Ao longo da construção do pensamento jurídico, delineou-se concepções sobre o entendimento do que venha a caracterizar a decisão judicial, na tentativa de elaborar uma teoria que reflita sobre suas configurações. A decisão está organicamente inserida em um contexto de conflito, de contradição de interesses, que demanda uma intervenção. Conquanto, perquire-se: como elaborar essa resposta? E mais: como elaborar uma resposta adequada? Nesse percurso, se coloca a busca por um aperfeiçoamento, por uma construção racional da resposta jurisdicional formalizada nos decisórios. Tarefa nada fácil, considerando o espaço de conjugação das normas jurídicas, do contexto sócio-econômico-político, do universo individual dos envolvidos, do sistema processual, das concepções sobre o próprio Direito como visto no capítulo anterior, enfim, da gama numérica de imbricações em que o Direito é construído.

A teoria da decisão, em sentido lato, foi desenvolvida na segunda metade do século XX, tendo como objeto de estudo os problemas de decisão sobre os quais são dedicadas análises aprofundadas dos critérios selecionados para as escolhas e suas soluções, pretendendo fornecer os instrumentos para apoiar a decisão e justificar sua escolha como

racional. Sugere Monteiro (2007, p. 10) que inicialmente a Teoria da Decisão era entendida como “o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos”. Atentando para a relevância das funções de tal Teoria propõe que:

A necessidade de analisar, racionalizar e fornecer subsídios racionais para auxiliar nas escolhas são motivos que fundamentam a elaboração de uma teoria para se tomar decisões, uma vez que estas podem produzir consequências que merecem certa reflexão. Além disso, quem decide pode ser colocado na situação de justificar suas escolhas pelas quais se torna responsável. A Teoria da Decisão procura responder a essa dupla necessidade de racionalizar os processos de tomada de decisão – explicando a forma pela qual se tomam decisões - e de fundamentar as escolhas realizadas. (MONTEIRO, 2007, p. 09).

Hodiernamente, busca-se uma teoria da decisão judicial que seja capaz de responder a dois desafios: de um lado racionalizar, tornando mais coerente e eficiente o sistema jurisdicional e, de outro lado, que seja capaz de justificar, legitimar e controlar a atividade jurisdicional. Verifica-se uma polarização entre as correntes de matriz formalista com as progressistas.

A Teoria formalista é composta por algumas correntes, que em síntese, entendem que a racionalidade da decisão judicial é obtida basicamente pela norma, pela lei, sendo que, tradicionalmente, a opinião majoritária do Direito foi concebida de forma que a tomada de decisão judicial deve ser substancialmente determinada pelo direito positivo. Assim, segundo Castro:

Sobre esse pilar se firmou no Século XIX a Escola da Exegese que, com fundamento no Código Napoleônico (1804), pretendia que a decisão judicial decorresse exclusivamente da extração de conceitos gramaticais contidos no texto da lei. Em outras palavras, o intérprete deveria realizar uma aplicação objetiva da norma, não lhe sendo permitido que se alocasse conceituações morais ou extralegis em sua decisão. A decisão judicial deveria ser fruto de um processo silogístico de aplicação da norma ao caso concreto, inexistindo qualquer interferência pessoal do julgador (ou de fatos externos) no ato de decidir. (2014, *on-line*).

O método utilizado é o da subsunção, submeter o caso à regra, se relacionando mais com a aplicação do que com a interpretação da norma e do Direito. Para o formalismo, o positivismo e o legalismo, modelos tradicionais de interpretação do direito, havia um papel específico reservado para a norma, para os fatos e para o juiz. A norma trazia a solução em si que o constituinte ou legislador havia concebido abstratamente para resolver os problemas; os fatos existiam para ser subsumidos naquela norma para que se produzisse o silogismo que produzia a decisão judicial, a norma era a premissa maior, os fatos a premissa menor e a sentença era a conclusão. O juiz era o profissional que desempenhava uma função técnica de

conhecimento, revelar no caso concreto a solução que estava pré-estabelecida na norma jurídica.

Essa linha hermenêutica, tida isoladamente, já não atende à complexidade social. Hoje interpretar, sobretudo, é legitimar. Essa legitimação decorre, dentre outros modos fatores, da necessidade da argumentação, de justificar as razões. A modernidade trouxe as necessárias mudanças de paradigma que revolucionaram o direito, a forma como se pensa o direito e, por conseguinte as decisões judiciais. Essas mudanças se fundaram em três acontecimentos: a superação do formalismo jurídico, a cultura pós-positivista e a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

Nessa nova perspectiva, a Constituição passou a ser interpretada de maneira mais aberta, possibilitando a ampliação do universo de possibilidades do direito através da reaproximação entre regras e princípios, ambos entendidos como normas jurídicas. Há a preocupação central com a legitimidade da produção do direito no espaço judicial, e também com a plasticidade material e temporal das normas constitucionais, posto que a sociedade não é estática, mas se movimenta e se transforma continuamente. Da mesma forma, o direito constitucional deve ser baseado em uma interpretação modulável, compatível com as necessidades daqueles para quem a Constituição foi criada: para as pessoas, conforme entendimento de Pereira e Cordeiro (2016, *on-line*).

Para esse novo modelo, que entende o direito como um conjunto de normas que podem ser elencadas tanto como regras quanto como princípios e que, havendo conflito entre os valores que contêm (ou, que se lhes atribuem), deverá ocorrer o sopesamento ou ponderação, perspectivas desenvolvidas por Alexy e Dworkin.

Nesse ponto, encontra-se uma discussão essencial: a utilização da ponderação, no âmbito das decisões judiciais, a qual confere ao julgador a possibilidade de decidir da forma que entenda mais coerente, não daria ensejo a uma demasiada discricionariedade? Na falta de uma lei adequada ou até mesmo de norma constitucional seria possível a aplicação de um catálogo interminável de princípios, o chamado panprincipiologismo? Para a corrente neoconstitucionalista, a aplicabilidade dos princípios em decisões judiciais e, em caso de conflito, de regras interpretativas de sopesamento e mandamentos de otimização, não quer significar abertura de espaço para decisões desarrazoadas, tomadas exclusivamente sobre subjetividades, mas, sim, que o julgador tenha a possibilidade de, em caso de conflitos ou até mesmo de lacuna na lei, realizar uma interpretação constitucional sistêmica para solucionar o caso em análise. Diante de tais questionamentos retoma-se a questão da racionalização das decisões judiciais.

Não se trata de abandonar a abordagem clássica, até porque, não há direito sem contexto normativo, o direito posto deve ser de fato observado, pois inerente ao direito. Uma análise silogística é necessária, até por questões de legalidade, de coerência, de imparcialidade, de segurança, as decisões devem partir dessa análise mais precisa, ultrapassar esse primeiro estágio, vislumbrando o conteúdo axiológico subjacente à norma posta. No esforço de se alcançar a maior racionalidade possível, sem, no entanto, desprezar a perspectiva tradicional, mas tomando-a como ponto de partida, a filosofia do direito e a teoria da decisão direcionam seus estudos para a teoria da argumentação jurídica, pela qual, segundo Jorge Neto (2019, p. 19), a decisão judicial é um ato argumentativo-pragmático:

[...] um ato que é resultado de um processo argumentativo, onde participam, quando menos, o autor, o réu e o juiz, mas que também recebe influxos de outras decisões judiciais, onde as mesmas questões foram anteriormente decididas; da comunidade acadêmica, quando discutem as mesmas questões objeto da decisão; e de toda a sociedade civil, pelos debates e práticas argumentativas que pervadem a sociedade civil. A partir da definição da decisão judicial como ato argumentativo-pragmático fruto de um processo discursivo que abrange pelo menos dois níveis: o nível interno, que se refere à própria relação processual, e o nível externo, que se refere às influências dos argumentos levantados por decisões judiciais proferidas em casos semelhantes, pela doutrina e pelo debate público que tem lugar na sociedade civil, construiremos critérios para a análise crítica da decisão.

Nessa linha, argumentação é a exposição das razões que fundamentam uma ideia, um discurso, uma escolha, uma decisão. A argumentação é construída essencialmente no diálogo, na comunicação, na interlocução das partes. Nos dizeres do autor acima citado:

[...] a decisão judicial é fruto de um diálogo e não de um monólogo, já que a partir da troca comunicativa entre autor, réu e juiz é que se produz a decisão judicial. ‘Monólogo’ estaria a significar a reflexão do julgador consigo mesmo para tentar estabelecer a melhor interpretação das normas e fatos postos a julgamento. (JORGE NETO, 2019, p. 16).

A atual teoria da decisão judicial, ainda incipiente, parte do pressuposto que a argumentação é o vértice das decisões judiciais, uma vez que, por ela, permite avaliar se é fruto de arbitrariedade do julgador, se obedece a parâmetros mínimos de correção e se possui grau de objetividade. Nesse intuito, busca alguns aportes da teoria da argumentação que possa subsidiar a elaboração de uma decisão que se queira racionalmente fundamentada, fazendo uso de estruturas como o argumento *ab absurdo*, argumento *ab autoritate* (argumento de autoridade), argumento *a contrario sensu*, argumento *a fortiori*, entre outros.

Destaca-se, a contemporânea doutrina de justificação lógico-argumentativa elaborada por Ronaldo Kochem e sua contribuição para a construção da novel teoria das decisões judiciais. Segundo o autor, deve-se ir além do necessário reconhecimento do dever de fundamentação das decisões, mais do que isso, deve-se discutir sobre o que deve ser

fundamentado e de que forma isso deve ser feito, ou seja, discutir a estrutura e o conteúdo das decisões. Para tanto, propõe que a reconstrução da decisão judicial como discurso justificativo que conjuga elementos estruturais e materiais a fim de desempenhar a sua função. Em sua tese Kochem (2021, p. 139-140) afirma:

[...] resgata a importância da lógica jurídica para a prática processual, por meio do reconhecimento da adequação e validade do uso de critérios lógicos para a aferição da correção do raciocínio jurídico, ao mesmo tempo em que destaca a posição de relevo que a argumentação desempenha na justificação e especifica estruturas e critérios pelos quais essa argumentação pode ser avaliada.

A evolução da teoria das decisões judiciais enseja uma interpretação criativa do direito e isso necessariamente passa pelo âmbito da linguagem, do discurso. A ideia da argumentação jurídica como instrumental é que por meio do discurso o homem aprende com o próximo, com seu interlocutor e consegue melhorar seus argumentos e a capacidade de refletir criticamente, na medida em que suas razões são colocadas à prova, à crítica, de modo a identificar as verdadeiras razões. Refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão judicial é, fundamentalmente, reconhecer a premência do alinhamento do Poder Judiciário com a nova realidade complexa e global, para cumprir sua função de solucionar as demandas que lhe são apresentadas de maneira lógica, justa e eficiente.

## **5 A PERSPECTIVA DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 489, § 1º, DO CPC/15**

Buscando dar efetividade e concretude prática aos direitos e garantias constitucionais, tem-se que as normas que os definem tem aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal. Nesse sentido, a Lei 13.105/15, o Código de Processo Civil, em vigência desde o ano de 2016, aspirando a efetividade constitucional, estabelece normas fundamentais do processo civil com vistas à qualidade da prestação jurisdicional. No que tange ao objeto deste estudo, o dever de fundamentação das decisões judiciais, encartado no artigo 93, IX, da Constituição Federal, recebe tratamento especial na norma do § 1º do artigo 489, do CPC/15, pontuando parâmetros formais, processuais e substanciais para a elaboração dos decisórios. Tal preceito vincula todas as decisões, em todas as esferas e em todas as instâncias.

Quanto ao seu conteúdo, Silva (2019, p. 104) pondera:

Todas as exigências do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, convergem para duas situações genéricas: a) generalidade ou vazio do texto constante da fundamentação, que abrange os incisos I, II, III, V e VI; b) falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam contrariar a decisão tomada pelo julgador, o que está previsto no inciso IV.

No presente capítulo busca-se analisar a percepção do Superior Tribunal de Justiça – Tribunal da Cidadania, corte incumbida de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil – acerca da observância do indigitado artigo. Para tanto, utilizou-se de pesquisa no repositório oficial do STJ que trata da jurisprudência elaborada pela citada corte. Elegeram-se para a análise as decisões proferidas em acórdãos, considerando que as decisões monocráticas não espelham o entendimento colegiado no enfrentamento da questão. As palavras-chaves tomadas para refinar a pesquisa foram as expressões isoladas e articuladas dos seguintes termos: “dever de fundamentação das decisões judiciais” e “observância do artigo 489, § 1º do CPC/15”, tal escolha se justifica na tentativa de apurar a busca por julgados específicos sobre o tema. O recorte temporal, por óbvio, teve como marco inicial o ano de 2016, ano de vigência da nova codificação processual.

A despeito da importância da fundamentação das decisões, repisa-se que esta é o local e o momento oportuno onde as questões controvertidas suscitadas pelas partes são analisadas e resolvidas, tanto as questões de fato, incluindo as provas, como as de direito. Na fundamentação apresenta-se a norma jurídica adequada à situação fática, justificando a sua

correspondência ao caso concreto e, conforme a legislação constitucional e infraconstitucional, a decisão sem fundamentação é inquinada pela nulidade, mas a fundamentação impertinente, inútil ou deficiente também a invalida, por considerá-la como inexistente.

Mas, a despeito das mudanças qualitativas, trazidas pela edição do artigo 489 do CPC/15, especificamente do § 1º, caracterizadas pelo estabelecimento de parâmetros de correção das decisões, o que se vislumbra pela análise da jurisprudência do STJ, é que ainda prevalece o antigo entendimento firmado no CPC/73 e, sobretudo uma tendência de esvaziamento do conteúdo do referido dispositivo:

Isso se confirma pela pouquíssima aplicação que o art. 489, §1º tem recebido pela jurisprudência do STJ. Ao se proceder à busca pela jurisprudência através do filtro onde se escolhe o dispositivo legal, o art. 489 do CPC/2015 retorna 359 (trezentos e cinquenta e nove) acórdãos. Analisando-se os 162 (cento e sessenta e dois) acórdãos prolatados apenas no ano de 2019, somente 15 (quinze) julgados reconheceram defeito de fundamentação nas decisões recorridas, sendo que 4 (quatro) desses casos tratavam de não aplicação de entendimento firmado pelo próprio STJ, tendo esta corte reconhecido o defeito de fundamentação para preservar a autoridade dos próprios julgados, com fundamento no art. 489, §1º, VI. Isso significa que apenas 9,25% dos casos que alegaram defeito de fundamentação com base no art. 489 do CPC/15, no ano de 2019, tiveram procedência. (CABRAL, 2020, *on-line*).

Antes da análise dos julgados, necessário esclarecer que será adotado, como referencial, o posicionamento de Kochem (2021) em sua doutrina lógico-argumentativa, que entende a outorga de razões às decisões judiciais enquanto discurso justificativo. Esta doutrina propõe que as razões da decisão judicial devem desempenhar duas funções, a saber: uma de controle intersubjetivo da atividade jurisdicional e outra de legitimação dessa atividade. Na sua perspectiva, somente uma doutrina que privilegia essas funções é adequada para concretizar os ideais de um Estado Democrático de Direito:

Estabelecido que a fundamentação das decisões judiciais *deve ser* um discurso justificativo, que permita o controle sobre a atividade jurisdicional, inclusive sobre aquelas escolhas discricionárias, procurou-se por um parâmetro de controle: uma *racionalidade* à fundamentação das decisões judiciais. A racionalidade indicada, escolhida para esse fim, foi a racionalidade prática que reconhece, no Direito, parâmetros substanciais de controle. Essa racionalidade, no que toca à fundamentação das decisões judiciais, desdobra-se em racionalidade lógico-dedutiva, argumentativa interpretativa, argumentativa probatória e processual. A partir disso, sustentou-se, é possível falar em *fundamentação correta*, ou *incorreta*, segundo os parâmetros de controle da racionalidade. (KOCHEM, 2021, p. 228).

Kochem declina critérios estruturais (raciocínio lógico-dedutivo) e materiais (argumentativos) de correção das decisões judiciais. Quanto ao aspecto argumentativo enfatiza o papel essencial do direito ao contraditório. Aduz que o “direito ao contraditório desempenha uma dupla função para a fundamentação das decisões judiciais” [...] “essa dupla

função é de *critério* e de *metacritério* da completude da fundamentação das decisões judiciais” (2021, p. 195-196):

A função de critério informa que a decisão judicial deve ser justificada de modo a responder às manifestações das partes, apresentando as razões que suportam a tese da decisão judicial e as razões com as quais se rejeitam as teses opostas. O critério opera diretamente sobre o conteúdo da fundamentação da decisão judicial. A função de metacritério informa que a fundamentação segundo os demais critérios de correção deve ser realizada na medida em que desempenhado o contraditório no processo civil. O metacritério opera indiretamente sobre o conteúdo da fundamentação da decisão judicial, determinando a medida adequada de análise da correção segundo os demais critérios de correção. (KOCHEM, 2021, p. 196).

Também será tomado como referencial a obra de Gordillo (2014), sob o enfoque de como ler corretamente uma sentença, no intuito de extrair a *ratio decidendi* do STJ sobre o dever de fundamentação. Por este, ler uma decisão judicial não é tarefa fácil para as partes, quiçá para aqueles alheios à lide. Para tal empreendimento há um procedimento específico e peculiar que permite a melhor leitura e conseqüente entendimento dos decisórios. Para Gordillo (2014, p. 100), deve o leitor ter em consideração o contexto mais amplo que circunda a demanda, “há que estar sempre atento ao que ocorre na realidade, seguir as novidades do mundo real, prestar atenção às descrições jornalísticas sobre as discussões internas do tribunal, etc.”. Complementa ainda:

Pode ocorrer que hajam influído na decisão determinadas questões de fato que não se explicam na sentença e que o leitor em consequência não adverte de sua leitura literal; não por isso são menos determinantes para a solução do problema. Por isso o leitor deve tratar de reanalisar a realidade do conflito e sua inserção na realidade de seu tempo e de seu lugar. (GORDILLO, 2014, p. 105).

Assim, considerando os dois parâmetros doutrinários acima declinados tem-se que do exame dos acórdãos extrai-se uma tese predominante que carrega a exegese da corte acerca do dever de fundamentar as decisões judiciais: o julgador não está obrigado a responder a todas as questões quando já se tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

Para ilustrar essa tese, colaciona-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 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. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação

ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum. 5. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL, 2016).

Essa decisão, formulada logo após a vigência do novo Código de Processo Civil, passou a ser empregada como base para as demais decisões nos anos que se seguiram. Lendo a ementa não se chega a identificar traços específicos do caso concreto, tão pouco no inteiro teor do acórdão, que se limita a transcrever alguns julgados e citar como razões de fundamento teses anteriormente pacificadas pela corte sem, todavia, fazer referência aos argumentos característicos e pertinentes ao caso em questão. Tal decisão, de cunho abstrato, parece, à primeira vista, contrariar o conteúdo do § 1º do artigo 489 do CPC/15.

Ao afirmar que *“a prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça”* evidencia-se que a corte continua a aplicar o entendimento do código anterior, pelo qual bastaria que o julgador apresentasse as razões de seu convencimento, sendo permitido a simples escolha dos argumentos favoráveis para a parte vencedora e em nada se manifestando sobre os fundamentos da parte vencida. Tal não é a opção do legislador atual, o qual propositadamente acrescentou a expressão *“em tese”* no inciso IV do §1º do artigo 489 do CPC. Por este dispositivo a decisão, para ser válida, deverá necessariamente enfrentar os fundamentos da parte vencida e rebater aqueles capazes de enfraquecer ou mudar a conclusão.

No acórdão em comento, não há nenhuma referência sobre os fatos que ensejaram o recurso, não se abordou sobre a possível omissão alegada pela parte. Veja-se que não se discute o mérito da decisão, se foi correta ou não, mas questiona-se porque os fundamentos trazidos pela parte vencida não foram sequer abordados, não se mostrou os vícios, não se apontou as fraquezas que em tese poderia modificar a decisão. E por que se procedeu assim? Por que se decidiu dessa maneira? Por que não explicou as razões do entendimento já firmado pela corte?

Nesse ponto, necessário fazer menção sobre o diferenciado peso que a decisão judicial tem para a parte vencida da lide. Para esta, as razões de decidir tem especial relevo na medida em que deve apresentar o *“porquê não”* de suas alegações, deixando evidente que tais foram devidamente analisadas. Inevitável é a sucumbência, mas a sua receptividade decore do

convencimento objetivo e racional, advindo de um discurso lógico-argumentativo de justificação.

Para a doutrina, a fundamentação é o meio para se verificar se o plexo de garantias fundamentais processuais está efetivamente contemplado no produto da jurisdição. Nessa linha, a fundamentação das decisões judiciais é o “banco de prova do direito ao contraditório das partes” (MARINONI; MITIDIERO apud KOICHEM, 2021, p. 196). Em acréscimo:

[...] cabe ressaltar que a fundamentação é, também, uma espécie de resposta ao princípio do contraditório. Dessa forma, o juiz pode até considerar errados os argumentos das partes, mas deve, para resguardar o contraditório como direito de influência, levá-las em consideração, fazendo menção expressa às teses propostas pelos sujeitos processuais. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente coligado ao dever de fundamentação das decisões estatais e ao correlato direito dos cidadãos de verem as suas linhas argumentativas consideradas pelo juiz. (STRECK; RAATS citado por Silva, 2019, p. 106).

Predominantemente, o enfrentamento da questão, trazida pelo referido artigo, é feito pelo STJ de forma genérica, é o que se depreende do excerto do voto da Ministra Nancy Andrighi:

Da violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/15 - De outra parte, conforme consignado na decisão agravada, não há que se falar em ofensa ao art. 489, § 1º, IV, do CPC/15. Com efeito, a questão do dano moral foi devidamente fundamentada, de sorte que restaram afastados os argumentos expostos pelo agravante mediante a análise das circunstâncias delineadas nos autos. (BRASIL, 2019).

Para ilustrar, o julgado abaixo, evidencia a prática de invocar súmula para afastar a apreciação do mérito sem a devida correlação e sem tanger todos os pontos controvertidos. No caso, os agravantes, servidores estaduais, pugnam pelo retorno dos autos ao Tribunal *a quo* considerando que o acórdão recorrido contém omissão e falta de fundamentação de pontos levantados em embargos de declaração, violando assim os artigos 489, § 1º e 1.022, II, parágrafo único do CPC/15. Intentando a revisão da base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço para incidência sobre a integralidade dos vencimentos, tudo conforme dispõe a Constituição Estadual, impugnam a decisão que não se pronunciou acerca da não observância das normas processuais federais no âmbito de assunção de competência. Sobre tal questão não houve manifestação, mas no entendimento da Corte a apreciação da decisão foi exauriente, sob tais argumentos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489, § 1º, VI, E 1.022, II, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INCIDÊNCIA DOS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO SOBRE OS VENCIMENTOS INTEGRAIS. DIREITO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. 1. Não se configurou a ofensa aos

arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. A solução da controvérsia envolve o exame do direito local, na medida em que seria necessária a análise da Constituição Estadual, prática vedada a esta Corte, na via especial, a teor da Súmula 280/STF. (BRASIL, 2019).

Analisando os votos deste acórdão, depreende-se a impertinência entre as razões alegadas no recurso e os fundamentos da decisão atacada, assim sugere-se que o STJ vem negando vigência ao artigo 489, §1º do CPC, não se desincumbindo do dever de, pelo menos, esclarecer o seu entendimento do que venha a ser considerado “motivo suficiente para proferir a decisão”, o que são razões “descartáveis” em face de tais “motivos suficientes”. O que geralmente se justifica pela noção de que o STJ não tem a função de analisar questões fáticas.

Sob outro enfoque, tem-se o decisório a seguir, que traz para análise a questão da fundamentação genérica e da fixação dos pontos considerados controversos. Trata a contenda sobre a acumulação de cargos de conselheiro tutelar, cuja execução da decisão recorrida acarretou a destituição definitiva do cargo o que gerou consequências para a manutenção do mínimo existencial do conselheiro. Em recurso à Corte, alega-se que a decisão não analisou questões importantes para a solução da lide.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESTITUIÇÃO DEFINITIVA DE CONSELHEIRO TUTELAR. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A respeito dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, verifica-se não estar configurada sua violação, porquanto o Tribunal de origem, guardando observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, manifestou-se acerca de todas as questões consideradas necessárias à solução da controvérsia. 2. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu que "no momento em que foi proferida a decisão agravada não se verificava mais a circunstância de acumulação indevida de cargos" e que "a execução da decisão agravada deixou o agravante em completa situação de necessidade (...), fato que contraria o princípio da dignidade da pessoa humana" (fl. 141, e-STJ). 3. "O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 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" (EDcl no AgRg nos EREsp 1.483.155/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe de 3.8.2016). 4. Na hipótese dos autos, a questão de mérito foi detidamente analisada e entregue a prestação jurisdicional de forma adequada, não se constatando a fundamentação genérica capaz de gerar a nulidade pretendida pelo recorrente. 5. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2017).

No inteiro teor do acórdão, evidentemente, predomina a transcrição de trechos da decisão recorrida, de dispositivos normativos, de conceitos doutrinários e ementas de decisões pretéritas da corte, todos alinhados para respaldar o entendimento de que não se precisa responder a todas as teses trazidas pelas partes. Não se percebe nenhuma análise, parecer ou apreciação de outros aspectos relevantes que serviram de base para a decisão liminar de

afastamento, tais como as irregularidades cometidas pelo Conselheiro no exercício de suas funções ou sobre os impactos que a decisão recorrida poderá acarretar na esfera da dignidade humana deste. Questiona-se: por que não houve o enfrentamento destas questões determinantes? Mesmo que seja para refutá-las?

É uníssono o descurar das decisões acerca dos fundamentos fáticos das demandas em apreço, que nem sequer são trazidos à baila. A elucidação e compreensão dos fatos determinantes é o primeiro ponto a ser exposto em uma decisão, a correta apreensão fática norteará todo o percurso decisório, se não há precisão sobre o que aconteceu corre-se o risco de errar também acerca do fundamento normativo, nesse prisma:

O que distingue um bom de um mau trabalho jurídico não é tanto o argumento propriamente normativo, conceitual, etc., senão sua profundidade em analisar minuciosamente as circunstâncias de fato, para resolver se corresponde enquadrá-las em uma ou outra das tantas categorias que o direito tem. Assim, como o mais importante em um caso de direito são os fatos, também o que mais interessa em uma sentença é como percebe e argumenta ou se pensa os fatos. Mas não devemos tampouco supor que a descrição que a sentença faz é necessariamente completa e adequada. A realidade está sempre fora da decisão. (GORDILLO, 2014, p.105).

Para se analisar uma decisão, mais do que contemplar o que está escrito, deve-se ter em conta o que não está escrito, aquilo que não consta em seu registro, o que ficou de fora da fundamentação e refletir criticamente sobre essa opção. Mais do que interpretar o que foi exposto é necessário interpretar o que não foi dito, as entrelinhas. O exercício do questionamento leva a algumas pistas para se traçar possíveis linhas de entendimento adotadas pelo órgão julgador, para tanto:

Há que ver isoladamente, com uma visão de túnel ou microscópio, não toda a sentença, senão tão somente o que se resolveu ante qual problema e a partir disso tratar de pensar qual pode haver sido a linha argumental da primeira etapa. Não o que consta por escrito da sentença, que pode não ser completo ou inteiramente fidedigno (ou inclusive ser inexato, no sentido que os fundamentos que se dão, às vezes não são os reais pelos quais se tomou a decisão), senão o que tratamos de recriar em nossa mente a partir de uma percepção tão parecida como seja possível da mesma realidade. Por isso, como assinalamos antes, sobrevivem, às vezes, os escritos argumentativos da parte triunfante. (GORDILLO, 2014, pp. 100-101).

Em uma visão de conjunto, os termos mais recorrentes nas razões dos julgados do STJ, quando se trata do dever de fundamentação e do artigo 489 do CPC, são:

1. Não ficou configurada a violação dos artigos 489 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia;

2. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional;
3. A questão foi devidamente fundamentada e todos os argumentos foram analisados.

Inobstante a edição do artigo 489 do CPC, no sentido de acertar novos parâmetros para o dever de fundamentar as decisões judiciais nota-se a resistência do STJ, em aplicá-lo.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL SOBRE O JUROS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTENTE. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - Não se conhece da alegação de violação de dispositivos constitucionais em recurso especial, posto que seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. II - Não cabe ao STJ, a pretexto de analisar alegação de violação do art. 535 do CPC/1973 ou do art. 1.022 do CPC/2015, examinar a omissão, da Corte a quo quanto a análise de dispositivos constitucionais, tendo em vista que a Constituição Federal reservou tal competência ao STF, no âmbito do recurso extraordinário. III - Não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1022 do CPC/2015) quando o Tribunal a quo se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia apreciando fundamentadamente a controvérsia (art. 165 do CPC/73), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese. IV - Conforme entendimento pacífico desta Corte "o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 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" (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016). V - Esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF. VI - Conforme entendimento desta Corte, não há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento, com a incidência do enunciado n. 211 da Súmula do STJ quanto às teses invocadas pela parte recorrente, que, entretanto não são debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1234093/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018; AgInt no AREsp 1173531/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018. VII - A matéria tratada nos autos - incidência do Imposto de renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária) recebida pelo contribuinte na repetição do indébito -, é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1063187, Tema 962/STF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, sob o regime de repercussão geral. VIII - Na Corte de origem, por outro lado, considerou-se que seria necessária dilação probatória para o deslinde da controvérsia, providência inadequada na via do

mandando de segurança. É o que se confere do seguinte trecho do acórdão: "Portanto, reconheço a inadequação da via eleita para a verificação do direito pleiteado, haja vista que seria necessária a dilação probatória para verificar a existência de pagamento dos juros de mora por terceiros em decorrência do inadimplemento de contratos. IX - Ademais, cumpre ressaltar que as anotações em livros contábeis são unilaterais, sendo certo que a impetrada pode se insurgir com as referidas anotações o que, repita-se necessitaria de dilação probatória". X - Assim, a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração o contexto fático-probatório dos autos. Para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. (BRASIL, 2018).

O aparente contrassenso, entre o posicionamento adotado pelo STJ e as novas exigências trazidas pelo CPC/15, acerca do dever de fundamentação, tem fomentado muitas críticas doutrinárias por tocar em ponto sensível: a discricionariedade judicial. O questionamento subjacente é: a quem cabe decidir quais são as questões, tidas como importantes, para serem conhecidas e apreciadas no processo decisório? Se afirmar que esse papel cabe exclusivamente ao julgador, não se incorre no entendimento que a fundamentação serve apenas para exaltar as alegações que correspondem às suas escolhas, àquelas que convenientemente são oportunas para justificar a sua decisão? Não seria conveniente descartar todas as premissas que poderiam prejudicar a sua decisão? Não se daria margem à parcialidade, ao subjetivismo e a decorrente conclusão de que todas as demais alegações formuladas pelas partes não tem importância cognitiva, sendo despidiendas para a formação do convencimento?

Diante do questionamento sobre o conteúdo da fundamentação Kochem (2021, p. 201), esclarece:

[...] Marinoni e Mitidiero, para tratar do mesmo problema, realizam a distinção entre *fundamentos* e *argumentos*, trazidos pelas partes, e estipulam que o direito ao contraditório implicaria o dever de análise completa dos fundamentos da decisão; não dos argumentos. Segundo os autores, os '*fundamentos* constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado' e os *argumentos* 'são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos' (...) afirmam, acompanhados por Arenhart, que 'o art. 489, §1º, IV, não visa a fazer com que o juiz rebata todo e qualquer argumento invocado pelas partes no processo' e que há o 'dever de diálogo com as partes a respeito dos *argumentos* capazes de determinar por si só a procedência e a improcedência do pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso'.

Por este, os *fundamentos* trazidos pelas partes, que consistem em pontos centrais dos quais decorrem a procedência ou não da ação, devem sim ser todos analisados na decisão, porém já os *argumentos*, questões que orbitam em torno dos fundamentos, portanto não centrais, não carecem de cotejamento detalhado.

Incontroverso, para a doutrina, é o papel do contraditório para a determinação destes pontos, tal é entendido como o espaço democrático de debate, delimitador do conteúdo decisório e garantidor do direito fundamental das partes de terem analiticamente consideradas as suas alegações, bem como atua como limitador dos poderes do julgador que deve vincular as suas razões aos pontos controvertidos trazidos pelas partes.

Analisando os julgados, depara-se com o uso reiterado das “decisões padrão”, prática amplamente adotada pelo STJ e vedada pelo inciso III, do § 1º, do artigo 489 do CPC/15. Segundo a doutrina, estas consistem em decisões que utilizam fundamentos genéricos, sem no entanto, fazer referência específica ao caso concreto, ou seja, são aquelas que invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Sob o entendimento da própria magistratura conjectura-se que:

[...] o legislador mostrou-se sensível ao fato de que, em tempos de produção em série, em que, para afastar a morosidade da justiça, louvam-se as estatísticas, a produtividade do juiz, muitas vezes são exaradas decisões padrão, com termos vazios, que serviriam a 'fundamentar' qualquer outra decisão. O julgador não desce ao caso concreto. Aplica-se a decisão-padrão sem examinar as características próprias da controvérsia. Por exemplo: 'verossímil a alegação do autor e sendo ele hipossuficiente, inverte o ônus da prova'. No mais das vezes, a hipótese do inciso III confunde-se com a do inciso I. 'É a paráfrase de textos normativos ou sua repetição, quase sempre, que permite a adoção de decisões-padrão'. (OLIVEIRA; SANTOS; CUNHA; CARVALHO FILHO; RIGOLIN, 2018, p. 520-521).

Nessa esteira, tem-se os dizeres de Kochem (2021, p. 198 e 199):

[...] a fundamentação das decisões judiciais não podem ser genéricas, devendo levar em conta as particularidade do caso, o que se justifica um bem entendido como direito ao contraditório. Recorde-se que o material de decisão do juiz é dado pelas partes, que têm o direito de ter suas manifestações consideradas pelo magistrado em suas decisões. Além disso, a decisão judicial é proferida sobre circunstâncias concretas de um caso cujo conteúdo é determinante ao processo de reconstrução e de aplicação de normas jurídicas [...] São totalmente genéricas aquelas decisões que contém justificativas que não digam respeito especificamente aos elementos do caso concreto, sejam eles fáticos ou jurídicos. Sob esse aspecto, também é vedada a apresentação de razões que apenas se limitam a erigir teses, não demonstrando o respeito ao direito ao contraditório pela análise das opiniões das partes, caso em que a fundamentação é apenas aparente e vale como simples declaração de vontade. Não são, portanto, discursos justificativos, tampouco servem ao interesse público de controle da atividade jurisdicional.

Neste ponto, pertinente a ponderação acerca da possibilidade do uso de tais decisões, que por vezes é admitida, desde que se faça o mínimo de referência as especificidades do caso concreto, apontando os elementos fáticos e jurídicos que provocam a similitude, ou não, dos casos em comparação.

As críticas apontadas ao disposto no § 1º, do artigo 489, do CPC/15, em grande parte dizem respeito ao argumento de que a apreciação exauriente prejudicaria sobremaneira a celeridade processual, tornaria as demandas muito longas, aumentaria a sobrecarga de trabalho dos julgadores e congestionaria o judiciário. Tais questões, sem dúvida são de grande valia para a efetividade processual, mas a via eleita pelo STJ, de uso irrestrito da jurisprudência defensiva, em nada contribuiu para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional. Devem-se buscar outras formas de se alcançar a devida uniformização e comedimento de demandas repetidas, alternativas já foram elencadas pelo CPC/15, como o uso de precedentes, de incidentes de demandas repetitivas e a assunção de competência, entre outras. Há que se buscar um equilíbrio, um sopesamento entre estes princípios de igual grandeza: o dever de fundamentação e o da celeridade processual, com vistas à melhoria qualitativa e quantitativa, sem se descurar da necessidade de coerência e integridade das decisões judiciais.

Em aportes finais, tem-se que a interpretação atual do STJ em relação ao § 1º do artigo 489 do CPC/15, colide frontalmente com a intenção legislativa que o criou, pois se fosse conveniente continuar a aplicar o mesmo entendimento pretérito da Corte, desnecessário a inovação. Assim, esvaziar o conteúdo do referido artigo é negar as garantias do contraditório e da ampla defesa, é calar a voz das partes, o que não se coaduna com o Estado que se quer Democrático e de Direito. A *mens legis* contida do bojo do artigo supra, precisa receber o devido debate por parte do ordenamento jurídico como um todo. Somente o debruçar reflexivo da comunidade jurídica sobre o conteúdo formal e substancial da norma é que vai conferir a aplicabilidade mais adequada e ajustada aos parâmetros constitucionais.

Diante disso, pode-se concluir que há necessidade de renovar a jurisprudência do STJ sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais. As novas bases legais e teóricas devem ser utilizadas pela Corte para cumprir seu papel de unificar a interpretação sobre lei federal. Neste caso, deve-se dar ao artigo 489, §1º, do CPC o devido tratamento que a inovação legislativa merece. A inclusão de tal norma do *codex* processual civil se justifica em razão da necessidade de um processo racional de fundamentação que contemple o exaurimento do dever previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Quando o STJ se nega a inovar a fundamentação, como visto nos julgados pesquisados neste trabalho, há um esvaziamento da busca de sentido por melhores decisões judiciais. Há, em suma, negativa de jurisdição.

## 6 CONCLUSÃO

A inquietação que ensejou a pesquisa se delineou na conjugação dos estudos teórico-práticos, desenvolvidos na graduação em Direito, com a atividade profissional exercida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de apreender como se constrói uma boa decisão judicial. Boa no sentido de ser justa e adequada ao caso concreto, uma decisão que contemple o esmero da atividade judicial, capaz de satisfazer o anseio de justiça que move o jurisdicionado a se valer da tutela estatal. Atenta que tal temática é por demais ampla e profunda e que demandará, por óbvio, novas e oportunas pesquisas, definiu-se, para iniciar o estudo, o objetivo de se perscrutar qual o sentido e o alcance do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Tal norte foi tomado, considerando que, tanto no âmbito constitucional, como no infraconstitucional, na perspectiva jurisprudencial e também doutrinária, uma decisão para ser válida precisa ser devidamente justificada. Mas afinal em que consistiria esse ônus de fundamentação?

Neste encaixo, analisou-se os fundamentos legais acerca do tema, consubstanciados no artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como na legislação processual, especificamente no § 1º, do artigo 489, do CPC/15. Aprofundando com a reflexão e contextualizando historicamente, foram apresentadas as correntes teóricas do pensamento jurídico acerca do dever de fundamentação, especialmente pelas concepções jusnaturalista, positivista, realista e neoconstitucionalista. Para complementar a perspectiva legal e histórica, houve a explanação técnica das teorias da decisão, com enfoque na vertente da argumentação jurídica. Finalizando o estudo, foi abordada a face prática da temática quanto a sua aplicabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Assim, buscou compreender o dever de fundamentação em seu aspecto legal, histórico, técnico-teórico e prático, no intuito de uma visão multidimensional.

Por tudo o que foi exposto neste trabalho pontua-se algumas considerações provisórias que almeja contribuir com o estado da arte e suscitar novas reflexões.

O princípio constitucional do acesso à justiça é materializado pela prestação jurisdicional efetiva. O escopo vislumbrado pelo Poder Judiciário, em sua função precípua é a concretização da justiça e da paz social através do devido processo legal posto em uma decisão adequada ao caso concreto. Por conseguinte, o dever de fundamentação das decisões

judiciais se revela em um instituto de natureza múltipla, confirmando, assim, as premissas inicialmente propostas. Sendo, pois, princípio constitucional que confere legitimidade ao Poder Judiciário, é direito fundamental para que o jurisdicionado tenha conhecimento dos argumentos que fundamentaram a decisão, é ônus estatal, limite imposto para afastar o arbítrio da ação jurisdicional e é técnica processual cujo cumprimento é inquestionável para a validade dos decisórios. Sendo, portanto, fruto da evolução histórica, do amadurecimento do pensamento jurídico pela busca da objetividade, da racionalidade.

Mas, em que pese confirmar essas hipóteses preliminares, por este estudo, pode-se dizer que se abriu uma nova perspectiva quanto a estas, na medida em que o sentido e o alcance do dever de fundamentação das decisões judiciais transcende o entendimento inicial. A pesquisa contribuiu decisivamente para essa nova visão.

Fundamentar uma decisão judicial vai além de expor o caminho intelectual, o trabalho interpretativo que o julgador percorreu para se chegar a determinado resultado. Não é só referenciar o itinerário que o julgador construiu, da reconstrução do quadro fático, do conjunto probatório, perpassando sua correlação com o material de direito para se chegar à conclusão. É isso e muito mais.

Decidir é ato complexo, vai além de técnica processual, de conhecimento jurídico e de esforço intelectual. Decidir adequadamente requer comprometimento com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, e esse comprometimento se verifica, se corporifica na justificação de suas razões. O ônus de fundamentar uma decisão é o que a faz legítima, justa (adequada normativamente) e aceitável.

Nessa perspectiva, o sentido e o alcance de atribuir razões à decisão judicial, em um contexto democrático e de direito, deve cumprir duas atribuições básicas: permitir a avaliação intersubjetiva e assegurar a legitimidade ao exercício da atividade jurisdicional.

Para tal desiderato, qualitativamente pertinente é a adoção de uma teoria lógico-argumentativa de justificação, pela qual se estabelece uma estrutura e um conteúdo mínimo necessário para a adequação dos decisórios. Nesse sentido, é indispensável a observância dos critérios de correção encartados nos seis incisos do § 1º, do artigo 489, do CPC/15, no intuito de elucidar às partes e à sociedade como e o porquê o julgador decidiu de determinada maneira, reportando qual argumento foi usado, esclarecendo qual norma foi empregada, qual fato foi considerado, qual o entendimento dos princípios e das cláusulas abertas empregadas.

A lógica-argumentativa é o instrumental que propicia ao julgador solucionar o caso de maneira mais adequada, sendo a teoria da justificação ou das condições de legitimidade de uma decisão, passando pela análise das responsabilidades que o juiz deve tomar no momento de interpretar o direito. Todavia, diversa é a interpretação da Corte da Cidadania, vez que, pela jurisprudência defensiva resiste em não aplicar o indigitado artigo, não cumprindo as novas exigências do CPC/15, bem como os preceitos constitucionais.

Na ótica do novel código processualista, que repercute os valores constitucionais, o processo decisório é concebido como um empreendimento democrático construído sobre as bases dos direitos fundamentais processuais, em especial do princípio do contraditório. Para a construção desse processo decisório, inexorável um ambiente dialógico, discursivo, onde os atores expõem seus fundamentos/argumentos de maneira colaborativa e democrática, na certeza que estes são levados em consideração, que influem efetivamente na decisão. A democracia exige que a decisão seja baseada em razões para que ela possa ser digna de ser obedecida, para que possa ser reconhecida como legítima, como vinculante. Em um espectro mais restrito, o processo é campo onde se constrói a democracia, onde há tolerância às diferenças e às divergências, bem assim, os decisórios se justificam pelo respeito às discussões.

O ônus do intérprete, quem quer que o seja, o juiz, o advogado, o procurador tem que demonstrar para todas as partes quais são suas razões, a parte vencida precisa saber por que perdeu e, ainda que não concorde com essa decisão ele reconheça que esta foi tomada de boa-fé e se baseia em normas (regras e princípios) que valem para todos. Trata-se da manifestação pública da racionalidade do julgador, que deverá demonstrar não apenas que tomou uma decisão acertada, mas explicar o porquê ela foi adequada, caso contrário ela não se sustenta. Para tanto, inerente uma atitude democrática que só será atingida pelo comprometimento social e pela responsabilidade política aportada na reflexão crítica sobre os fundamentos do direito e pelo respeito ao formalismo procedimental garantidor dos direitos fundamentais processuais.

Desta pesquisa, possíveis horizontes podem ser almejados, a partir desse primeiro olhar sobre a temática, sugestões que podem orientar as reflexões sobre o ônus de outorgar razões às decisões judiciais, tais como: o imprescindível papel da doutrina para o desenvolvimento de uma teoria da decisão que sustente os princípios e fundamentos de um Estado Democrático de Direito; a acuidade na formação acadêmica, dando relevo às matérias

de fundamentação teórica como a filosofia, a hermenêutica, a lógica e a argumentação, não com o fim em si mesmas, mas meios para a produção de resultados na ciência jurídica e, por fim, a aplicação efetiva das normas constitucionais e legislação processual para a correção estrutural e substancial dos decisórios. E como alcançar tais propósitos? Como efetivar essas ideias? Só há um caminho possível: a resignificação do sentido do Direito.

O direito é parte da razão prática e toda prática precisa de um sentido que a sustente. A normatização jurídica, em si mesma, nunca encerra a solução adequada ao caso concreto. É fundamental um raciocínio que diga qual é o seu significado. E o sentido e o alcance da atividade jurídica, o que a faz ser inteligível, é sempre a justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 1648 p.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> . Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1490812 / MS, 2019/0112959-9. Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/15. Inocorrência Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 out. 2019. p. 06. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1324162 / SP, 2018/0170047-0. Violação dos arts. 489, § 1º, VI e 1.022, II, Parágrafo único, II, do CPC/2015 Não configurada. Servidor público estadual. Incidência dos adicionais por tempo de serviço sobre os vencimentos integrais. Direito local. Incidência da Súmula 280/STF. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 28 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 out. 2019. p. 02. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1310033 / SP, 2018/0144380-6. Inadequação da via eleita. Alegação de violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistente. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 13 de novembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 nov. 2018. p. 01. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21315 / DF, 2014/0257056-9. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região). Brasília, DF, 08 de junho de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 jun. 2016. v. 132. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial nº 1676573 / PE, 2017/0133468-0. Destituição definitiva de conselheiro tutelar. Acumulação de cargos. Ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC. Inexistência. Recurso não provido. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 21 de novembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 dez. 2017. p. 01. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CABRAL, Angélica Mota. **O STJ nega vigência ao art. 489, §1º do CPC/2015?** ABDPRO #117. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-117-o-stj-nega-vigencia-ao-art-489-1-do-cpc-2015>> 19/02/2020. Acesso em: 1º set. 2021.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-Semântico.** 2009. Dissertação (Doutorado em Filosofia do Direito) – PUC, São Paulo, 2009.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de. **Uma breve análise a algumas teorias da racionalidade da decisão judicial.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. D. 24 03, 2º sem. 2014. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d24-03-uma-breve-analise-a-algumas-teorias-da-racionalidade-da-decisao-judicial/>>. Acesso em 19 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 674 p.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Entendendo a Filosofia do Direito: As correntes da filosofia do Direito.** 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/16/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-14-o-positivismo-juridico/>>. Acesso em 05 set. 2020.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos: Doutrina, Jurisprudência e questões de concurso.** 9 ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. 1664 p.

GORDILLO, Agustín. **Introdução ao direito: direito público e privado.** Tradução: Pedro Durão. Curitiba: Juruá, 2014, 199 p.

JORGE NETO, Nagibe de Melo, **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 336 p.

KOCHEM, Ronaldo. **Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa.** Londrina: Thoth, 2021, 255 p.

LIMA, Débora Caldeira Monteiro; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. **O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição:** Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima13-2/01-Anima13-O-NEOCONSTITUCIONALISMO-E-A-SUA-INFLUENCIA.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** São Paulo: Editora RT, 2015. 672 p.

MARIQUITO, Carla da Silva. 2012. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/fundamentacao-das-decisoes-judicias-sua-importancia-para-o-processo-justo-e-seu-desprezo-numa-sociedade-que-tem-prensa/#\\_ftn16](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/fundamentacao-das-decisoes-judicias-sua-importancia-para-o-processo-justo-e-seu-desprezo-numa-sociedade-que-tem-prensa/#_ftn16)>. Acesso em 13 set. 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 586 p

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI. 2007. Belo Horizonte. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 475 p.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. In: SANTOS, Silas Silva; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 520/521.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. **Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial**: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Volume especial, número 35, p. 131-148. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil. Porto Alegre, 2016. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/67713>>. Acesso em: 06 set.2021.

SILVA, Suzana Ribeiro da. **A interpretação do STJ sobre o artigo 489 §1º, IV do Código de Processo Civil nos Embargos de Declaração - MS 21315 / DF**. Revista Ratio Juris - Revista eletrônica da graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. V. 2, n. 1 (2019), fls. 103-107. Data da aprovação: 17/06/2019. Disponível em: <<https://www.fds.edu.br/revistagrduacao/index.php/revistagrduacao/article/view/37/93>>. Acesso em: 1º set. 2021.

THAMAY, Rennan. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 768 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 5698 p.