



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUSTAVO DE PÁDUA RODRIGUES GONÇALVES

**OS §§ 1º E 2º DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Salvador

2017

GUSTAVO DE PÁDUA RODRIGUES GONÇALVES

**OS §§ 1º E 2º DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito na Faculdade de Direito
da Universidade Federal da Bahia.

Professor orientador: Dr. Francisco Bertino
Bezerra de Carvalho

Salvador

2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A monografia intitulada “Os §§ 1º e 2º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil como instrumento de realização da previsão constitucional de fundamentação das decisões judiciais”, desenvolvida pelo graduando Gustavo de Pádua Rodrigues Gonçalves como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, foi julgada ADEQUADA (adequada/inadequada) e APROVADA (aprovada/reprovada) por todos os membros da banca examinadora.

Salvador, 13 de setembro de 2017.

Apresentada à banca composta pelos seguintes membros:

Prof. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (orientador)

Prof.ª Ana Luísa Leão de Aquino Barreto

Prof.ª Bruna Portella de Novaes

RESUMO

O presente trabalho volta-se à questão da fundamentação das decisões judiciais a partir do estudo do artigo 93, IX, da Constituição Federal, e do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, o qual, em seus §§ 1º e 2º, expõe algumas das hipóteses nas quais o legislador ordinário considera não existir decisão fundamentada. Assim, o trabalho inicia-se com uma breve análise do momento histórico-social no qual se insere a lei objeto de pesquisa para, em seguida, trabalhar com conceitos básicos atinentes à matéria, tal qual o de decisão judicial e fundamentação. Na sequência, parte-se para uma análise dos incisos do § 1º do artigo 489 do CPC e, depois, de seu § 2º. Por fim, verifica-se que a relação existente entre a previsão constitucional de motivação das decisões judiciais é complementada e concretizada através do Código de Processo Civil de 2015, notadamente por meio do artigo 489, no que se demonstram inconsistências da leitura no sentido de que a Lei Processual Adjetiva teria, de alguma forma, imposto limitações ao comando constitucional.

Palavras-chave: decisão judicial; fundamentação; §§ 1º e 2º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	4
2	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	6
3	PENSANDO A DECISÃO JUDICIAL.....	12
3.1	Os pronunciamentos do juiz.....	15
3.2	Elementos da sentença cível.....	18
3.3	A motivação das decisões judiciais como direito fundamental	22
3.4	Consequência da ausência de fundamentação	26
4	O QUE NÃO É UMA DECISÃO FUNDAMENTADA: UM ESTUDO DO § 1º DO ARTIGO 489 DO NCPC.....	29
4.1	Artigo 489, § 1º, I, do NCPC: simples indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo	33
4.2	Artigo 489, § 1º, II, do NCPC: utilização de conceitos jurídicos indeterminados.....	34
4.3	Artigo 489, § 1º, III, do NCPC: invocação de motivos genéricos	37
4.4	Artigo 489, § 1º, IV, do NCPC: o não enfrentamento de argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.....	39
4.5	Artigo 489, § 1º, V, do NCPC: mera invocação de precedente ou enunciado de súmula.....	44
4.5.1	<i>Ratio decidendi e distinção</i>	46
4.6	Artigo 489, § 1º, VI, do NCPC: a não aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte	48
4.6.1	<i>A superação do precedente</i>	51
5	DA COLISÃO APARENTE ENTRE NORMAS: A PREVISÃO DE APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO CONTIDA NO § 2º DO ARTIGO 489 DO NCPC.....	55
5.1	Norma-regra e norma-princípio: uma breve análise à luz da aplicação da ponderação	57
5.2	Da aplicabilidade da ponderação em conflitos normativos diversos: uma interpretação do § 2º do art. 489 do CPC.....	62
6	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Pouco mais de um ano depois da entrada em vigor do NCPC – Novo Código de Processo Civil, natural que ainda existam os mais diversos questionamentos acerca de seu conteúdo e aplicação. Destaca-se, aqui, dessa forma, a questão da fundamentação da sentença vislumbrada no artigo 489, §§ 1º e 2º, da Lei 13.105/2015.

O presente trabalho tem como proposta, assim, um estudo da temática da “fundamentação das decisões judiciais” a partir de uma análise conjunta da Constituição Federal e do Novo Código de Processo Civil, com foco especial no artigo 489, §§ 1º e 2º, que trazem rol do que, nas palavras do legislador ordinário, não é considerado decisão fundamentada.

Não se pode esquecer que a introdução do sistema de precedentes aumenta em muito a relevância da fundamentação, pois dela se extrairão todos os elementos necessários, tanto em termos de razões de decidir, quanto de *obiter dicta*, para o labor com os precedentes, sem os quais não se poderia pensar em formação, aplicação, superação ou qualquer outra operação com aqueles. A função dos tribunais em dizer o direito, nesse contexto, amplia-se, fazendo-se ainda mais relevante a motivação das decisões judiciais para fins de segurança jurídica.

Não é raro que o agente que atue na área jurídica encontre diante de si decisão judicial maculada seja pela má motivação, seja mesmo pela sua ausência. Aliado a isso, tem-se a crescente utilização de “modelos- padrão” que acaba levando à apresentação de decisões que por vezes sequer aplicam-se ao caso em questão ou, mesmo, são insuficientes, incapazes de adentrar nas individualidades das causas às quais buscam apresentar solução.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), mostra-se como lei processual que não só repetiu o mandamento constitucional relativo à necessidade de motivação, como também rediscutiu a própria questão da fundamentação, elencando uma série de hipóteses nas quais se consideraria que a decisão não estava devidamente motivada.

Nesse cenário é que se apresenta relevante averiguar, do ponto de vista processual, a forma como a Lei Maior se relaciona com a lei processual cível.

Para a concretização da vertente pesquisa, será utilizado o método de revisão bibliográfica, buscando especialmente na doutrina especializada posicionamentos acerca do tema.

Dessa maneira, a fim de se melhor entender o próprio Código de Processo Civil de 2015, partiremos, no capítulo 02, de uma análise do momento histórico em que seu texto foi produzido, levando em consideração as demandas dos diversos grupos da sociedade brasileira.

Em um segundo momento, no capítulo 03, intentaremos retomar o estudo da própria natureza da decisão judicial, a fim de melhor entender, nesse sentido, a função da motivação na constituição das decisões. Assim, buscar-se-á compreender não apenas o que se entende por decisão judicial, mas, ainda, suas classificações e elementos. Nessa mesma linha de pensamento é que se examinará o conteúdo do vocábulo “fundamentação”, verificando-se o que caracteriza a ausência de fundamentação e, outrossim, quais suas consequências.

No capítulo 04, debruçar-nos-emos sobre o § 1º do artigo 489 do NCPC, verificando, a partir da leitura de seus incisos, cada uma das hipóteses em que a legislação processual vai apontar inexistência de fundamentação: decisões caracterizadas por simples repetição de enunciado normativo, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e invocação de motivos genéricos, além daquelas que não enfrentam argumentos capazes de infirmar a decisão, que veiculam mera invocação de precedente ou súmula ou ainda que não aplicam enunciado sumular, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem qualquer justificativa.

O capítulo 05 será dedicado, por sua vez, ao estudo do § 2º do art. 489 do NCPC, cujo conteúdo refere-se à aplicação de ponderação no caso de colisão aparente de normas, que deve ser devidamente motivada.

Ao final, na conclusão, dotados do arcabouço conceitual e das observações anteriormente expostas, apresentamos os resultados da análise realizada, procurando entender de que forma aquele artigo da lei civil adjetiva se relaciona com o mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Encetando-nos em uma análise de nossa conjuntura sócio-política e, especialmente, jurídica, é preciso refletir sobre a denominada crise¹ da pós-modernidade e seu impacto sobre o Estado Democrático de Direito. Ante isso, deve-se notar que figuram inúmeras inconsistências e contradições em nosso contexto pós-moderno. Foi justamente nesse eixo paradoxal que se movimentou o século XX, conhecido por era dos extremos², em que o homem desenvolveu uma enorme tecnologia para sua comodidade, mas também criou, em reinterpretação do relato de Francisco Bertino de Carvalho (2010, p. 14-15), armas de elevada letalidade, promovendo-se o caos social.

Dessa maneira, a racionalidade expressa pela razão pura e pela lógica da causalidade demonstrou-se insuficiente para guiar a humanidade, a qual presenciou os horrores da Segunda Guerra Mundial (CARVALHO, 2010, p. 15). O final desse século, por sua vez, já foi marcado pela própria descrença na humanidade e pelo sentimento de desagregação, conforme ensina Hobsbawm (1995, p. 22), com uma juventude desconectada de seu presente e de seu passado.

Fruto da inconformidade do homem com seu tempo e da própria falta de perspectiva futura ou de sentimento gregário, o homem pós-moderno acaba sendo algoz e vítima de sua própria busca obsessiva por sucesso. Assim, entrega-se ao consumismo e à busca por pequenos prazeres efêmeros³ (CARVALHO, 2010, p. 18).

Já na segunda metade do século passado, o mundo se fascinou e se frustrou com a política do Bem-estar social. Jorge Luiz Borges Horta (2011, p. 165-166) narra que com ela, Estados

¹ Importa lembrar, conforme lição de Francisco Carvalho (2010, p. 10), que ao se falar em “crise da pós-modernidade” é preciso ir além da ideia de crise em seu aspecto negativo, atentando-se para crise enquanto momento de tensão voltado para a transformação e adequação. Em outro momento, complementa: “A chamada crise da pós-modernidade é, na verdade, a crise das instituições da modernidade, portanto, é essencialmente uma crise institucional, do homem com as estruturas que concebeu para viver em sociedade. É uma crise que afeta diretamente o Estado e o direito, e, dentro deste, a jurisdição [...]” (CARVALHO, 2010, p. 25).

² A expressão “era dos extremos” (*age of extremes*, no original), é de Eric Hobsbawm (1995).

³ Francisco Carvalho (2010, p. 19) vai constatar que “[...] o Estado, o direito e a jurisdição [...] lidam com um novo tipo de indivíduo – hedonista, utilitarista, individualista, por tudo isso acostumado e estimulado a enxergar o mundo e suas relações com ele a partir de uma perspectiva da satisfação de seus próprios desejos e interesses.”

assumiram uma posição ativa e garantidora, ampliando-se direitos. Todavia, constatada a derrocada do socialismo, o cenário capitalista impôs a retomada da desassistência social.

Presenciamos uma crise democrática, marcada pela falência da crença na política e nos dirigentes estatais. O povo, de modo geral, não se sente assistido nem representado, questionando a atuação de líderes que mais parecem governar em seu próprio interesse, buscando o poder pelo poder (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 252).

Alimentando a crise estatal, o mundo virtual enfraquece as fronteiras territoriais. Ante isso, a globalização se acentua e a homogeneidade cultural se alastra, destacando-se, nas palavras de Francisco Carvalho (2010, p. 38-42), a perda do sentimento de nação e a substituição de guerras de ocupação por combates de natureza econômica.

Dessa maneira, paulatinamente, o Estado, em sua visão tradicional, acaba perdendo seu protagonismo. Cedendo espaço em face da evidente decadência, a burocracia estatal começa a ruir, e o termo “burocrata” passa a ser considerado, até mesmo, como ofensivo, reverberando a incredulidade populacional ante políticas arbitrárias (CREVELD, 2004, p. 584-585)⁴.

O século XX também foi marcado por uma profunda expansão de direitos sociais, havendo alteração dos arranjos jurídicos. Emergiu, nesse cenário, o Estado Democrático de Direito, marcado pelo império da lei como elo entre agentes sociais e a progressiva substituição do Estado pela sociedade civil, a qual passou a ocupar posição de centralidade na vida política dos cidadãos (CARVALHO, 2010, p. 66).

Nesse contexto de intensa participação civil, a internet acaba se destacando como veículo de transformações sociais. Francisco Carvalho (2010, p. 78) comenta que na Europa, já é considerada comum a utilização desse canal para uma comunicação mais direta e eficaz da população com seus dirigentes, elevando-se a cobrança ante os gestores. Vale ressaltar, aqui, que este fenômeno não é exclusivo do lado de lá do Atlântico: recentemente o Conselho Nacional de Justiça autorizou a utilização do aplicativo WhatsApp para a realização de intimações judiciais⁵. A Prefeitura de Salvador também se utiliza do aplicativo de mensagens

⁴ Curiosa é, igualmente, a constatação que Martin van Creveld (2004, p. 585) faz acerca da palavra “público”, que passou de algo pertencente ou fornecido pelo Estado a sinônimo de “de segunda classe”, destacando-se o preconceito pelas coisas públicas.

⁵ A notícia pode ser encontrada no próprio sítio eletrônico do CNJ (WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>>, acesso em 15 de agosto de 2017).

instantâneas, inclusive como canal de comunicação para formalização de denúncias contra taxistas⁶.

Ante isso, visualiza-se um processo de expansão do direito, acompanhado, paradoxalmente, por sua própria crise. Se, por um lado, a população perdeu a crença em seus dirigentes, por outro, a descrença no próximo passou a exigir uma maior presença jurídica. Estimulou-se, dessa forma, a jurisdicização da vida, em substituição dos liames tradicionais de interação social por relações jurídicas⁷ (CARVALHO, 2010, p. 84-85). Dessa forma, o Direito passou a ocupar posição de destaque em relação às demais ciências humanas, recebendo também destas uma forte influência, já que passou a ser alvo de investigações de cientistas de uma infinidade de áreas do conhecimento (CARVALHO, 2010, p. 89-90).

A supramencionada jurisdicização é filha do engrandecimento monetário e burocrático de aspectos da vida humana. Ante isso, elava-se o sentimento de desagregação com a falência da sociabilidade, a qual cede espaço para a sedimentação dos conflitos e pelo uso do Direito como mecanismo de rivalidade social (CARVALHO, 2010, p. 85).

O consumismo desenfreado, juntamente com a intensa normatização da vida, seguida pelo materialismo, culto à individualidade, desagregação social e exacerbada competitividade serviram de alimento para a disseminação de conflitos amparados pelo mundo jurídico (CARVALHO, 2010, p. 98-99). Assim, judicializa-se tudo, criando-se uma ingênua expectativa no poder judiciário, em substituição à já morta crença nos demais poderes institucionais.

Nesse sentido é que Jacques Chevallier (2009, p. 131) destaca que vivemos em uma sociedade contenciosa, que padece da retroalimentação sistêmica das divergências sociais. Se, em certa medida, as ações coletivas representam uma grande conquista social, possibilitando a defesa

⁶ Cuida-se, em realidade, de meio de controle de qualidade dos serviços de táxi no período de carnaval na capital baiana, conforme noticiado pela própria Administração Pública em “Foliões terão tabela de referência de preço e WhatsApp para táxis”, disponível em: <http://www.comunicacao.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45756:folioes-terao-tabela-de-referencia-de-preco-e-whatsapp-para-taxis&catid=56&Itemid=170>, acesso em 15 de agosto de 2017.

⁷ Ainda tentando entender esse fenômeno de normatização das condutas (CARVALHO, 2010, p. 86), Francisco Carvalho (2010, p. 89) aponta a despersonalização do homem através da sociedade de massas e mesmo das sociedades anônimas como razão para a retirada das regras morais das interações formalizadas por essas pessoas, fazendo-se necessária, ao máximo, a intervenção da regra jurídica.

de trabalhadores e consumidores, também favoreceu o processo de judicialização dos conflitos.

Destaca-se, nesse quadro, a valiosa lição do professor J.J. Calmon de Passos (2013, p. 207), que, ao tratar da dita crise do Judiciário, alerta que “[...] a juridicização de todos os conflitos sociais gera uma sobrecarga para o Poder Judiciário e um esforço de mediação que escapa ao seu saber técnico e especializado”.

O Relatório Justiça em Números 2016 do Conselho Nacional de Justiça, referente ao ano de 2015, expõe a questão apontada. Em que pese informe a redução de 5,5% do total de casos novos, é possível verificar que no de 2015 o Poder Judiciário continha um total de 73,9 milhões de casos pendentes, sendo que desses 27,3% eram processos novos – um total, portanto, de quase 12 mil novos processos por 100.000 habitantes. Por outro lado, foram produzidas um total de 27,2 milhões de sentenças e decisões⁸.

Relevante destacar, ainda, dois outros índices constantes daquele documento. O primeiro deles é a taxa de congestionamento bruta, “[...] indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 53), que totalizou 72,2% no ano de 2015. Ainda, o índice de atendimento à demanda, “[...] indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 53), foi de 104,4%, verificando-se aumento quando comparado com o de 2014, que foi de 98,6%.

Esse mesmo documento revela que a taxa de recorribilidade interna foi, no ano de 2015, de 9,6%, enquanto a taxa de recorribilidade externa foi de 14,9%. Conforme informado pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 46), “A recorribilidade interna é o resultado da relação entre o número de recursos endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida e o número de decisões por ele proferidas no período de apuração”, aparecendo ali os embargos declaratórios⁹ e infringentes e os agravos internos e regimentais. A

⁸ É salutar esclarecer que não se pretende, aqui, fazer crítica à produtividade do Poder Judiciário. Pelo contrário, destacamos os apontamentos de Frederico Rego (2016, p. 179), que indica serem os juízes brasileiros dotados de maior produtividade do que os julgadores europeus, por exemplo.

⁹ Acerca da relação entre embargos declaratórios e fundamentação, José Luiz Rocha do Nascimento, em dissertação de mestrado intitulada “Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração: uma abordagem hermenêutico- filosófica”, apresenta pensamento no sentido de que os embargos de

recorribilidade externa, por sua vez, “[...] reflete a proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos desta natureza.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 46), considerando-se para tal cálculo recursos tal qual a apelação, o agravo de instrumento e os recursos especiais e extraordinários.

Relevantes, igualmente, para entender as nuances da sociedade brasileira atual, são as anotações de Calmon de Passos no sentido de que a Emenda Constitucional nº 45/2004, popularmente conhecida como Emenda da reforma do Poder Judiciário, foi baseada numa dita crise centrada na duração excessiva do processo, de modo que as mudanças foram efetuadas no sentido de se obter um processo mais célere e efetivo¹⁰.

É neste cenário, portanto, que surge e se insere a Lei nº 13.205/2015, também conhecida por Novo Código de Processo Civil.

A título de informação, importa destacar que o processo de construção desse Novo Código de Processo Civil tem início formal ainda no ano de 2009, com a constituição de uma Comissão de Juristas destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil¹¹. Na Câmara dos Deputados a semente do Novo Código de Processo Civil tramitou sob a legenda do Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Desde a formação da Comissão para o Anteprojeto até a versão final do texto legal o Projeto de Lei foi analisado e debatido por incontáveis juristas e políticos, inclusive com a realização de diversas audiências públicas¹².

Comparando-se, assim, o texto do Anteprojeto e da versão final, percebe-se que o artigo 11, que fala da necessidade de fundamentação das decisões judiciais como garantia fundamental

declaração são, em apertada síntese, sintoma de uma cultura de decisões deficientes no que tange à fundamentação, de modo tal que o cumprimento do dever de motivação teria o condão de justificar a extinção daquela modalidade recursal.

¹⁰ Calmon de Passos (2013, p. 204) complementa: “Reformou-se para obter uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva: Celeridade, efetividade, deformalização.”.

¹¹ O produto do trabalho daquela equipe pode ser apreciado no sítio do Senado Federal, em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> (acesso em 17 de agosto de 2017).

¹² Um relatório completo da tramitação do PL nº 8.046/2010 pode ser encontrado online em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>, acesso em 17 de agosto de 2017.

do processo civil, manteve-se intacto, exibindo a redação atual desde seus primórdios – salta aos olhos, entretanto, a alteração do nome do Capítulo I do Título I do NCPC, que passou de “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil” para, no final, se chamar apenas “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”.

Ainda, relevante para o presente estudo verificar a redação do que, no texto vigente, consolidou-se como artigo 489. O que hoje ali se encontra via-se, no Anteprojeto, nos artigos 471 e 472¹³, que em realidade pouco se assemelham ao artigo 489, conforme se perceberá ao longo deste trabalho. Por outro lado, a primeira versão do PL nº 8.046/2010 já apresentava, em seu artigo 476¹⁴, redação extremamente semelhante àquela submetida à aprovação do Executivo.

¹³ “Art. 471. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”.

¹⁴ Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório sucinto, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque 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.

3 PENSANDO A DECISÃO JUDICIAL

Num momento inicial, importa colacionar a lição de De Plácido e Silva, que em seu “Vocabulário Jurídico” apresenta conceito para o vocábulo “decisão”. Aponta o autor que:

[...] na acepção jurídica, *decisão* significa a *solução* que é dada a uma questão ou controvérsia, pondo fim a ela, por meio de *sentença*, *despacho* ou *interlocutória*, e criando uma nova *composição* entre as partes contendoras ou litigantes. É, assim, o *resultado de um pleito*, quando é tida num sentido mais estrito, ou a mera *deliberação* a respeito de um ato ou de qualquer pedido que se faz no processo, numa acepção mais ampla. (SILVA, 2014, p. 647)

Do ponto de vista doutrinário, é possível encontrar entendimento tanto no sentido de que as decisões judiciais sejam tanto ato de inteligência quanto ato vontade. De forma extremamente lúcida, Wilson de Souza Alves esclarece que por trás de tal debate de ideias o que se procura averiguar, em realidade, é se a atividade do magistrado é ou não de criação de direito (SOUZA, 2012, p. 263). Para Beclaute Silva, a discussão gira em torno da natureza declaratória ou constitutiva das decisões de forma geral (SILVA, 2007, p. 60).

Consoante relato de Beclaute Silva, foi no período iluminista que a noção de que a atividade do magistrado restringia-se à literalidade da lei enquanto vontade geral tomou força no meio jurídico. Nessa linha é que se tem a decisão como ato de inteligência: mera declaração de enunciado normativo previamente preexistente, a lei, que traz regras abstratas e gerais a serem aplicadas diretamente no caso concreto (SILVA, 2007, p. 60).

Partindo da leitura da obra kelseniana proposta por Beclaute (SILVA, 2007), verifica-se que o paradigmático jurista contrapunha-se à ideia de que o juiz limitava-se a exercer atividade declaratória na produção da decisão judicial. Defendia, assim, que em que pese houvesse, de fato, um momento em que o juiz “descobrisse e declarasse” o direito, limitava-se a averiguar a norma geral a ser aplicada no caso concreto – mesmo esse ato determinativo não é puramente declaratório, tendo em si, igualmente, parcela de conteúdo constitutivo (KELSEN, 2011, p. 264).

A decisão judicial para Kelsen, portanto, é ato criador de direito anteriormente inexistente, elemento de um processo constante de recriação do Direito num movimento do abstrato para

o concreto (do geral para o individual) (KELSEN, 2011, p. 263-265). É, nessa linha, ato criador de norma jurídica individualizada¹⁵.

Importa destacar, ainda, que consoante ensinamentos de Beclaute Silva, o papel de intérprete do Direito atribuído ao magistrado por Kelsen tem de grande relevância na concepção da decisão enquanto decisão-constitutiva e, ainda, enquanto veículo de norma jurídica individualizada (SILVA, 2007, p. 61)¹⁶.

Wilson Alves entende, de forma semelhante, ser a decisão judicial norma jurídica individualizada. Para o juiz baiano e professor da Universidade Federal da Bahia, o julgador atua levando certeza à situação jurídica inicialmente incerta, trazendo, no caso concreto, solução aos sujeitos em conflito. Destaca o jurista que mesmo quando se tem ação coletiva a decisão ali produzida mantém sua natureza de norma jurídica individualizada, na medida em que igualmente traz solução ao caso concreto – a diferença, aponta, encontra-se apenas na “[...] ampliação do aspecto subjetivo das relações jurídicas entre os sujeitos em conflito” (SOUZA, 2012, p. 263).

Alerta, entretanto, que existe exceção a essa natureza das decisões judiciais¹⁷: no controle concentrado de constitucionalidade a sentença não poderia ser qualificada como sendo norma jurídica individualizada, na medida em que não teria sido submetida situação fática ao órgão julgante (SOUZA, 2011, p. 263-264)¹⁸.

Acerca da atuação dos julgadores enquanto intérpretes do texto legislativo, Humberto Ávila (2013, p. 34-35) aponta que o interpretar, longe de ser ato de descrição atrelado a significado previamente dado, é processo de construção (constituição) de significado e de sentido do

¹⁵ Beclaute Silva explica que na perspectiva kelseniana a sentença traz, em regra, norma jurídica, não havendo diferença, do ponto de vista lógico, entre norma abstrata e geral e norma concreta e individual (SILVA, 2007, p. 61).

¹⁶ É o que se infere, igualmente, da leitura da obra de Kelsen, que afirma ser a interpretação científica do direito “[...] pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica.” (KELSEN, 2011, p. 395).

¹⁷ Igualmente entende Beclaute Silva, que aponta, ao tratar da relação entre Direito e linguagem, que “[...] é a teoria da linguagem que irá demarcar a característica da norma e o motivo por que a sentença, *em regra*, veicula norma concreta e individual.” (SILVA, 2007, p. 62, destaque nosso).

¹⁸ Importa ressaltar que em que pese não seja norma jurídica individualizada, não deixa de ser, essencialmente, constitutiva de direito – a lição de Wilson Souza (2012, p. 265) é no sentido de que seria sentença constitutiva, apesar de declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, quando acolhe pedido em ação direta de inconstitucionalidade ou o rejeita em ação declaratória de constitucionalidade.

texto. Reforça-se, portanto, a noção de decisão judicial como constitutiva de direito, ato de inteligência do juiz.

Debruçando-se sobre o tema, Didier Junior *et al* explicam que sendo necessário, o Estado intervém nas relações interpessoais dos sujeitos, atuando através do Poder Judiciário para definir a norma individualizada ou, ainda, garantir sua execução quando já tenha sido identificada pelas partes¹⁹. Assim, ao definir, por meio de decisão, a norma jurídica aplicável ao caso concreto, o julgador deve, igualmente, apresentar “[...] o conteúdo da norma jurídica individualizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 351).

Dando continuidade a seu pensamento, aqueles doutrinadores esclarecem que a decisão judicial, enquanto ato jurídico do qual decorre norma individual, distingue-se das demais normas jurídicas porque tem potencialidade para tornar-se indiscutível a partir do decurso do tempo em razão do instituto da coisa julgada. Lecionam, ainda, que no que tange ao processo de formação da decisão, cabe ao magistrado interpretar a norma geral e abstrata levando em consideração a Constituição e os princípios basilares do ordenamento jurídico para, a partir daí, apresentar solução ao caso concreto (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 351-352).

Conclusivamente, Didier, Braga e Oliveira lecionam que:

O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio de produção de norma jurídica. *Sucedo que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes.* O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. *A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial.* (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 353, destaques do autor).

O Judiciário atua, dessa forma, concretizando o ordenamento jurídico no plano fático (ÁVILA, 2013, p. 37). Trata-se de assunção do papel criativo do órgão jurisdicional, que cria,

¹⁹ Os autores aduzem que a norma individualizada pode ser, inicialmente, objeto de cognição dos sujeitos participantes da relação fática, havendo necessidade de atuação do Judiciário nas hipóteses de ausência tanto de cumprimento quanto de identificação da norma jurídica individualizada. A autotutela, se possível, ou ainda a arbitragem são exceções ao quanto referido (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 350-351).

através de suas decisões, normas – não simplesmente a norma individualizada (esta confundível com o dispositivo), mas, principalmente, norma jurídica que serve de fundamento para o pronunciamento judicial (esta, por sua vez, caracteriza a *ratio decidendi* das decisões, e tem pretensão de aplicação universal, desde que haja identidade de situações fáticas – não regula o caso concreto, mas, em realidade, consubstancia a interpretação dada pelo julgador, enquanto aplicador e concretizador do direito, à norma geral e abstrata)..

3.1 Os pronunciamentos do juiz

São três os atos do juiz no primeiro grau de jurisdição: os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças²⁰. Nos tribunais, os julgadores manifestam-se através de decisões monocráticas e acórdãos²¹. Desses, apenas as decisões interlocutórias e as sentenças apresentam conteúdo decisório, sendo, efetivamente, nesse sentido, “decisão”, caracterizadas por uma atividade de escolha.

Os despachos caracterizam-se negativamente, ou seja, é despacho tudo aquilo que não é decisão interlocutória nem sentença. São, assim, atos referentes ao impulso do processo, podendo ser praticados de ofício ou a requerimento de alguma das partes.

As decisões interlocutórias vão se caracterizar, igualmente, de forma negativa: é interlocutória toda decisão que, não sendo sentença, ainda assim apresente conteúdo decisório e traga solução a questão atinente ao processo²².

A novidade para as decisões interlocutórias reside exatamente na previsão do artigo 356 do NCPC, que expõe a possibilidade de o juiz proferir decisão que trate parcialmente do mérito quando um ou mais dos pedidos formulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso ou

²⁰ É esta a classificação escolhida pela Lei Processual Civil, que aponta, no *caput* de seu artigo 203, que “Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.”.

²¹ Especifica o artigo 204 do NCPC que “Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.”.

²² Eis o conteúdo da definição legal de decisão interlocutória, conforme Novo Código de Processo Civil: “Art. 203. [...] § 2o Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1o.”.

estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 355²³ da Lei Processual Civil vigente. É a chamada decisão interlocutória de mérito, contra a qual podem as partes recorrer por meio de agravo de instrumento, consoante dicção do artigo 356, § 5º, do Novel CPC.

As sentenças, por sua vez, são, nos termos do CPC, o “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487²⁴, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”, com ressalva às disposições expressas dos procedimentos especiais²⁵. Assim, sentença é o ato que põe fim a uma fase do processo – seja a fase cognitiva, seja a fase de execução²⁶, ressaltadas as exceções já textualmente previstas referentes aos procedimentos especiais.

O novo código, então, diferencia-se do código de 73 neste aspecto: enquanto este abria margem para delimitação do que era ou não sentença a partir da análise do conteúdo do pronunciamento judicial, aquele propõe uma abordagem finalística, devendo ser analisada, assim, a função realizada pela decisão no corpo do processo (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 489).

Quanto a seu conteúdo, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 504-506) classifica as sentenças como terminativas (quando encerram a fase processual a que se referem sem resolução de mérito) e definitivas (hipóteses nas quais o magistrado, ao produzir sentença, pronuncia-se sobre a matéria de direito que lhe foi posta).

Marinoni, Arenhardt e Mitidiero (2015, p. 461-469) separam as sentenças entre autossuficientes e não autossuficientes. As primeiras subdividem-se em sentenças declaratórias e constitutivas, enquanto as segundas podem ser condenatórias, mandamentais e executivas. As declaratórias são aquelas que tratam da existência ou inexistência de

²³ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

²⁴ Os artigos 485 e 487 do CPC-2015 referem-se a decisões terminativas sem e com análise de mérito, respectivamente.

²⁵ Didier, Braga e Oliveira (2017, p. 347) ressaltam que alguns dos processos que tramitam sob o rito especial apresentam mais de uma sentença em seu curso sem que, necessariamente, haja a extinção de uma fase processual.

²⁶ Como bem lembra Theodoro Júnior (2016, p. 500), não mais existe divisão entre processo de conhecimento e de execução – o modelo vigente é de processo único estruturado em fases, de modo que a sentença de mérito é executada nos mesmos autos em que foi proferida, sem a necessidade de se estabelecer nova relação processual em procedimento autônomo.

determinada situação jurídica, tendo por objetivo retirá-la da zona de incerteza na qual se encontra. As constitutivas, por sua vez, interferem no mundo jurídico criando, modificando ou extinguindo situação jurídica, podendo ser, dessa forma, constitutiva positiva ou negativa. As sentenças condenatórias caracterizam-se por trazerem em si uma combinação de declaração e condenação (*e.g.*, pagamento de indenização), abrindo a possibilidade de ser utilizado o caminho da execução em caso de não ser adimplida voluntariamente. As sentenças mandamentais, diferentemente, contêm uma ordem, interferindo, assim, na esfera jurídica do indivíduo a quem se destina, de modo a coagir o condenado a cumprir com a obrigação determinada. A sentença executiva, por fim, é aquela surgida no âmbito processual da execução, caracterizando-se por fazer parte de momento específico no qual se busca garantir direito anteriormente reconhecido²⁷.

A anteriormente referida alteração conceitual das sentenças pelo próprio Código de Ritos é de extrema relevância para a aceitação da figura da decisão interlocutória de mérito, que apenas com os novos contornos atribuídos à primeira pôde, efetivamente, ganhar fôlego.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 109) falam, de forma alternativa, na existência de sentença parcial de mérito. Diante do conceito trazido pelo novo CPC, entretanto, nos afiliamos àqueles que, a exemplo de Theodoro Júnior e Didier Júnior, falam em decisão interlocutória de mérito. Isso porque não nos parece caber, dentro do conceito finalístico de sentença enquanto pronunciamento por meio do qual o magistrado encerra determinada fase do processo, a possibilidade de “sentença parcial”. Entendemos ser a ideia de sentença parcial equivalente àquela de sentença intermediária, acerca da qual Humberto Theodoro Junior (2016, p. 502-503) relata ser oriunda de deturpações do direito germânico, que assim nomeou decisões que, sem julgar o mérito da causa, solucionavam questões incidentais que tinham por objeto a preparação da sentença final (a exemplo de ônus da prova ou análise de tempestividade de defesa).

²⁷ No que se refere à classificação das sentenças, tem-se aí questão que, do ponto de vista processual, parece trazer pouca interferência. Merece destaque, assim, a lição de Daniel Assumpção Neves (2015, p. 740-741), que ressalta o debate existente entre a teoria ternária, encabeçada por Liebman, que separa as sentenças em meramente declaratória, constitutiva e declaratória, e a teoria liderada por Pontes de Miranda, que adiciona àquelas categorias a sentença executiva *lato sensu* e as sentenças mandamentais (como propõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero), para concluir, ao final, que a discussão mostra-se, efetivamente, inócua.

A discussão acerca da natureza da decisão que julga antecipadamente parte do mérito do processo é relevante não apenas do ponto de vista teórico, mas, também, do prático. Isso porque o tipo de recurso por meio do qual as partes poderão se opor variará, necessariamente, em razão do tipo de decisão. Nesse ponto específico, entender como existente uma sentença interlocutória de mérito (sentença parcial) seria oposição ao próprio texto do Código de Ritos, uma vez que o artigo 1.009 é expresso ao prever que das sentenças cabe apelação – enquanto que o artigo 356, § 5º, dita que o recurso adequado contra decisão que julga de forma parcial e antecipada o mérito é o agravo de instrumento, conforme anteriormente referido.

A ideia de uma sentença interlocutória, ou seja, no curso do procedimento, sem trazer conclusão a qualquer de suas fases, poderia até coadunar com um conceito de sentença pautado na análise de seu conteúdo, mas não é compatível com as novas visões concretizadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

3.2 Elementos da sentença cível

O artigo 489 do CPC vigente prevê que as sentenças têm como elementos o relatório, os fundamentos e o dispositivo²⁸.

Em um momento inicial, é de relevante destaque o fato de que, enquanto o artigo 458 do CPC-73 falava em “requisitos essenciais da sentença”, o Novo Código de Processo Civil aponta relatório, fundamentos e dispositivo como “elementos essenciais da sentença”. A alteração da redação do dispositivo legal com o advento da nova lei de ritos demonstra, ao menos nesse ponto, cuidado do redator²⁹.

Compõem o relatório o nome das partes, a identificação do caso (com resumo da inicial e da contestação) e, ainda, o registro das principais atividades ocorridas ao longo do processo. Cabe ao magistrado relatar, assim, a ocorrência de audiência de instrução, a manifestação do Ministério Público, interposição de recurso de agravo de instrumento, dentre tantos outros atos possíveis de ocorrer no curso da ação.

²⁸ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

²⁹ Nesse sentido é a lição de Daniel Assumpção Neves (2015, p. 759).

Enquanto elemento da sentença, o relatório se propõe a expor aos seus leitores que o magistrado efetivamente tomou conhecimento dos atos praticados ao longo do processo, de modo a estar apto a realizar o julgamento. É, nesse aspecto, faceta do devido processo legal, já que forma de externar, tanto às partes quanto a quem possa interessar, a retidão do julgamento.

Daniel Assumpção Neves (2015, p. 760) leciona que a ausência de relatório implicaria em nulidade relativa, ao passo em que reconhece haver posicionamento doutrinário majoritário no sentido de que sentença sem relatório é eivada de nulidade absoluta. O doutrinador defende sua ideia sob o argumento de que a nulidade só ocorreria se houvesse efetivo prejuízo à parte que a alegasse, apontando ainda a dispensa de relatório nos Juizados Especiais, conforme artigo 30 da Lei nº 9.099/1995. Alega, ainda, que a simples existência do relatório não significa necessariamente que o julgador mergulhou nos fatos da causa, notadamente porque o relatório poderia ter sido produzido por serventuário – nesse mesmo sentido aponta que a inexistência do relatório, igualmente, não é apta a gerar, como consequência, o desconhecimento da causa pelo juiz. Discordamos, nesse ponto, de Assumpção.

É necessário pensar a sentença não apenas em seus efeitos para as partes, mas, igualmente, em sua relevância para a sociedade – é pensar, como será explicado adiante, nas funções endo e exoprocessual da sentença. Assim, o relatório serve, igualmente, como forma do próprio magistrado demonstrar não apenas o conhecimento da causa, como referido por Assumpção, mas também para indicar, a partir da listagem dos atos processuais praticados, a existência de vícios (assim, o julgador destaca, por exemplo, que a parte deixou de apresentar contestação, apesar de devidamente citada, ou que o Ministério Público efetivamente se manifestou em processo no qual cabia sua atuação).

Ainda, não se pode esquecer de uma das grandes novas propostas deste Código de Ritos vigente, fortemente aliada à questão da fundamentação: a criação, extração e aplicação de precedentes. A interpretação de um precedente é, no mínimo, extremamente dificultosa – se não impossível – se não houver relatório que acompanhe a fundamentação, já que inegável a relação entre ambos os elementos da sentença. Sua aplicação, igualmente, enfrentaria enormes dificuldades. Não é sem razão que Didier Junior, Paula Braga e Rafael Oliveira (2017, p. 355) destacam a relação entre o conhecimento dos fatos e a aplicação dos precedentes, especialmente para que possa verificar a existência de compatibilidade entre o caso concreto e

aquele cujas razões de decidir se quer aplicar³⁰ – o relatório fornece subsídio necessário à definição dos elementos objetivos necessários à formação e, principalmente, aplicação do precedente.

Ao tratar dos fundamentos da decisão, por sua vez, ou simplesmente fundamentação, o magistrado deve apresentar as razões que o levaram à conclusão que trará no dispositivo da sentença. É aqui que analisa as questões de fato e de direito que tiverem sido submetidas à sua apreciação pelas partes, bem como as provas produzidas, para, ao fim, a partir das premissas ali expostas, gerar a norma aplicável ao caso concreto.

Em que pese tenha-se notícia de que modernamente existe parcela da doutrina que pretende atribuir significados diferentes às ideias de fundamentação e de motivação (ALVES, 2015, p. 63)³¹, adota-se aqui, posicionamento no sentido de que há igualdade semântica entre os vocábulos “fundamentação” e “motivação”, na medida em que se entende que ambos apontam, em última análise, para a apresentação, pelo julgador, do pensamento utilizado na construção do dispositivo da decisão em questão³² – apresentação essa e pensamento esse que devem, necessariamente, se dar seguindo os princípios constitucionais e os ditames da lei processual civil.

Especificamente acerca da fundamentação, entretanto, restringiremos, neste momento, nossa análise, já que objeto principal deste trabalho, para, mais a frente, em momento oportuno, detalhá-la de forma adequada.

Encerrando os elementos da sentença, deve o juiz produzir o dispositivo. É nele que, conforme já apontado, residirá o enunciado que veicula a norma jurídica individualizada, resolvendo, assim, as questões que as partes tiverem submetido a seu crivo³³.

³⁰ No mesmo sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 408).

³¹ Também podem ser encontrados relatos de tal situação nas obras de João Luiz Rocha do Nascimento (2014, p. 120-123) e de Cristina Motta (2010, p. 23).

³² Acompanha-se, assim, a lição de Beclaute Silva (2007, p.103), dentre tantos outros, que aponta que uma das formas de veicular o sentido da fundamentação é “[...] mediante a expressão motivação, ou seja, fundamentar consiste em fornecer os motivos, as causas para a decisão”.

³³ De forma complementar, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 415) explicam que o dispositivo é comando que rege a vida das partes, ditando como devem comportar-se diante do caso concreto.

Ausente o dispositivo, a sentença é considerada inexistente. Diferente do relatório, para cuja ausência inclusive Daniel Assumpção defende a simples nulidade relativa, uma sentença sem dispositivo é, sem dúvidas, inexistente. Isso porque o dispositivo é, em realidade, a essência da atividade decisória do juiz: é por meio dele que o juiz exprime seu julgamento e traz, efetivamente, a resolução da questão. Daí porque Daniel Assumpção Neves (2015, p. 761) fala que é pelo dispositivo que a sentença se realizada no mundo concreto, podendo a partir dele produzir resultados. É nele, enfim, que se encontra o objetivo final ao qual todo processo se presta, que é a prestação da atividade jurisdicional.

Por fim, merece ser colocado em evidência o debate acerca do âmbito de aplicação dos incisos do artigo 489. A discussão, em síntese, é a seguinte: os elementos ali listados são requisitos exclusivamente para as sentenças ou todas as decisões judiciais devem ser compostas de relatório, fundamentos e dispositivo?

Conforme já se indicou, ainda que indiretamente, Daniel Assumpção Neves (2015, p. 759) defende que tais elementos seriam específicos apenas da sentença – e diz mais: apenas das genuínas sentenças de mérito³⁴, não sendo exigível para as falsas sentenças de mérito³⁵ e para as sentenças terminativas. Não nos parece o entendimento mais correto – pelo contrário. Relatório, fundamentação e dispositivo são elementos que devem existir em todas as decisões judiciais, independentemente se decisão interlocutória ou sentença, seja genuína de mérito ou não. É visão restritiva que não pode prosperar.

Didier Junior, Paula Braga e Rafael Oliveira (2017, p. 345), destacam que por diversas vezes a Lei Processual Adjetiva utiliza o vocábulo “sentença” quando, em realidade, pretende referir-se a todas as decisões judiciais – é esse o caso do artigo 489. Assim, não obstante o texto normativo faça referência aos elementos da sentença, o que há ali é rol de elementos das decisões judiciais.

Destaque-se que as sentenças de mérito não são as únicas decisões que carregam norma jurídica. Todos os atos do juiz caracterizados como decisão judicial têm o condão de impor-se

³⁴ A condição de genuína sentença de mérito é atribuída àquelas que, nos termos do artigo 485, I, do CPC-2015, acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção.

³⁵ A doutrina questiona a redação do artigo 485 do NCPC, que lista, dentre as hipóteses em que haverá resolução de mérito, em seus incisos II e III, situações nas quais o juiz decidir sobre decadência ou prescrição ou homologar reconhecimento de procedência do pedido, transação ou renúncia. Às sentenças que apresentem esse conteúdo é que se convencionou chamar de falsas sentenças de mérito, em contraposição à genuína sentença de mérito.

às partes, criando, extinguindo, reformulando ou sedimentando relação jurídica existente entre elas. Ou, ainda, estabelecendo a forma como correrá o processo. Possuem potencialidade, assim, para criação de precedente e, portanto, devem apresentar estrutura mínima que permita o conhecimento do caso – estrutura essa representada exatamente pelos elementos listados no artigo 489 do CPC-2015.

É em razão do que foi dito que entendemos ser necessário que todas as decisões contenham relatório, fundamentação e dispositivo. Especificamente quanto ao relatório, entretanto, é possível visualizar sua relativização, na medida em que se pode conceber ser necessário, apenas, descrever os fatos e atos essenciais à matéria que for ser decidida.

3.3 A motivação das decisões judiciais como direito fundamental

Procurando entender o conceito de “fundamentação”, recorreremos, por outra vez, à obra de De Plácido e Silva. O jurista entende que

O fundamento, pois, em relação às coisas, mostra-se a própria razão de ser delas. E em relação às ações que as legitima. [...] Qualquer, no entanto, o sentido em que seja tomado, *fundamento* exprime sempre a série de circunstâncias que autorizam a prática de um ato, mostrando-se jurídico ou de direito, quando fundadas em regras jurídicas, e de fato, quando decorrentes de acontecimentos vistos. É o *motivo determinante e justificativo* dos atos jurídicos, em virtude do que eles se autorizam, ou é a *razão* preponderante para a admissão de um pedido ou satisfação de uma pretensão, que é julgada procedente (SILVA, 2014, p. 989, destaques do autor).

É a fundamentação, assim, a base para a decisão apresentada pelo órgão julgador³⁶. É por meio dela que o magistrado apresentará as razões que o levaram a alcançar a norma veiculada em sua decisão. Beclate Silva (2007, p. 102-103) adiciona, ainda, que o sentido de fundamentação pode ser encontrado nas expressões “explicação” e “motivação” – a primeira significa a retirada da obscuridade das razões de decidir, enquanto a segunda indica que por meio do ato de fundamentar o juiz apresenta os motivos para a decisão. Daí porque Beclate

³⁶ Nas palavras de Frederico Montedonio Rego (2016, p. 179), “[...] a motivação consiste numa atividade argumentativa em que se procura oferecer as razões – e refutar as contrarrazões – que sustentam a tomada de uma decisão, e não de outra possível, razões essas acessíveis aos destinatários, que poderão concordar ou discordar precisamente porque estão informados dos seus fundamentos. Numa democracia – isto é, num regime essencialmente caracterizado pela soberania popular e pelo respeito aos direitos dos cidadãos – exige-se que o poder político preste contas de seus atos e dê satisfações aos seus titulares sobre o seu modo de exercício”.

fala que fundamentação é ação: consiste sempre em ato do juiz, que deve fundamentar, motivar, explicar, apresentar as razões.

No ordenamento jurídico pátrio, dois grandes artigos se destacam no que tange à obrigatoriedade de fundamentação. O primeiro é o artigo 93, IX, da Constituição Federal, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Este inciso foi, por muito tempo, o elemento central dos debates acerca da fundamentação das decisões judiciais. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, entretanto, outra peça de grande relevância surgiu. Ao criar, ainda no início do novel Código de Ritos, um capítulo exclusivamente dedicado às “Normas Fundamentais do Processo Civil”, o legislador fez questão de trazer para dentro do texto processual a garantia à fundamentação que já se encontrava veiculada no texto constitucional. Surgiu, assim, o artigo 11 do NCPC, que estabelece que “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Conforme relato de Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 77-78), o dever de motivar as decisões judiciais era visto, num primeiro momento, como garantia apenas das partes, relativo especificamente à possibilidade de interposição de recurso. A partir de alteração do pensamento processual, entretanto, verificou-se que a motivação das decisões teve sua importância ampliada, assumindo função política³⁷ na medida em que passou a servir de instrumento de conferência não apenas para as partes do processo, mas, igualmente, a qualquer um do povo a quem pudesse interessar.

A motivação, naquele primeiro sentido, apresenta-se, justamente, como garantia para as partes do processo, que serão corporificadas na decisão judicial, se devidamente fundamentada, as mais básicas garantias processuais, tais quais o devido processo legal e o contraditório. É o que a doutrina chama de função endoprocessual do dever de fundamentação, ou seja, a relevância da motivação não apenas para as partes litigantes, mas também “para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 357).

³⁷ Acerca da função política da motivação das decisões, Sarlet, Marioni e Mitidiero (2012, p. 666) explicam que é por meio dela que o julgador “[...] justifica o exercício do poder e contribui para evolução do Direito”.

Aliada à função endoprocessual, destaca-se, igualmente, o papel extraprocessual ou exoprocessual assumido pela motivação das decisões judiciais. Seria, em apertada síntese, a forma pela qual a sociedade de forma geral, não se resumindo a demandante e demandado, poderia perceber e, se necessário, controlar, a forma de atuação do Judiciário – uma espécie de controle difuso das decisões judiciais, portanto, a ser exercido pela coletividade.

Cristina Motta (2010, p. 200), por sua vez, fala em um duplo papel e uma dupla dimensão da motivação, que são a racionalidade da decisão judicial e o seu controle pelos tribunais superiores.

A motivação, assim, é elemento componente essencial para a caracterização de um Estado de Direito³⁸ e relaciona-se de forma intensa com o devido processo legal e o contraditório. Nesta linha de intelecto é que Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 665) asseveram ser a motivação das decisões direito fundamental³⁹.

Verificando, entretanto, existência de diferença semântica entre direito e garantia fundamental⁴⁰, Beclaute Silva (2007, p. 108-109) explica que o dever de motivação das decisões judiciais é, na verdade, garantia fundamental, e não direito. Adotamos aqui, em sentido contrário, os ensinamentos de Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2012, p. 248), que apontam que a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais” foi utilizada na Constituição Federal para determinar toda uma gama de direitos diversos, sem distinções *a priori*.

³⁸ É essa a lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 665). No mesmo sentido doutrina Cristina Reindolff da Motta (2010, p. 196-197).

³⁹ Importa rememorar, portanto, a noção de direito fundamental. De forma extremamente sucinta, extrai-se dos ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 249) que “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”.

⁴⁰ Para Beclaute Silva (2010, p. 108), “[...] a categoria denominada ‘direitos fundamentais’ nada mais é que significações proposicionais prescritivas que têm por função conferir para o seu titular – o particular ou a coletividade – uma prerrogativa considerada essencial pela órbita jurídica contra o poder estatal. Estas prerrogativas podem possuir por correlato um dever de fazer ou de não fazer (abstenção), por parte do Estado. Neste passo, malgrado relacionadas aos denominados direitos, não se inserem nesta classe as garantias, que são meios fornecidos pelo ordenamento jurídico voltados a limitar a atividade estatal em face do titular dos direitos fundamentais. Estes meios acabam por ser, de certa forma, também, direitos, pois conferem ao titular o poder de impor uma ação (fazer), como é o caso da fundamentação da decisão (sentença) judicial”.

Trata-se de entender que o direito à fundamentação é garantia mínima para a realização do Estado de Direito⁴¹, servindo tanto para que sejam conhecidas as razões de decidir daquele que profere a decisão quanto para que esse ato possa ser efetivamente controlado, se assim for necessário.

A fim de defender sua proposta de motivação como direito fundamental, Cristina Motta (2010, p. 205) vai apontar que a classificação de uma garantia constitucional enquanto direito fundamental não depende inteiramente de sua localização topográfica no texto da Carta Magna, conquanto o legislador constitucional tenha, de fato, agrupado determinados direitos sob o título de “fundamentais”. A fundamentalidade de um direito decorre, em realidade, de “[...] uma designação de regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional” (MOTTA, 2010, p. 205).

De forma peculiar, Cristina Motta (2010, p. 195) reconhece o direito fundamental à motivação das decisões judiciais como sendo de natureza mista. A jurista aponta que ele pode ser entendido como sendo direito fundamental de primeira dimensão na medida em que serve de instrumento realizador do próprio Estado Democrático de Direito em razão de sua ligação com o devido processo legal. Para Motta (2010, p. 202), “O referido princípio [do devido processo legal] tem como objetivo intrínseco, em última análise, garantir a liberdade humana, razão de ser de toda a sua formulação em torno do Estado de Direito”, colhendo dessa relação entre fundamentação, devido processo e liberdade humana a classificação da motivação como direito fundamental de primeira geração.

Em um segundo momento, entretanto, a fundamentação também pode ser encarada como direito fundamental social⁴² e, assim, de segunda geração. Motta (2010, p. 203-207) discorre que ao mesmo tempo em que garante a liberdade, o dever de fundamentar exige do Estado

⁴¹ Historicamente, a fundamentação nem sempre se constituiu como mandamento processual ou sequer constitucional. Conforme Rego (2016, p. 184), a obrigação de fundamentação das decisões judiciais ganha força, no cenário europeu, com o advento da Revolução Francesa, “[...] a partir do ideal democrático francês de conter o arbítrio dos juízes”. Dessarte, em que pese a fundamentação nem sempre estivesse necessariamente em companhia de um regime de governo democrático, natural que haja frequente convergência entre ambos, uma vez que “[...] o dever de fundamentação das decisões judiciais possui forte relação com algumas das ideias-chave da democracia” (REGO, 2016, p. 186).

⁴² Em que pese defenda a motivação como garantia fundamental, e não direito, Becloute Silva (2007, p. 108) anota que caso a fundamentação fosse ser entendida como direito fundamental, então seria do tipo social, porque consistiria em direito a uma prestação do Estado através de seu Poder Judiciário.

uma prestação (ação), cujo cerne está na satisfação de interesses sociais por meio da “[...] satisfação do princípio da isonomia e a manutenção do Estado Democrático de Direito.” (MOTTA, 2010, p. 234).

Finalmente, além das questões já expostas, a fundamentação ganha destaque em razão da fortificação, em nosso ordenamento jurídico, da cultura de aplicação de precedentes, em razão de previsão expressa nesse sentido no Novo Código de Processo Civil.

3.4 Consequência da ausência de fundamentação

Para aprofundar-se num estudo das repercussões da falta de fundamentação, é preciso primeiro se pensar o que é a “ausência” de motivação à qual se refere o texto constitucional. Ora, é decisão sem fundamentação aquela que se apresenta sem motivação, com conteúdo puramente decisório ou uma combinação de dispositivo e relatório. É esta a visão mais simples de decisão não fundamentada. Wilson Alves de Souza (2012, p. 318) registra que são também imotivadas as decisões que trazem em si “[...] ‘motivação’ ininteligível, com ‘motivação’ incongruente no plano dos fatos, com ‘motivação’ fora do mínimo razoável no plano do direito [...]”.

Encaixam-se no rol de decisões não fundamentadas todas aquelas que apresentam simulacro de motivação. São aquelas cuja fundamentação é inútil ou deficiente – inútil porque dissociada do caso concreto ou mesmo da norma jurídica veiculada pelo dispositivo, e deficiente porque, apesar de existir, mostra-se insuficiente para justificar a decisão. É este o entendimento que se extrai da lição de Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 369-370) e que será reprisado ao longo de todo este trabalho.

Caracterizada, assim, ainda que em linhas breves, as formas pelas quais uma decisão judicial pode se distanciar da norma constitucional que demanda que todas as decisões sejam motivadas, importa entender de que forma essa ausência de fundamentação repercutirá no mundo jurídico.

O debate referente às consequências da ausência de fundamentação gira em torno de duas conclusões: para parte da doutrina, a fundamentação deve ser analisada no plano da validade, de modo que em sendo considerada ausente a motivação, a decisão judicial é nula; outra corrente doutrinária defende, entretanto, que não estando presentes os motivos da decisão, ela é inexistente.

Adotam a ideia da nulidade Didier Junior, Paula Braga e Rafael Oliveira (2017, p. 369). Para os doutrinadores, levando-se em consideração o princípio da segurança jurídica, seria desarrazoado entender que a decisão sem fundamentação é inexistente no mundo jurídico. Explicam, assim, que a decisão precisa apresentar apenas dois elementos a fim de que exista: ter sido proferida por titular da função jurisdicional e possuir conteúdo efetivamente decisório (normalmente confundido com o dispositivo, conforme anteriormente apontado). Presentes ambos, a decisão, portanto, existiria⁴³, sendo a motivação seu elemento legitimador. Recorrem, ainda, à previsão constitucional, cujo texto aponta para a nulidade das decisões que não tenham sido fundamentadas. A carência de fundamentação, dessa forma, seria defeito do ato (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 393).

Na outra corrente destaca-se o jurista Wilson Alves de Souza, Juiz Federal e Professor Titular da Universidade Federal do Estado da Bahia. Para o doutrinador, a motivação faz parte, tal qual o dispositivo, do ato de decidir, razão pela qual sua ausência afetaria a própria existência da decisão, que não teria um de seus elementos básicos. Defende, nesse sentido, que a utilização do vocábulo “nulidade” pelo legislador constitucional não é empecilho à possibilidade de dali se extrair que a ausência de fundamentação interfere no plano da existência da decisão. Argumenta, ainda, que num “Estado que se proclama democrático de direito” é insuficiente a mera atribuição de nulidade à decisão não fundamentada, já que, ainda assim, poderá produzir, enquanto não anulada, efeitos, com potencialidade de se cristalizar através da formação de coisa julgada.

Expostas as ideias da doutrina a fim de melhor compreensão do tema, ressaltamos que nos parece melhor alinhada com o sistema jurídico vigente a noção de que a fundamentação encontra-se no plano da validade do ato jurídico⁴⁴. Inobstante a erudição e sabedoria demonstradas na lição do professor Wilson Souza, rendemo-nos à parcela da doutrina que defende a nulidade por uma questão de congruência do ordenamento jurídico. Isso porque do ponto de vista hermenêutico, parece-nos mais vantajoso – e, ainda, mais simples – a aplicação de interpretação literal do artigo 93, IX, da Constituição Federal, que aponta ser nula a

⁴³ Beclaute Silva (2007, p. 187) leciona que “[...] ainda que careça de fundamentação, há sentença. É um ato emitido pela autoridade competente, logo ingressa no sistema jurídico enquanto comando. Entretanto, pode ser expulso, pelos meios estatuídos pela ordem jurídica, em face do modo indevido de sua inserção”.

⁴⁴ Consoante relato de Beclaute Silva (2007, p. 184), alinham-se a esse mesmo pensamento Teresa Arruda Alvim Wambier, José Rogério Cruz e Tucci, Maria Teresa Gonçalves Pero e Antônio Magalhães Gomes Filho.

decisão não fundamentada. Partindo dessa premissa, temos que cabe, portanto, ao legislador ordinário, adequar-se aos mandamentos constitucionais, e não a reinterpretação do texto da Carta Magna à luz da dogmática processual cível (SOUZA, 2012, p. 318-320).

Fugindo um pouco da questão abstrata e aproximando-se do Direito enquanto processo concreto, também observamos vantagens na escolha da nulidade como consequência jurídica da ausência de fundamentação. Isso porque entender como nula ou inexistente a decisão interfere em quais formas de impugnação serão consideradas aplicáveis ao caso. Sendo inexistente, a parte pode questioná-la até mesmo por petição simples (SOUZA, 2012, p. 323). Por outro lado, se nula, cabe às partes galgar os degraus do caminho recursal cabível.

Nesse ponto, inclusive, importa rememorar que o próprio Código de Ritos vai possibilitar a oposição de embargos de declaração quando do aparecimento de decisão imotivada, por entender que ali há omissão do órgão julgador. Este mesmo Código ventila, ainda, a possibilidade de que os órgãos superiores, ao constatarem nulidade por falta de fundamentação da decisão que lhes foi posta à apreciação, passem a decidir, desde logo, o mérito da causa. Tais procedimentos coadunam-se de forma louvável com os princípios igualmente apregoados pela Lei Processual Cível em seus artigos 1º a 12, notadamente aqueles que se referem à duração razoável do processo e a primazia do julgamento de mérito, cuja interpretação é no sentido de que às partes deve ser garantido o julgamento da questão levada ao judiciário em prazo razoável – objetivo final do processo, lembremos. Na mesma medida também fazem jus ao devido processo legal, com a produção de decisões efetivamente completas. Com a dinâmica do NCPC nos parece que ambas os princípios processuais alcançaram algum tipo de balanço: aos magistrados, então, é dada a possibilidade de corrigir o vício praticado, e às partes é garantido o julgamento da causa levada ao judiciário.

4 O QUE NÃO É UMA DECISÃO FUNDAMENTADA: UM ESTUDO DO § 1º DO ARTIGO 489 DO NCPC

Inicialmente, importa ter em mente que as hipóteses de decisão judicial não fundamentadas tipificadas no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil - 2015 são apenas exemplos trazidos pelo legislador de situações nas quais se configura ausência de fundamentação e, assim, violação ao artigo 11 da Lei Civil Adjetiva e, ainda, do artigo 93, IX, da Carta Magna.

Natural que o que se tenha aqui seja exemplificativo. Inadmissível se conceber que o Código de Processo Civil poderia (ou mesmo teria essa pretensão, destaque-se) restringir o direito fundamental à motivação das decisões judiciais em sua tentativa de conceituá-lo, torná-lo mais palpável aos operadores do Direito⁴⁵. Ressalta Beclaute Silva (2013, p. 198), nesse sentido, que seria vedado ao legislador delimitar o conceito de decisão fundamentada, notadamente por não se tratar de norma constitucional de eficácia contida ou restringível.

Ainda, não seria coerente se pensar em um rol taxativo de casos que caracterizariam ausência/insuficiência de fundamentação, especialmente porque a fundamentação exigida dependerá sempre da hipótese fática, de modo tal que a fundamentação se realiza, portanto, no caso concreto.

Conclui-se desde já, portanto, que o que se verifica no texto processual é norma cujo objetivo é a maximização do mandamento constitucional e a efetivação, proteção e garantia do direito fundamental à motivação das decisões judiciais⁴⁶.

Assim, além daquelas situações trazidas no artigo 489, § 1º, do CPC, há casos outros, igualmente previstos na legislação processual civil, nos quais se entende como não fundamentada a decisão em que o juiz valora a prova produzida pelas partes, mas deixa de

⁴⁵ Na fala de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 370), o que se tem é concretização do direito à fundamentação e, assim, “O rol não poderia, por isso, ser considerado taxativo. Isso significa que há outras situações em que a decisão, a despeito de conter motivação, considera-se não fundamentada”.

⁴⁶ Nas palavras de Beclaute Silva (2013, p. 197), “[...] é plenamente possível a estipulação de indicativos que maximizem uma garantia fundamental, principalmente quando esta encerra, como demonstrado, uma regra semanticamente aberta. [...] Interessante notar que o legislador projetista não pretende dizer o que é fundamentação. Apenas aponta para o que não é uma decisão fundamentada. Cria para isso uma norma de estrutura que irá balizar a conduta do Magistrado, no ato de produzir a decisão judicial”.

indicar as razões da formação de seu convencimento, em desobediência ao artigo 371⁴⁷ do Código de Processo Civil ou, mesmo, a decisão que, aplicando ponderação em conflito normativo, não traz pormenorização, com indicação do objeto e dos critérios utilizados, bem como das razões que autorizam a interferência na norma afasta e, ainda, as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 489, § 2º, CPC).

Não se ignora a existência de posicionamentos divergentes, a exemplo daquele propagado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, que chegaram, inclusive, a requerer à Presidência da República que vetasse boa parte do artigo (REGO, 2016, p. 179).

Para o Presidente da ANAMATRA, o artigo seria tentativa do Poder Legislativo de limitar a independência funcional dos magistrados, caracterizando intervenção daquele na atividade destes. Afirma, ainda, que as normas propostas no CPC gerariam “repercussão deletéria na razoável duração dos feitos”⁴⁸.

Não se vê razão, diante de tudo quanto já exposto, nos argumentos levantados. A norma processual não limita a atividade dos juízes, servindo como guia e parâmetro a fim de evitar o nascimento de decisões-aberrações e não, como alguns pretendem fazer crer, assoberbar a atividade dos magistrados⁴⁹.

⁴⁷“Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e *indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*” (destaque nosso).

⁴⁸ A manifestação do Presidente da ANAMATRA pode ser encontrada, na íntegra, em ROVER, Tadeu. Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em 05 de julho de 2017.

⁴⁹ Nesse sentido, ao analisar os referenciais utilizados para a construção do artigo 489 do NCPC, Francisco Alves aponta, em lúcida lição, que “[...] é preferível ao Judiciário dar vazão à demanda crescente de causas, por menos perfeitas que sejam as decisões judiciais que não atendam plenamente os anseios buscados por parcela da doutrina, ou fixar outro ponto de estrangulamento da atividade processual? Decisões com o grau de perfeição exigido pela doutrina mais exigente atrasarão, em muito mais do que se pensa, a pacificação social a partir do processo. Se ao juiz europeu, com menor demanda que o brasileiro, é dado exigir uma fundamentação de maior conteúdo, não se pode exigir ao juiz brasileiro, com o volume que lhe é submetido a julgamento, o mesmo grau de exigência. Realidades distintas, parâmetros distintos, adequações necessárias.” (ALVES, 2015, p. 66).

Havia, inclusive, demanda deste texto normativo⁵⁰. Não é segredo que o judiciário brasileiro, em que pese se trate de grupo específico que por óbvio não representa a totalidade de seus componentes, tem produzido decisões judiciais muito aquém do esperado⁵¹. São decisões genéricas, rasas, descompromissadas com o exercício da jurisdição que se procura combater.

Saliente-se que, consoante ensinamento de Francisco Alves (2015, p. 68), o Código simplesmente trouxe para a legislação hipóteses que antes mesmo de sua edição já eram consideradas pela doutrina e pela jurisprudência, em confronto com o mandamento constitucional, claramente não fundamentadas.

Nesse sentido, valiosa a lição de Beclaute Silva, que afirma que:

A regra [...] do novo CPC não é uma camisa de força, mas oferece uma importante ferramenta facilitadora para a atuação dos Magistrados, como também de todos os que atuam no processo, no intuito de identificar uma decisão não fundamentada, bem como possibilitar aos órgãos do Judiciário construir decisões fundamentadas (SILVA, 2013, p. 199).

Ainda recorrendo aos ensinamentos de Blecaute, cabe destacar a importância da utilização do advérbio “não” no texto do § 1º do artigo 489 do NCPC (consta do artigo que “*não se considera fundamentada [...]*”), “que passa a assumir função concretizadora” na medida em que retira do campo abstrato do que se considera decisão fundamentada decisões anteriormente validadas no caso concreto (SILVA, 2013, p. 108).

Na lição de Teresa Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015, p. 793), o § 1º do artigo 489 do CPC-2015 traz em seu bojo uma norma clara: agora, não é qualquer fundamentação que poderá satisfazer o mandamento constitucional, devendo atender aos “parâmetros de qualidade” listados no artigo.

Tratando do tema, Daniel Marinoni *et al* alertam que:

[...] para que uma decisão possa ser considerada como fundamentada à luz dos arts. 93, IX, da CF, e 7º, 9º, 10, 11 e 489 do CPC, exige-se: i) a

⁵⁰ Para Frederico Rego, as exigências expostas no artigo 489 são simples consequência do constante melhoramento do sistema democrático, fazendo-se necessário, nesse, que seus agentes, ao exercer poder – não apenas jurisdicional, mas, igualmente, político – o façam de forma transparente e justificada, conferindo a todos tratamento equalitário. Para o jurista, “[...] à luz da democracia e sua história, o art. 489 do NCPC perde seu ar de novidade, mas ganha sentido como reação a dificuldades presentes.” (REGO, 2016, p. 198).

⁵¹ Nesse sentido, é o que relatam Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 372, 378, 388). Ainda, Rego (2016, p. 180) e Humberto Theodoro (2016, p. 1063).

enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada. (MARIONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 453).

Ocorre que, antes deste Diploma Legal, o que se tinha era, em síntese, a previsão constitucional de necessidade de fundamentação das decisões. O Código, entretanto, traz para dentro das normas processuais a necessidade da motivação, entendendo-a como Norma Fundamental do Processo Civil e buscando, assim, fortalecer sua aplicação, objetivando a aplicação de regra já existente.

Ademais, consoante destacam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 382-383), o próprio texto legal declarou, de antemão, que as decisões judiciais que incorram em qualquer das hipóteses listadas no artigo 489, § 1º, da Lei Civil Adjetiva são omissas e, dessa forma, recorríveis por meio de embargos de declaração, a fim de que o juiz, reconhecendo a omissão ocorrida, possa manifestar-se nos autos de forma a completar sua decisão, afastando a lacuna que se tenha evidenciado (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 382-383). É esta a conclusão que se extrai da leitura do artigo 1.022, II, combinado com seu parágrafo único, II, do CPC⁵².

Relevante, por fim, evidenciar que, em pese o artigo 489 encontre-se contido no capítulo XIII do Código de Processo Civil, que trata especificamente “Da Sentença e da Coisa Julgada”, o enunciado do § 1º é claro ao detalhar que as hipóteses de ausência de fundamentação ali explicitadas aplicam-se não apenas às sentenças, mas, igualmente, a decisões interlocutórias ou acórdãos – a qualquer decisão judicial, em suma⁵³.

⁵² “Art. 1.022. *Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:* I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - *suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;* III - corrigir erro material. Parágrafo único. *Considera-se omissa a decisão que:* I - *deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;* II - *incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º*” (destaques nossos).

⁵³ “Art.489, § 1º. Não se considera fundamentada *qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão*, que: [...]”. (destaque nosso)

4.1 Artigo 489, § 1º, I, do NCPC: simples indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo

O inciso I do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil vem para descrever, como primeira das hipóteses de decisão judicial não fundamentada listadas naquele artigo, aquela em que se verifique que o julgador limitou-se a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo em sua decisão sem explicitar a necessária relação entre a norma aplicada e o caso concreto em análise⁵⁴.

Trata-se, claramente, de prevenção a decisões de cunho genérico. O que se pretende é chamar a atenção do julgador para o fato de que lhe cabe a obrigação de apresentar, em sua decisão, o caminho cognitivo perpassado para atingir a conclusão ali apresentada.

De forma incisiva, Nery Junior e Rosa Nery (2016, p. 1249) apontam que a decisão que tenha por base texto de lei ou outro enunciado normativo deve buscar trazer, em seu conteúdo, de forma clara, os fatos da causa que ensejariam o emprego daquele texto legal, fazendo-se “[...] necessário, sempre, indicar as razões de fato e de direito que implicaram a aplicação do texto legal”.

Beclaute Silva (2013, p. 199) entende, por sua vez, que a assertiva do inciso I deve ser analisada apenas diante do caso concreto, havendo situações em que seria sim possível ao órgão julgante utilizar-se de simples menção ao texto legal sem, entretanto, incorrer em ausência de fundamento. Cita, assim, como exemplo, conciliação ou extinção de execução em face de adimplemento da obrigação.

Ensinam Didier Junior *et al* que a exigência que se poderá fazer no que tange à fundamentação poderá variar de acordo com a abertura do texto normativo. A título exemplificativo, dizem os autores que, em se tratando de aplicação de enunciado normativo que contenha conceito indeterminado ou cláusula geral, a justificação que se espera é das mais criteriosas (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 373).

Colacionamos, ainda, a lição de Francisco Alves (2015, p. 67), que traz exemplo de decisão não fundamentada, nos termos do inciso I do § 1º do artigo 489 do CPC: “Na espécie,

⁵⁴ “Art. 489, § 1º, I - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...] se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

incidentes os elementos responsabilizatórios civis previstos no art. 389 do CC, deverá a parte responder por perdas e danos”.

Seriam igualmente carentes de fundamentação, nos termos do artigo 489, § 1º, I, decisões como aquela em que o juiz fala que “Ausentes os requisitos do art. 457, § 1º, indefiro a contradita”, ou ainda que “Em face dos incisos I e II do art. 443, indefiro a inquirição de testemunha”, ou mesmo que “Divergentes os sócios na forma do § 2º do art. 1010 do CC, decido a divergência societária em favor do réu”.

Assim como cabe ao magistrado fazer a conexão entre as provas e os fatos, também deve interligar os fatos à norma a ser aplicada⁵⁵. Não basta, portanto, a simples exposição da norma ou enunciado normativo, seguida da alegação de aplicação daquele determinado diploma legal ao caso e, por fim, a apresentação de um dispositivo de conteúdo declarativo ou constitutivo⁵⁶, devendo pautar a decisão proferida, sempre, em fundamentação que explique, no caso do inciso I do § 1º do artigo 489 do NCPC, as razões da incidência da norma no caos concreto.

4.2 Artigo 489, § 1º, II, do NCPC: utilização de conceitos jurídicos indeterminados

O inciso II do artigo em comento trata, por sua vez, de decisões que utilizam conceitos jurídicos indeterminados em sua composição. Aponta a norma que é considerada não fundamentada a decisão que utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados sem delinear as razões que justificam sua incidência no caso concreto⁵⁷.

Tecendo críticas ao texto do inciso II, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2016, p. 1249) afirmam entender mais adequada a utilização da expressão “conceitos legais indeterminados” em detrimento de “conceitos jurídicos indeterminados”, sob o argumento de que a indeterminação encontra-se na norma legal propriamente dita, e não na forma (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 1249).

⁵⁵ Aponta Daniel Assumpção Neves (2016, p. 126) que “Esse exercício de interpretação e de subsunção é tarefa do juiz, não podendo se transferir para as partes a tarefa de descobrir o que passou pela mente do juiz ao aplicar a norma X ao fato W”.

⁵⁶ Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2016, p. 1249), “O modelo pronto, ‘chapinha’, nunca foi e agora, mais clara e expressamente, não será tolerado como decisão fundamentada. [...] Decisão fundamentada em texto de lei ou em outro normativo deve mencionar os fatos da causa que estariam sujeitos à incidência do texto normativo”.

⁵⁷ “Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Tratando do tema, Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 374) explicam que conceitos jurídicos indeterminados são aqueles caracterizados por conterem termos vagos, de acepção aberta, justificando a necessidade de cautela por parte do intérprete no momento de sua aplicação e, assim, “preenchimento do seu sentido”. Buscam, ainda, diferenciar conceitos jurídicos indeterminados de cláusulas gerais, partindo da premissa de que os primeiros possuiriam abertura semântica apenas em sua hipótese de incidência, enquanto que as segundas careceriam de sentido não apenas em sua hipótese fática, mas, igualmente, em seus efeitos jurídicos⁵⁸.

Especificamente quanto às mencionadas cláusulas gerais, os autores apontam para a necessidade de especial atenção no que atine à motivação, já que o julgador, enquanto intérprete e aplicador da norma, terá, diante de si, enunciado que “comporta não só uma vastidão de significados como também uma variedade de efeitos”⁵⁹ (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 377).

Nelson Nery e Rosa Nery (2016, p. 1249) comentam, ainda, que o mesmo termo (expressão abstrata) pode assumir postura de princípio geral, conceito legal (jurídico) indeterminado ou mesmo cláusula geral a depender do contexto de sua aplicação, da “[...] funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico [...]”.

Deve-se rememorar, nesse contexto, a lição de Farias e Rosenvald (2013), que explicitam a importância da existência de conceitos abertos no ordenamento jurídico. As cláusulas gerais, enquanto enunciados normativos dotados de abertura semântica, trazem em si regra implícita ao julgador, que deve, num primeiro momento, “estabelecer a norma de dever”, levando em consideração o caso concreto e, na sequência, confrontar a conduta praticada com “aquela que as circunstâncias recomendariam” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 162).

⁵⁸ Como exemplo de conceitos jurídicos indeterminados apresentam o “[...] tempo razoável (art. 6º, CPC), ‘bem comum’ (art. 8º, CPC), [...] ‘interesse público’ (art. 178, I, e art. 947, § 2º, ambos do CPC) [...]”, dentre outros. Entendem, por outro lado, enquanto cláusulas gerais, “[...] o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a cláusula geral executiva (art. 536, § 1º, CPC), [...] a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC) [...]” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 374-375).

⁵⁹ Da mesma forma é o discurso de Nelson Nery e Rosa Nery (2016, p. 1249), que afirmam que no caso de conceito legal indeterminado caberá ao julgador, uma vez preenchido o conteúdo valorativo, decidir consoante a consequência jurídica previamente definida em lei, enquanto que em sendo situação de aplicação de cláusula geral deverá construir a solução que lhe pareça mais compatível com o caso concreto.

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, dessa forma, mostram-se como caminhos de oxigenação do próprio sistema jurídico, na medida em que, utilizando-se de forma mínima da tipificação das condutas e possibilitando amplitude de seu âmbito de aplicação, o que se constrói é norma menos propensa a tornar-se, rapidamente, socialmente obsoleta exatamente em razão de sua maior fluidez (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 161-162). São, assim, enunciados normativos de grande alcance e flexibilidade, servíveis a uma variedade de casos diferentes e, por isso mesmo, capazes de sobreviver à natural evolução social e valorativa, adequando-se com facilidade às demandas do sistema e, conseqüentemente, perdurando no tempo (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 374).

Valiosas, igualmente, as anotações de Beclate Silva (2013, p. 192-193), para quem “A indefinição do conceito decorre de uma imprecisão semântica. Muitas vezes o léxico não consegue abarcar as diversas facetas de um objeto”. E prossegue: “Nesses casos, fixa-se o núcleo e deixa para o caso concreto a delimitação dos contornos efetivos do conceito”.

Independentemente, entretanto, da nomenclatura adotada, importa entender a existência de enunciados normativos que trazem em seu texto termos cuja vagueza precisará ser preenchida pelo juiz quando for decidir.

Buscando aprofundar-se ainda mais na questão, é válido notar que Didier Junior *et al* (2017, p. 376) explicam que no curso de tal fundamentação não se mostra suficiente o simples apontamento do conteúdo atribuído ao conceito vago. Cabe ao julgador expor as razões que levaram à tal compreensão⁶⁰ e, mais ainda, os motivos que justificam a aplicação daquela determinada norma ao caso concreto nos termos expostos na decisão.

Em sentido semelhante, Farias e Rosenvald (2013, p.162) esclarecem que não cabe ao juiz, ao preencher o valor de um texto de sentido aberto, basear-se em “[...] um ato interno ou um mero sentir irracional”. Deve embasar-se em fatos objetivamente justificáveis, tendo sempre em mente os princípios e valores que guiam o ordenamento jurídico no qual se encontre inserido.

⁶⁰ Listam os autores a necessidade de se utilizar “[...] dados sistemáticos (ex. precedentes, outros dispositivos de lei correlacionados, ditames principiológicos) e extra-sistemáticos (ex. usos, costumes, *standards*, padrões valorativos) [...]” na construção de valor pelo julgador (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 376).

De forma complementar, Daniel Assumpção Neves (2016, p. 127) aponta, de modo exemplificativo, ser impossível entender como fundamentada decisão que anule leilão limitando-se a apontar como vil o preço do lance vencedor – cabe ao magistrado, no exercício de sua atividade, apontar o que considera vil e atribuir tal característica ao preço do lance vencedor, “[...] desenvolvendo seu raciocínio com base nas circunstâncias do caso concreto”.

A título ilustrativo, apenas como forma de indicação do que é decisão não fundamentada nos termos desse inciso II, apresentamos aquela que aponte que “Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, defira a internação no hospital de escolha do autor”, sem delinear qual o conceito atribuído a “dignidade da pessoa humana” e porque esse princípio justificaria a decisão proferida.

É exatamente pensando nessa atividade judicial que aparece o inciso II do artigo 489, § 1º, do CPC: para garantir que o magistrado, diante da necessidade de aplicação de qualquer dessas cláusulas de conteúdo aberto, cumpra com seu dever de fundamentação, garantindo às partes e à sociedade uma compreensão completa do raciocínio que levou à formulação de tal decisão e evitando, assim, generalidades.

4.3 Artigo 489, § 1º, III, do NCPC: invocação de motivos genéricos

O inciso III do artigo 489, § 1º, do CPC vigente escancara o que os incisos anteriores já preludiavam: dentre outros objetivos, o artigo 489 § 1º, especialmente na forma de seus três primeiros incisos, busca combater decisões genéricas, inservíveis ao mundo jurídico porque não foram delimitadas ao caso concreto para o qual pretende se fazer valer.

Diz o inciso em questão, em realidade, que é considerada não fundamentada decisão cuja fundamentação serviria – em tese – a qualquer outra situação⁶¹. O enunciado normativo busca expor a essência da fundamentação enquanto componente da atividade judicial: é preciso que o magistrado detenha-se aos fatos e argumentos trazidos pela parte, devendo apresentar em sua decisão as razões de fato e de direito que o levaram à conclusão ali exposta.

Primoroso é o exemplo trazido por Francisco Alves, que apresenta hipótese de decisão genérica, servível a qualquer processo:

⁶¹ “Art. 489, §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Os elementos contidos nos autos denotam que o autor tem razão. As alegações estão respaldadas pelas provas produzidas nos autos. A pretensão encontra apoio no ordenamento jurídico, não havendo óbice ao acolhimento do pedido formulado pela parte autora. A defesa apresentada pela parte ré não tem o condão de impedir o acolhimento do pedido. Não há qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora. Tudo, enfim, está a respaldar a pretensão formulada na petição inicial. Isto posto, por tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido, tal como formulado na petição inicial. (ALVES, 2015, p. 67-68).

É necessário, assim, que o julgador diga o que entende e, mais ainda, porque entende. É insuficiente que aponte, de forma genérica⁶², a análise das provas ou mesmo das questões jurídicas que lhe tenham sido apresentadas, devendo mostrar, por meio da fundamentação, que efetivamente tomou conhecimento do conteúdo dos autos e, partindo daí, apresentar as razões de seu convencimento.

Notório é o pronunciamento de Daniel Amorim Assumpção Neves que, ao tratar do que chama “fundamentação-padrão”, descreve as sentenças genéricas comparando-as a trabalhos acadêmicos. Relata que “As mais caprichadas chegam a ter várias laudas, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, mas na realidade não passam de uma chapa pela qual qualquer pedido da natureza do elaborado pode ser decidido” (NEVES, 2016, p. 128).

Decisão judicial cuja fundamentação se prestaria a justificar qualquer pronunciamento decisório é, nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 379), “exemplo de fundamentação inútil”, ou, ainda, para Rego (2016, p. 195), “simulacro de decisão”.

Beclate Silva (2013, p. 200) adverte que fundamentação genérica não deve ser confundida com fundamentação repetida, não havendo óbice à conduta do magistrado que, verificando identidade de situações, aplique, da mesma forma, fundamentação idêntica. É, em suma, “[...] realização do preceito constitucional da segurança jurídica”⁶³ (SILVA, 2013, p. 200).

Importa destacar que se entende aqui que o relatório da sentença não só pode como dever ser considerado, para os fins do inciso III, como parte da fundamentação. Já foi dito que apesar de

⁶² “É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo ‘*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela provisória*’, ou simplesmente ‘*defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*’, ou ainda ‘*indefiro o pedido, por falta de amparo legal*’” (DIDIER JUNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 378, destaques do autor). É este tipo de generalidade que se pretende combater.

⁶³ No mesmo sentido doutrinam Daniel Assumpção Neves (2016, p. 128) e Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2016, p. 1248).

o Código ser claro ao apontar como elementos essenciais das sentenças o relatório, os fundamentos e o dispositivo, não há qualquer exigência de que o julgador divida sua decisão em capítulos ou tópicos para apresentar essa estrutura. É comum, naturalmente, que a ordem do próprio texto legal seja a mais comumente usada, o que não impede confusão entre esses elementos. É possível, por exemplo, que ao relatar as principais ocorrências do processo o julgador já adiante eventual análise de questão de direito ou de fato, trazendo valoração das provas adunadas pelas partes.

Poderia o magistrado, *e.g.*, em decisão monocrática referente à análise dos pressupostos de um determinado recurso utilizar do relatório para apontar a existência ou não de tempestividade. Assim, tomaria por base os fatos por ele mesmo narrados (neste exemplo, início do prazo e data de interposição do recurso em questão) para fundamentar se conhece ou não do recurso, sem precisar, necessariamente, repetir-se.

Com o intuito de melhor esclarecer o que o inciso III pretende traduzir, apresentamos nossos próprios exemplos de decisão não fundamentada: “Presentes os requisitos da medida cautelar, não há que se examinar o perigo inverso suscitado pelo réu” e “Concedo a guarda do menor à genitora, que dele melhor pode cuidar, não sendo o caso de examinar a guarda compartilhada, ainda que indícios de alienação parental sejam detectados”. Em ambos os exemplos percebe-se que o julgador não demonstrou ter analisado, efetivamente, o caso concreto, limitando-se a emitir pronunciamento que serve a uma infinidade de situações.

4.4 Artigo 489, § 1º, IV, do NCPC: o não enfrentamento de argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

É este o mandamento do inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC⁶⁴: não é fundamentada a decisão que não enfrenta todos os argumentos constantes do processo que poderiam, em tese, conduzir a julgamento diferente daquele proferido.

Consolidou-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entendimento segundo o qual “O magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado

⁶⁴ Diz o artigo que “Art. 489. [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados”⁶⁵.

Entendimento semelhante circula o Supremo Tribunal Federal, que publicou em sua compilação “O Supremo e a Constituição” o julgamento proferido no AI 791.292 QO-RG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se decidiu que “O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 822).

Conforme ensinamentos de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 379), esse pensamento, em que pese parcialmente correto, tem servido como justificativa para a prática de arbitrariedades pelos magistrados. Resumem, de forma esclarecida, que o órgão julgador deve sempre, obrigatoriamente, analisar todos os fundamentos apresentados pela parte cuja tese for rejeitada⁶⁶, inclusive como forma de realização do contraditório e da ampla defesa⁶⁷.

Trata-se de análise do contraditório sob seu ponto de vista substancial, ou seja, não apenas da possibilidade da parte se manifestar nos autos, mas, de forma complementar, poder influenciar o magistrado no exercício de sua atividade, na produção de sua decisão (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 55-57).

Concretiza-se a fundamentação na medida em que o juiz, respeitado o contraditório e, assim, dando forma ao devido processo legal, diz à parte, em sua decisão, que conheceu de seus argumentos e que, pelas razões que ali vier a elencar, entende de forma diferenciada, concluindo pela negativa do pedido que de tais proposições decorreriam (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 455-456).

⁶⁵ REsp 684.311/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006, p. 191. No mesmo sentido a decisão contida no julgamento do AgRg no Ag 1041751/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 19/04/2010.

⁶⁶ Importa ressaltar que não seria obrigatória, nesta linha, a análise de todos os motivos da parte requerente para a concessão do quanto solicitado quando se tratar de cumulação de causas de pedir e um deles for suficiente para motivar o acolhimento ou rejeição do pedido. O mesmo pensamento aplica-se quando se fala em cumulação de causa de defesa (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 379).

⁶⁷ “[...] para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 380).

No mesmo sentido é a conclusão contida no enunciado número 523 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que dispõe que “O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam”.

Sintetizando a matéria, Beclaute Silva (2013, p. 201) expõe que o inciso buscar transpor para a lei processual a necessidade de haver coerência (congruência) entre a atuação das partes e atuação do órgão julgador, para que aos envolvidos no processo, conforme anteriormente assinalado, seja garantida a possibilidade de influenciar a decisão, efetivando-se, ao fim, o contraditório .

Importa ressaltar, nesta questão específica, a importância da possibilidade de utilização de embargos de declaração pelas partes, especialmente em razão da necessidade de prequestionamento para apresentação de recurso perante os tribunais superiores, quando se tratar de decisão de última ou única instância.

Relevante entendimento é o de que, em se tendo admitida a participação de *amicus curiae* no processo, é preciso que o pronunciamento judicial também se debruce sobre os fatos e argumentos por ele apresentados, inclusive sob pena de nulidade da decisão⁶⁸. É que o artigo fala que o juiz deve considerar “todos os argumentos deduzidos no processo”, não havendo qualquer restrição exclusivamente àqueles aduzidos pelas partes.

Concede-se ao *amicus curiae*, inclusive, a possibilidade de interposição de embargos de declaração contra decisões nos processos em que participe, conforme previsto no artigo 138, § 1º, do CPC⁶⁹ (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 382-383).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, é possível perceber a ocorrência de mudança no posicionamento jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça tem, em julgados recentes, atentando-se ao conteúdo do inciso IV do § 1º do artigo 489, apontado que “Inexiste afronta ao art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 quando a Corte local pronunciou-se, de forma clara

⁶⁸ “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489” (enunciado número 128 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

⁶⁹ “Art. 138. [...] § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º”.

e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo”⁷⁰.

É oportuno destacar, igualmente, o julgamento realizado Terceira Turma do STJ nos autos do Recurso Especial 1622386/MT, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA. APELAÇÃO. QUESTÕES PERTINENTES E RELEVANTES NÃO APRECIADAS. AGRAVO INTERNO. REPRODUÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO NÃO FUNDAMENTADO. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/15.

1. Impugnação à gratuidade de justiça oferecida em 20/10/2014. Recurso especial interposto em 02/06/2016, concluso ao gabinete em 30/09/2016.

2. **Aplicação do CPC/15**, a teor do enunciado administrativo nº 3/STJ.

3. **Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015.**

4. **Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida.**

5. **Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente - diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício - não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios.**

6. **É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.**

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1622386/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016, destaques nossos).

⁷⁰ AgInt no AREsp 1020941/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 04/05/2017.

Em homenagem ao texto legal, portanto, e verificando a existência de argumentos trazidos pelas partes que não haviam sido apreciados da forma devida quando da prolação de decisão referente à gratuidade da justiça, aquele tribunal superior reconheceu a existência de omissão e, indo além, entendeu pela necessidade de análise dos tópicos anteriormente preteridos, dando provimento ao Recurso.

Em sentido semelhante e ainda a título exemplificativo das mudanças salutares que o Código tem feito despontar no âmbito dos tribunais superiores, tem-se o voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin no julgamento de Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.630.779 – RS, seguido por unanimidade por aquela Segunda Turma do STJ⁷¹.

Relevantes, ainda, os enunciados números 10 e 13 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que apontam, respectivamente, que “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa”⁷² e que “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.

Assim, para evitar a perpetuação de decisões que se limitem a simplesmente buscar auto sustentação é que veio o inciso IV do artigo 489 do NCPC, reafirmando a necessidade de fundamentação através da ênfase dada naquele inciso à necessidade de serem avaliadas todas as questões apresentadas que poderiam, ao menos em tese, resultar em decisão diferente.

⁷¹ Recorta-se do voto em questão o seguinte: “Nota-se que a Corte *a quo* asseverou seu entendimento com lastro em fundamento de índole exclusivamente constitucional. No entanto, reitero que a matéria em discussão nestes autos tangencia o direito infraconstitucional, e *os ora recorridos, de maneira oportuna (fls. 411-425, e-STJ), aventaram a possibilidade de serem analisadas questões contidas em leis federais. Porém, a instância de origem quedou-se inerte em relação às alegações trazidas.* Nesse contexto, vale destacar o que preconiza o art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, *in verbis*: [...] *Deve-se reconhecer, portanto, a existência de omissão no acórdão impugnado – daí a necessidade de que seja proferido novo julgamento dos Embargos, analisando-se, desta vez, os pontos apresentados pelos ora agravados*” (AgInt no REsp 1630779/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017, destaques nossos).

⁷² Na mesma linha é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2016, p. 1250).

4.5 Artigo 489, § 1º, V, do NCPC: mera invocação de precedente ou enunciado de súmula

Os incisos V e VI do § 1º do artigo 489 do NCPC vão tratar, cada um a seu modo, da utilização de precedentes e súmula como fundamentos para decisões judiciais. O inciso V trata, especificamente, da possibilidade de o magistrado trazer em sua decisão precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar, de forma clara, por quais razões a utilização do enunciado sumular ou precedente é justificável para o caso em questão⁷³.

São exemplos do que se pretende combater com o inciso V do § 1º do artigo 489 do NCPC decisões como “Indefiro a aposentadoria especial do autor com base na súmula 726 do STF”, “Dou provimento aos Embargos à execução da Infraero para se aplicar a súmula 724 do STF” ou, ainda, “Aplico o regime fechado, apesar da pena aplicada, com base na súmula 719 do STF”. Em todos os exemplos listados verifica-se a alusão a enunciado sumular de forma simples, sem qualquer detalhamento sobre as razões que justificam a aplicação daquela súmula.

Em crítica às práticas modernas do mundo jurídico, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 383) narram ser rotineira prática que consiste em utilizar apenas as ementas dos julgados como forma de evocar o precedente judicial, não sendo realizada contraposição entre o contexto em que surgiu o *decisum* a ser utilizado como precedente e o caso no qual se pretende aplicá-lo.

Acertada a crítica. A utilização de enunciado sumular ou de precedente deve consistir em muito mais do que simples leitura de ementa ou do enunciado, fazendo-se necessário verificar a adequação do pensamento realizado no paradigma ao caso concreto, paragonado. Malgrado a ementa do precedente e o enunciado de súmula busquem transmitir, em seus textos, a ideia geral dos julgamentos a que se referem, são insuficientes para a fundamentação exigida pelo inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC.

Daniel Assumpção Neves (2016, p. 130) esclarece que no caso deste inciso é indiferente tratar-se de precedente vinculante ou meramente persuasivo, porque a necessidade de

⁷³ “Art. 489. § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] 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”.

fundamentação advém da escolha, pelo julgador, de utilização do precedente, e não de sua natureza⁷⁴.

É preciso, dessa forma, através da aplicação de distinção (*distinguish*), verificar a compatibilidade entre a *ratio decidendi*⁷⁵ do caso que ensejou o precedente e o caso concreto, contrapondo-os (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 383-384). Ainda, para Francisco Alves (2015, p. 68), faz-se necessário, para aplicação do precedente, que exista identidade de situação jurídica e de causa de pedir.

Na linha dos ensinamentos de Didier *et al* (2013, p. 384), a aplicação da técnica de distinção é elemento necessário na utilização tanto de precedentes vinculantes quanto daqueles invocados para fins persuasivos. Em se tratando de situação em que o precedente envolva, em seu conteúdo, fundamento de direito que não tenha sido debatido pelas partes no curso do processo, é preciso que o julgador possibilite-lhes a oportunidade de posicionar-se com relação a tal argumento. Tudo isso em atenção ao disposto no artigo 10 do CPC, que aponta que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 384).

A previsão expressa de invalidade de decisões que utilizem precedentes em sua fundamentação, mas não o façam de forma adequada, mostra-se relevante especialmente diante do fomento fornecido pelo Novo Código de Processo Civil à cultura crescente de utilização de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico.

A título exemplificativo, verifica-se que o Código traz, em seu artigo 927, § 1º, comando no sentido de que ao julgar em alinhamento com precedentes os juízes e tribunais necessariamente devem atentar-se para o quanto previsto no § 1º do artigo 489.

Por fim, importa esclarecer que é irrelevante, para fins de aplicação deste inciso, se o precedente é o único fundamento trazido pelo juiz. É dizer o seguinte: o julgador pode e deve se utilizar de precedentes em conjunto com os diversos outros elementos do ordenamento

⁷⁴ Em sentido contrário é a manifestação da ENFAM, que por meio de seu enunciado número 11 pretende que os incisos V e IV do § 1º do artigo 489 do NCPC apliquem-se apenas quando de evocação de precedente vinculante.

⁷⁵ Os conceitos de *ratio decidendi* e *distinguish* serão melhor trabalhados no item 4.5.1, adiante.

jurídico. Todavia, a presença de fundamentos outros que justifiquem a decisão tomada não são suficientes para tornar lícita a utilização de precedentes sem a devida análise de sua aplicação ao caso concreto. Entendendo o magistrado pela utilização do precedente, deve sempre fazê-lo fundamentadamente, sob pena de produzir sentença omissa, conforme se extrai da leitura do artigo 1.022, parágrafo único, II, do NCPC.

4.5.1 *Ratio decidendi e distinção*

Com o intuito de melhor esclarecer a natureza da fundamentação demandada pelo CPC, importa delinear, ainda que de forma breve, as noções de distinção e de *ratio decidendi*.

Nas palavras de Didier, Braga e Oliveira (2017, p. 506), a *ratio decidendi* é “[...] a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”. Complementa, em momento posterior, aduzindo que “Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada” (DIDIER JUNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 511). Representa, assim, os fundamentos dos quais decorrem a decisão (dispositivo), não se confundindo necessariamente com a fundamentação da decisão.

Na mesma linha estão os ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 854), que entendem a *ratio decidendi* como “[...] a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão.”. Destacam, ainda, que não obstante a fundamentação seja o local ideal para se buscar o significado do precedente, o relatório e o dispositivo não podem ser olvidados, notadamente porque são elementos essenciais da decisão e, neste sentido, necessários ao pleno entendimento dos fundamentos da decisão da qual fazem parte.

Isso porque a fundamentação é, em regra, composta pela *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, sendo a primeira referente aos elementos essenciais que despontam na conclusão final da decisão, e o segundo atinente a questões apontadas no curso da fundamentação, mas que se apresentam como sendo não essenciais para a norma produzida através daquela decisão.

Caracteriza-se por ter natureza geral e surge a partir de raciocínio indutivo – surge no curso do processo, mas pode desse ser retirada, aplicando-se a outras hipóteses fáticas semelhantes àquela na qual foi originariamente pensada. É este o ensinamento de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 506), que afirmam que “[...] à luz de uma situação concreta, o julgador termina por criar uma norma que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso [...]. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*”.

Em realidade, a *ratio decidendi* funde-se com a força vinculante que se pretende atribuir aos julgados, sendo seu estudo essencial para aplicação dos precedentes, de modo que a entender implica conhecer o conteúdo material do precedente. Para o conhecimento e análise da *ratio decidendi* três elementos são de extrema importância: as circunstâncias fáticas que envolveram sua criação, o sentido atribuído pelo juiz aos enunciados normativos que permearam aquele contexto e, por fim, a conclusão que tenha sido alcançada a partir das premissas ali estabelecidas (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 511)⁷⁶.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 858) lembram que é imprescindível atenção quando se busca a *ratio decidendi*, notadamente porque é possível que a sentença apresente, em sua fundamentação, mais de um motivo para a norma ali produzida. Não se pode confundir a *ratio decidendi* com o *obiter dictum* e, ainda mais, caracteriza-se o dito “motivo determinante” apenas quando a razão ali contida for imprescindível ao que tenha sido decidido. A questão é que, dentro de uma pluralidade de motivos, pode ocorrer de mais de um deles se mostrar determinante para a decisão – ou, ainda, que individualmente nenhum deles se mostra essencial, mas assumam tal natureza apenas em conjunto. Reside aí, dentre outras, a dificuldade na identificação da *ratio decidendi*.

A distinção, por sua vez, é o método⁷⁷ referente à aplicação dos precedentes, por meio do qual realiza-se a comparação entre o paradigma e a hipótese fática na qual se pretende aplicá-lo. É, nesse sentido, técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 559).

Cabe ao magistrado, portanto, verificar a existência de semelhanças entre o caso concreto e o paradigma, numa primeira etapa e, em momento futuro, se considerar que os elementos objetivos são minimamente semelhantes, analisar a *ratio decidendi* do precedente, a fim de compreender sua aplicação na demanda que lhe tenha sido apresentada.

⁷⁶ Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 512-514) comentam acerca da existência de diversos métodos voltados à extração de *ratio decidendi* dos julgados, destacando, em seus estudos, o Teste de Wambaugh, o método de Goodhart e um terceiro modelo, eclético, que reúne os pensamentos de Wambaugh e Goodhart, entendendo que a *ratio decidendi* deve ser perseguida através do reconhecimento “[...] dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão”.

⁷⁷ Conforme apontado, “[...] pode-se utilizar o termo *distinguish* em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) [...] (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada ‘distinção’ [...]” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 559).

4.6 Artigo 489, § 1º, VI, do NCPC: a não aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte

Complementando o inciso V no que tange à tratativa dada à aplicação de precedentes na égide do Novo Código de Processo Civil, o inciso VI vai apontar os limites dentro dos quais é possível ao magistrado deixar de aplicar precedente, enunciado sumular ou mesmo jurisprudência apontada pela parte⁷⁸.

São exemplos de decisão como aquelas que se pretende evitar pronunciamentos do magistrado que determine que “Apesar da súmula 686 do STF, indefiro da inicial e mantenho a desclassificação do candidato” ou, ainda, “Defiro os ajustes dos servidores municipais pela variação do IGP-M, sendo inaplicável a súmula 681 do STF”. Em ambos os casos, supondo se tratar de súmula argumentada pela parte, o julgador falhou ao não se desincumbir de seu dever de fundamentação, negando-se a aplicar o enunciado sumular sem apresentar motivação suficiente que validasse seu ato.

Defendem Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 385) que, de forma diferente do inciso V, entretanto, o VI é aplicável unicamente quando da utilização de precedente vinculante como argumento, de modo que precedente arguido a título argumentativo não vincula o julgador a realizar processo de distinção ou, ainda, identificar a existência de *overruling*.

Isso porque, conforme extrai-se da doutrina, não sendo precedente vinculante, inexistente qualquer obrigação do juiz em segui-lo, podendo o julgador discordar da tese ali veiculada, estando liberado de qualquer obrigação de realização de distinção ou mesmo apresentar situação de superação de precedente (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 385).

Para Nelson Nery Junior e Rosa Nery (2016, p.1250-1251), entretanto, o inciso VI deveria limitar-se apenas aos enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, porque essas seriam as únicas que teriam, efetivamente, aplicação obrigatória. Entendem, assim, que a determinação contida no artigo 927 no sentido de que os órgãos julgadores devem seguir, de forma vinculante, jurisprudência e súmula simples de tribunal (os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo

⁷⁸ Diz o texto legal: “Art. 489. [...]§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] 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”.

Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) é inconstitucional exatamente por não existir previsão na Carta Magna nesse sentido – previsão essa que, na visão dos autores, seria necessária para autorizar força vinculativa à jurisprudência através de enunciados de súmula ou precedentes, não sendo de atribuição do legislador ordinário a matéria. Relembrem, nesse sentido, por fim, que até mesmo para a imposição obrigatória da súmula vinculante foi necessária a edição de emenda constitucional.

Independentemente do debate acerca da constitucionalidade do artigo 927 do CPC, entendendo pela não aplicação do precedente ou semelhante o magistrado tem a obrigação de “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”⁷⁹.

É de grande relevância esclarecer que a “distinção” da qual fala o inciso VI é diferente da “distinção” enquanto técnica aplicável pelo julgador para comparar o caso paradigma e a situação que lhe foi posta pelas partes. Ao falar em “distinção no caso em julgamento”, o legislador quis, claramente, imputar ao julgador a obrigação de apontar a existência de diferenças entre os casos avaliados, sendo essa a forma de fundamentação, em parceria com o reconhecimento de superação do entendimento do precedente, capaz de ser considerada fundamentação adequada para fins de recusa de precedente invocado pelas partes.

Assim, em realidade o magistrado deve realizar o processo de distinção entre ambos os casos e apreciar se existe ou não distinção (diferença) entre eles, de modo a verificar se a *ratio decidendi* do precedente é ou não passível de utilização.

Imperioso atentar para a lição de Beclaute Silva (2013, p. 201-201) que, entendendo os enunciados sumulares e os precedentes como construções resultantes de interpretação dos textos legislados ou da própria Constituição, cujo propósito é delimitar, do ponto de vista de significado, o conteúdo daquelas normas, assevera ser possível a alteração desses precedentes

⁷⁹ Nessa linha, defendem Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 48) que estando o julgador diante de precedente vinculante, sua não aplicação “[...] precisa ser justificada e as únicas justificativas admissíveis são (i) a realização de *distinguishing* negativo – isto é, a conclusão de que não há, entre o caso posto e o paradigma, uma semelhança contextual – e (ii) a demonstração de que o precedente está superado”.

e súmula sem a necessária alteração da norma que, em um primeiro momento, possibilitou sua criação.

Questiona-se, por outro lado, se o juiz tem obrigação, sob pena de invalidade da decisão produzida, de efetivamente rebater precedente vinculante apresentado por *amicus curiae*. A dúvida pode surgir porque o texto legal é explícito ao apontar que o dever do juiz seria restringido apenas ao “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado *pela parte*”.

Na esteira das lições de Didier Junior (2014, p. 369), intervenção de terceiro é fato processual por meio do qual ocorre alteração na relação judicial preexistente, com um terceiro ingressando em algum dos polos da demanda e transfigurando-se em parte. Assim, tem-se por terceiro “[...] todos os sujeitos estranhos a dada relação processual, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham [...]”, enquanto parte é aquele que participa do processo demonstrando interesse no resultado que dali se possa obter⁸⁰ (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 369).

Daí se conclui que *amicus curiae* não é nem terceiro nem parte. Não é terceiro porque efetivamente atua no processo, sendo sujeito processual, mas também não é parte⁸¹ porque não se caracteriza como demandante ou demandado. O *amicus curiae* apresenta-se como auxiliar do juízo, cuja participação encontra-se regulamentada pelo artigo 138 do NCPC, podendo ingressar no processo por meio de requerimento das partes ou daquele que desejem ser ouvidos pelo magistrado.

Apoiando-se na lição de Didier Júnior (2014, p. 428), é possível concluir que os *amici curiae* acodem ao julgador em questões técnico-jurídicas, amparando-o em sua tarefa hermenêutica e distinguindo-se dos peritos, dessa forma, porque não atua na produção de prova ou apuração dos fatos delineados pelas partes (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 428).

É natural da atuação do *amicus curiae*, portanto, que apresente ao julgador, por meio de seus memoriais, uma série de argumentos que vise não apenas auxiliar, mas igualmente influenciar

⁸⁰ “Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente” (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 368).

⁸¹ Em sentido diverso, Neves entende que a participação do *amicus curiae* é espécie atípica de intervenção de terceiro, de modo tal que ao *amicus curiae* deveria ser atribuída a natureza de parte, tal qual se faria com qualquer outro terceiro (NEVES, 2016, p. 304).

sua atividade jurisdicional⁸². Conforme apontado anteriormente, o magistrado encontra-se vinculado à apreciação dos argumentos adunados pelo *amicus curiae*, notadamente quando não os tenha adotado como tese para sua decisão – é este o conteúdo do inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC-2015.

É possível, entretanto, que dentre a matéria apresentada pelo *amicus curiae* encontre-se precedente vinculante⁸³. Cabe ao juiz, então, em que pese o precedente não tenha sido invocado por parte no processo, explicar, através da aplicação de distinção, porque o paradigma não serve ao caso concreto ou, ainda, verificar a ocorrência de superação. É esse o entendimento que se depreende da leitura dos incisos IV e VI do § 1º do artigo 489 do CPC.

Em realidade, o que se verifica é que, nesse âmbito específico, o inciso VI surge para conceder tratamento específico à jurisprudência, aos precedentes e aos enunciados de súmula quando o magistrado entender não ser caso de sua aplicação, funcionando, inclusive, como ferramenta de manutenção da estabilidade da jurisprudência e garantia da segurança jurídica.

4.6.1 A superação do precedente

Tal como se fez com os conceitos de *ratio decidendi* e *distinguish*, é preciso, também, se debruçar sobre a superação do precedente para que até mesmo as formas de fundamentação da decisão possam ser devidamente compreendidas. A doutrina reconhece a existência de duas técnicas de superação de precedentes: o *overruling* e o *overriding*. Importa, aqui, tratar do *overruling*.

⁸² Na esteira do lecionado por Didier Junior, “Não é o *amicus curiae* um postulante, parte do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento, o que não quer dizer que não possa ele, em determinadas situações, atuar com certa carga de parcialidade” (DIDIER JUNIOR, 2014, p. 427).

⁸³ Importa destacar, aqui, que a atuação do *amicus curiae* sofreu pequenas alterações, sendo relevante, neste momento, atentar-se para a amplidão que foi dada à sua participação. Isso porque anteriormente viam-se hipóteses esparsas de intervenção do *amicus curiae*, notadamente em processos de grande relevância nos Tribunais Superiores – limite que mais não se justifica. Debruçando-se sobre o assunto, Neves explica que “O tema é tratado pelo art. 138 do Novo CPC, sendo interessante a inovação do dispositivo legal ao cuidar da intervenção do *amicus curiae* de forma geral, considerando-se que atualmente há apenas menções pontuais a respeito de sua participação e que o Superior Tribunal de Justiça limita a intervenção do *amicus curiae* às hipóteses expressamente consagradas em lei, restringindo sua atuação ao processo objetivo, à análise da repercussão geral no recurso, ao julgamento por amostragem dos recursos excepcionais e ao incidente de inconstitucionalidade.” (NEVES, 2016, p. 303).

O *overruling* é técnica de superação de precedente voltada à construção de nova norma jurisprudencial cujo conteúdo sobrepõe o da superada, extirpando-o de sua força vinculante⁸⁴.

O *overriding*, por sua vez, caracteriza-se por trazer limitações ao âmbito de incidência de um precedente em razão de superveniência de norma legal. Fala-se, assim, em superação parcial do precedente (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 577). Enquanto que no *overruling* o que se tem é superação completa da *ratio decidendi* do precedente, o *overriding* trará apenas recorte do campo de aplicação do entendimento firmado pelo Tribunal sem, entretanto, retirá-lo de forma integral do mundo jurídico.

Didier Junior *et al* destacam, acerca da norma superveniente responsável por gerar o *overriding*, que:

[...] não tem por objetivo a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratio decidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial, para substituí-la. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 577).

Ainda no tocante ao *overruling*, cuida-se, em essência, de possibilitar aos Tribunais a revisão de seus entendimentos, até mesmo como forma de possibilitar a constante renovação da jurisprudência diante das transformações sociais.

A reformulação da jurisprudência, entretanto, precisa se dar, sempre, de forma justificada e fundamentada. À superação de precedentes, portanto, não se poderia dar tratamento diferente. É esta a previsão contida no § 4º do artigo 927 do CPC⁸⁵, que determina que a alteração de enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada no julgamento de caso repetitivo deve atender-se para o dever de fundamentação – destaca a legislação, ainda, que a fundamentação deve ser “específica e adequada”.

Na lição de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 566), “[...] a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até

⁸⁴ “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 563).

⁸⁵ “Art. 927. [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

então não suscitados e a justificção complementar da necessidade de superaço do precedente”.

Justifica a realizaço de modificaço de precedentes vinculantes e seus semelhantes a alteraço da norma na qual sua *ratio decidendi* se sustenta ou, ainda, alteraçoes sociais, econômicas, políticas ou culturais alusivas ao objeto do precedente⁸⁶. É, antes de tudo, conforme referido em momento prévio, forma de atualizar a jurisprudência e garantir coerência com os anseios e movimentaçoes da sociedade.

No sistema jurídico brasileiro, o *overruling* pode ocorrer de forma difusa ou concentrada. Qualquer processo apresenta, em si, a possibilidade de gerar um *overruling* difuso – se, ao aportar no Tribunal, o Órgão Julgador entender superado o precedente veiculado, verifica-se a ocorrência de *overruling* difuso⁸⁷. Excepcionalmente, é possível a realizaço de *overruling* em sua modalidade concentrada, com a instauraço de procedimento próprio cujo objeto é, especificamente, a revisáo/modificaço de posicionamento prévio daquele Tribunal – como exemplo, tem-se o processo para revisáo ou cancelamento de súmulas vinculantes, procedimento este, inclusive, de índole constitucional, conforme se vê da leitura do § 2º do artigo 103-A da Constituição Federal⁸⁸.

Ainda, existem duas formas pelas quais se pode dar o *overruling*: expresso e tácito. O *overruling* expresso ocorre quando o Órgão Julgador rejeita, expressamente, precedente vinculante anterior, assumindo novo entendimento sobre a questão. O *overruling* tácito ou implícito, por sua vez, ocorreria quando novo posicionamento fosse adotado pelo órgão julgante sem, entretanto, efetivamente apontar estar substituindo o precedente.

Em razão da necessidade de fundamentaçáo adequada e específica para a superaço de precedentes, conforme demanda o próprio Código de Processo Civil, o *overruling* implícito não tem aplicaço em nosso sistema jurídico, mormente porque as regras de motivaço de

⁸⁶ O enunciado número 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis aponta que “A modificaço de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogaço ou modificaço da lei em que ele se baseou, ou em alteraço econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

⁸⁷ Conforme liço de Didier Junior *et al* (2017, p. 565), o *overruling* difuso é tradicional no sistemas de *common law*, e regra em nosso ordenamento, merecendo destaque por “permitir que qualquer pessoa possa contribuir para a revisáo de um entendimento jurisprudencial”.

⁸⁸ “Art. 103-A. [...] § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovaço, revisáo ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a açáo direta de inconstitucionalidade.”.

nosso ordenamento não permitem que ocorra *overruling* de modo implícito, fazendo-se necessária, para a reforma dos precedentes, debate direto e explícito com a *ratio decidendi* daquele que se pretende substituir (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 563).

5 DA COLISÃO APARENTE ENTRE NORMAS: A PREVISÃO DE APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO CONTIDA NO § 2º DO ARTIGO 489 DO NCPC

Vencido o § 1º do artigo 489 do novel Código de Processo Civil, passe-se ao seu § 2º. Determina o diploma legal que, a saber:

Art. 489, § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ao tratar do tema em sua obra “Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil”, Teresa Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério Mello (2015, p. 796) mostram-se receosos quanto ao conteúdo do artigo em estudo. Para os doutrinadores tem-se situação em que o legislador utilizou-se de termo cuja definição não se encontra consolidada na doutrina jurídica pátria. É, em sua visão, enunciado legislativo de redação complexa, todavia bem intencionada.

Debate a autora, assim, acerca da problemática envolvendo a utilização, pelo legislador, do termo norma, cujo sentido não se apresenta unânime na literatura especializada. Isso porque, enquanto o Código de Processo Civil fala em ponderação de normas, a doutrina fala, majoritariamente, em ponderação de princípios apenas – sendo que o vocábulo norma, na nomenclatura utilizada por diversos autores, abrange não apenas princípios, mas também regras (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 796).

Na visão desses doutrinadores, ter-se-ia aplicação de ponderação de valores no processo de escolha de utilização de um determinado princípio a certa situação fática quando se percebe a possibilidade de aplicar dois ou, eventualmente, mais princípios. Exige-se, dessa forma, uma postura ativa do Judiciário quanto à escolha diante da colisão de normas, devendo a opção tomada ser previamente bem pensada e minuciosamente fundamentada, a fim de que se garanta a clara exposição da linha de raciocínio que embasou a decisão do julgador. Perceba-se, portanto, que os valores são “os inspiradores dos princípios” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 796).

Em realidade, independentemente da previsão do § 2º do artigo 489 do CPC-2015, a justificação quando da realização de opção por determinado valor/princípio em detrimento de outro deve ocorrer sempre (WAMBIER, 2015, p. 796).

Nelson Nery Junior e Rosa Nery (2016), por sua vez, posicionam-se de forma mais enfática em oposição ao texto legal. Discorrem os autores que:

A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais (NERY JUNIOR; ROSA NERY, 2016, p. 1251).

Dialogando sobre o tema, Frederico Montedonio Rego (2016) retoma a polêmica acerca da possibilidade, já aqui evidenciada, de realizar ponderação de normas (enquanto termo genérico). Assim, Rego entende que:

[...] tomando tal *possibilidade* como premissa, de fato o juiz não poderá ponderar dizendo apenas: “sopesando-se a norma x e a norma y, chega-se ao resultado z”: deve ele tornar explícito o seu *modus operandi*, qualquer que ele seja. O Código não impõe a ponderação, nem um de seus métodos: prevê apenas que eles devem ser revelados (REGO, 2016, p. 197, destaques do autor).

Francisco Glauber Pessoa Alves (2015, p. 72) ressalta que “[...] em um modelo de constituição analítica ou prolixa, como é o brasileiro, uma diversidade de direitos e princípios encontra-se constitucionalizada [...]” e que, diante desse cenário, o que se tem é uma atividade decisória necessariamente pautada na hermenêutica constitucional desde sua base, ou seja, desde a primeira instância, não devendo a aplicação das normas interpretativas da Constituição manter-se restringida aos Tribunais Superiores. O supramencionado autor conclui apontando que se houver colisão normativa, a exemplo de um conflito entre princípios constitucionais, cabe ao julgador, em sua decisão, apontar, detalhadamente, qual o conflito visualizado e as razões que motivam a escolha e aplicação dessa ou daquela outra norma ao caso concreto que lhe tenha sido apresentado – nisso consiste a fundamentação da decisão, obrigação que cabe ao julgador cumprir (ALVES, 2015, p.72-73).

Iluminando a questão, Fredie Didier Junior *et al* (2017, p. 367) destacam que da leitura do normativo em comento é imprescindível que, logo de início, busque-se entender qual o sentido do conflito normativo previsto naquele § 2º: se conflito entre regras ou entre princípios. Relembrando a teoria de Alexy, os doutrinadores apontam que, em se tratando de conflito de regras, verificar-se-á a subsistência de uma norma em relação à outra, de tal forma

que apenas uma delas pode integrar o sistema jurídico, salvo as hipóteses em que uma regra integre exceção da outra (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 367).

Tratando-se de princípios, todavia, ter-se-ia situação na qual um não pode nem ser entendido como exceção ao outro nem precisa ser invalidado (expurgado do sistema) para que o outro subsista. Notar-se-ia, por sua vez, em uma dimensão de pesos, a relevância de cada princípio nas diversas situações concretas que venham a se apresentar ao Poder Judiciário (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 368).

Em oposição aos ensinamentos clássicos de Alexy, Humberto Ávila entende que a ponderação (análise em dimensão de pesos) não é exclusiva dos princípios, de tal forma que também seria possível às regras a convivência de forma abstrata, existindo o conflito apenas do ponto de vista concreto (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 368).

Independentemente, entretanto, da opção adotada – se regra ou princípio enquanto norma componente do conflito e, assim, alvo da aplicação de ponderação pelo Órgão Julgador, o que se faz imprescindível é a apresentação, através da fundamentação, da razão de pensamento que levou o juiz a entender dessa ou daquela forma⁸⁹.

Levando-se em conta as opiniões apresentadas, a fim de melhor esclarecer a questão posta, mostra-se necessário retomar, ainda que de forma extremamente breve, os conceitos questionados pela doutrina.

5.1 Norma-regra e norma-princípio: uma breve análise à luz da aplicação da ponderação

Para a maior parte da doutrina, norma é categoria ou gênero do qual são espécies as regras e os princípios, daí a nomenclatura normas-regras e normas-princípios.

Ensina Canotilho (2013, p. 1201-1202) que é preciso se fazer a distinção entre “enunciado da norma” e a “norma” propriamente dita. Isso porque o enunciado normativo é sua forma

⁸⁹ “Como quer que seja, o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio prevalece sobre outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção – e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 369).

escrita, carente ainda de interpretação, enquanto que a norma é o sentido que se dá ao texto, sendo, portanto, o resultado da interpretação atribuída ao enunciado da norma⁹⁰.

Humberto Ávila, em preciosa lição, adiciona que é de extrema relevância entender que não existe uma relação de reciprocidade necessária entre normas e dispositivos. Explica que:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. [...] Em outros casos há dispositivo, mas não há norma. [...] Em outras hipóteses, há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...] Noutros casos, há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. [...] E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro. (ÁVILA, 2013, p. 33-34).

A respeito do conceito de princípios, Ivo Dantas os entende, em síntese, como dotados de universalidade, simbolizando os valores adotados por determinada sociedade quando assimilados por um sistema jurídico (DANTAS, 1995, *apud* TAVARES, 2013, p. 205).

Atentemos, igualmente, para as contribuições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o termo “princípio” assume três acepções diferentes no mundo jurídico. A primeira seria relativa a normas que expressam valores e, por isso, “supernormas” que servem de modelo para a produção de regras. Numa segunda visão, ter-se-iam princípios enquanto *standards*, na medida em que seriam impositivos para o estabelecimento de normas específicas. Por fim, o último sentido atribuído ao termo seria aquele de generalização obtida a partir de aplicação de indução, observando-se as normas vigentes naquele sistema jurídico-normativo (FERREIRA FILHO, 1991, *apud* TAVARES, 2013, p. 205).

Conforme a dicção dos escritos de André Ramos Tavares tem-se, de forma sintetizada, que:

⁹⁰ “Deve-se distinguir entre *enunciado* (formulação, disposição) da *norma* e *norma*. A *formulação da norma* é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de ‘uma fonte de direito’). *Norma* é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposição, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado” (CANOTILHO, 2013, p. 1202-1203).

Os princípios constitucionais são normas reconhecidas pela doutrina majoritária como sendo normas abertas, de textura imprecisa quanto à sua incidência direta e concreta, presentes na Constituição, e que se aplicam, como diretrizes de compreensão, às demais normas constitucionais. Isso porque são *dotados de grande abstratividade*, e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado ou, ao menos, orientação às demais normas (TAVARES, 2013, p. 205, destaque nosso).

Apontando as principais distinções entre normas-princípios e normas-regras, Tavares (2013, p. 206) estabelece três dos critérios mais utilizados pela doutrina para diferenciá-las. Inicialmente, é utilizado o grau de abstração da norma como marca distintiva entre o princípio e a regra, sendo o primeiro mais genérico que a segunda. Ainda, o grau de aplicabilidade das normas serve, da mesma forma, como elemento caracterizador de princípio ou regra, uma vez que os (princípios carecem de concretização pelos operadores do Direito, enquanto as regras são de aplicabilidade imediata). Por fim, entende-se que os princípios são basilares ao sistema jurídico, assumindo “natureza normogênética”, dando existência e fundamento às regras.

Para Ronald Dworkin, as regras seriam aplicáveis num modelo de tudo ou nada (*all-or-nothing*), de tal modo que na hipótese de colisão entre regras uma delas necessariamente deveria ser excluída do sistema, considerada inválida. Os princípios, por sua vez, são caracterizados por uma dimensão de peso (*dimension of weight*), de forma que, existindo um conflito entre princípios, haverá a sobreposição daquele de maior valor (maior peso relativo) sobre o outro, sem ocorrer, entretanto, perda de validade desse (DWORKIN, 1977 *apud* ÁVILA, 2013, p. 39).

Partindo das lições de Dworkin, verifica-se que Robert Alexy defende que a diferença entre princípios e regras não pode sustentar-se apenas no *all-or-nothing*, mas deve basear-se em duas outras questões essenciais: diferença na colisão e diferença nas obrigações que instituem. Na colisão de princípios, o que se verifica é a sua limitação recíproca, enquanto que no conflito de regras uma delas deve, seguindo os ensinamentos de Dworkin, ser considerada inválida – excepcionalmente, encontra-se situação em que a antinomia é afastada para uma das regras ser considerada exceção à outra, de modo que ambas convivem concomitantemente no sistema sem se invalidarem. Quanto às obrigações que instituem, as regras trazem em si obrigações absolutas, enquanto os princípios transmitem obrigações *prima facie*, reguláveis no caso concreto a depender dos demais princípios constituintes do sistema jurídico (ALEXY, 2015, p. 91-106).

Apura-se, assim, a manutenção de certos critérios para a diferenciação entre os princípios e as regras, destacando-se o caráter hipotético-condicional, o modo final de aplicação, o relacionamento normativo e o fundamento axiológico⁹¹ (ÁVILA, 2013, p. 42-43).

Em oposição ao pensamento de Dworkin e ao de Alexy, Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, busca criticar os parâmetros utilizados para estabelecer diferenças entre regras e princípios, propondo, ao fim, conceito novo para tais espécies normativas. Defende, dessa forma, que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2013, p. 85).

Por sua vez, os princípios são caracterizados por serem:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à promoção (ÁVILA, 2013, p. 85).

Nessa linha de pensamento é que Ávila defende a inexistência de exclusividade da ponderação enquanto método de resolução de conflito de princípios. Isso porque as regras poderiam, em semelhança aos princípios, coexistir num plano abstrato, havendo conflito apenas no caso concreto – não se faria necessária, então, a invalidade (exclusão do sistema) de uma das regras ou, ainda, que se estabelecesse situação de excepcionalidade, mas apenas a

⁹¹ Quanto ao caráter hipotético-condicional, as regras caracterizam-se por uma hipótese e consequência (se, então) que estabeleceriam o conteúdo da decisão que de sua aplicação surja; os princípios, por sua vez, trazem apenas fundamento a ser futuramente utilizado por seu aplicador para a construção da regra. Analisando-se o modo final de aplicação, se conclui que as regras são utilizadas em sistema finalístico de tudo ou nada, enquanto os princípios atendem um modelo gradual, de mais ou menos. Quanto ao relacionamento normativo, tem-se que o conflito entre regras exigiria a invalidação de uma delas (ou no mínimo a criação de exceção, conforme Alexy), enquanto que o relacionamento entre princípios é de extrema conexão (imbricamento), de modo que eventual choque soluciona-se com a atribuição de pesos diferentes a cada um. Por fim, o critério do fundamento axiológico encara os princípios como fundamento valorativo das decisões, em contraposição às regras, que não teriam tal capacidade. É esta, em síntese, a lição de Humberto Ávila (2013, p. 42-43).

verificação, no plano concreto, de atribuição de peso maior a uma delas⁹². Aliás, os princípios também não seriam necessariamente dotados de uma “dimensão de peso”, de tal forma que seria possível, inclusive, no caso de conflito de princípios, a aplicação exclusiva de um deles em detrimento do outro (semelhantemente ao tratamento dado ao conflito de regras do qual se extrai exceção, sobrevivendo ambas no ordenamento ao passo em que somente uma é aplicada no caso específico)⁹³.

A ponderação surge no campo da discussão da proporcionalidade, sendo em realidade um de seus elementos (etapa de aplicação), a “proporcionalidade em sentido estrito”. É, conforme já evidenciado, sopesamento entre valores do ordenamento jurídico, cujo fim consiste em ser atingida a melhor relação entre meios e fins para alcançar, no caso concreto, o caminho que sirva para melhor garantir a proteção dos direitos dos indivíduos (TAVARES, 2013, p. 636).

Emprega-se a ponderação (balanceamento) diante de casos de tensão (colisões) entre bens dotados de proteção jurídica, preponderantemente quando se trata de situação em que se faz necessária a solução de problema afeto a direitos fundamentais, buscando trazer equilíbrio a bens em conflito no caso concreto⁹⁴ (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 211).

Ávila (2013, p. 163) explica a ponderação como sendo postulado normativo que exige “sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e

⁹² “Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balacing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado) [...]. [...] a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito” (ÁVILA, 2013, p. 57).

⁹³ “[...] importa ressaltar que a relação entre regras e princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade” (ÁVILA, 2013, p. 61).

⁹⁴ Relevante apontar que em alinhamento com tudo que aqui se pretende deduzir, Sarlet, Marinoni e Mítidiero (2012, p. 211) já repetiam, em seu Curso de Direito Constitucional, que “[...] a assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reitera-se, aqui são utilizadas como sinônimas), nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo comedido e mediante o atendimento a determinados critérios, além de se tratar de *operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação*”.

não indica como deve ser feito esse sopesamento”. Uma ponderação não estruturada e sem critérios que guiem sua aplicação é, entretanto, sem serventia para o Direito – daí porque se faz necessário estruturar a ponderação, por meio da fixação de etapas: preparação da ponderação, realização da ponderação e reconstrução da ponderação⁹⁵ (ÁVILA, 2013, p; 165-166).

Na lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 457, 459), a ponderação é, em simples linhas, “norma sobre como aplicar outras normas” que tem por objetivo “atribuir pesos a elementos que se entrelaçam”.

Retomando os ensinamentos de Alexy, Tartuce destaca que a aplicação da ponderação se revela como sendo a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade (TARTUCE, 2015, p. 31), ressaltando que a utilização de tal técnica não é tarefa simples, fazendo-se necessária a aplicação de inúmeros critérios variáveis a depender da hipótese.

5.2 Da aplicabilidade da ponderação em conflitos normativos diversos: uma interpretação do § 2º do art. 489 do CPC

Partindo das ideias apresentadas, parece-nos que Wambier *et al* acertam ao apontar que a determinação contida no texto legislativo é confusa mas bem intencionada. Confusa porque diante da profusão de entendimentos da doutrina no que tange ao conceito de norma e mesmo de suas espécies, princípio e regra, não há precisão no que a lei adjetiva civil convencionou chamar “conflito normativo”. Bem intencionada porque, conforme nos parece ser o sugerido por Didier Júnior *et al*, o que o Código de Processo parece querer dizer é que independentemente da escolha terminológica do julgador, é salutar, em todas as hipóteses, a realização de fundamentação capaz de apresentar ao jurisdicionado as razões que ensejaram determinado resultado processual.

Explicamos. Em que pese grande parte da doutrina, seguindo os passos de Alexy, veja apenas na colisão de princípios a possibilidade de aplicação da ponderação enquanto técnica decisiva,

⁹⁵ No momento de preparação da ponderação, deve ser delimitado o objeto da ponderação, do sopesamento. Na realização da ponderação, fundamenta-se a relação existente entre os elementos conflitantes. Por fim, com a reconstrução da ponderação, formulam-se regras de relação, com pretensão de validade para além da hipótese de aplicação que gerou aquela aplicação de ponderação (ÁVILA, 2013, p. 165-166). Importa destacar a proximidade entre as etapas propostas por Ávila e o texto do § 2º do artigo 489 do CPC-2015, que aponta, exatamente, a necessidade de delimitação do objeto por parte do julgador, além de apresentação dos critérios utilizados e premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

é inegável a presença – especialmente no campo acadêmico brasileiro – de visões contrárias, que defendem firmemente a não vinculação entre princípios e dimensão de peso e, mais ainda, a possibilidade de aplicação de ponderação a regras e princípios igualmente⁹⁶.

Dessa forma, independentemente da doutrina adotada pelo julgador, a norma que se extrai do enunciado normativo em estudo é que, em síntese, cabe ao juiz apresentar, por meio da fundamentação, o caminho trilhado para alcançar a decisão que trouxer ao caso concreto.

Não é a toa que Marinoni *et al* (2016, p. 457) afirmam que em que pese o Código fale claramente em ponderação, na verdade a norma seria simplesmente exemplificativa – onde se lê ponderação, pode o juiz também entender que seja hipótese de aplicação de proporcionalidade ou mesmo razoabilidade, ou de qualquer outro postulado⁹⁷, a exemplo, ainda, da concordância prática ou da proibição do excesso.

Importa salientar, ainda, que não é de agora que se tem falado de uma crescente constitucionalização do Direito como um todo. O Direito Processual Civil não é exceção – mais do que isso, o Código de Processo Civil promulgado no ano de 2015 exemplifica esse movimento no campo processual⁹⁸ (TARTUCE, 2015, p. 24), situação essa que pode ser verificada a partir da simples percepção de que o CPC, ao tratar de princípios processuais, baseia-se, claramente, no texto da Carta Magna.

Merece destaque, aqui, o artigo 1º do CPC-2015. Determina o texto legal que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Resta claro, portanto, que esse Código de Processo quis positivar sua interpretação conforme a constituição, em alinhamento com a constitucionalização do Direito anteriormente referida. Evidencia-se, assim, o Direito Processual Civil Constitucional (TARTUCE, 2015, p. 24).

⁹⁶ Verificar, nesse sentido, consoante apontado anteriormente, a obra de Humberto Ávila (2013).

⁹⁷ Postulado, nesse contexto, deve ser entendido como norma de segundo grau ou metanorma, sendo assim norma voltada à estruturação da aplicação de outras normas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 457).

⁹⁸ Discorre Tartuce que o capítulo inicial do Novo Código de Processo Civil foi contemplado com uma série de normas de caráter geral, bem como conceitos legais indeterminados, de modo tal que é possível entender que a lei adjetiva civil de 1973 estaria para o Código Civil de 1916 assim como o Código de Processo Civil de 2015 para o Código Civil de 2002, *mutatis mutandis*.

Não é incomum, portanto, que à medida que o Direito Constitucional espalha-se nas diversas áreas do campo do direito, revelem-se, nestes, seus valores e princípios, basilares do ordenamento jurídico que são.

Em que pese o surgimento da ponderação na hermenêutica constitucional, a partir das noções de proporcionalidade e de razoabilidade, também é verdade que, como mencionado, o Direito Constitucional tem se expandido e se feito ver em todo o Direito, através da eficácia irradiante⁹⁹ de suas normas.

Aliás, não se pode olvidar que apesar das mais diversas tentativas de classificação e divisão do Direito para fins de operacionalização, o sistema jurídico é uno¹⁰⁰, existindo óbvias e necessárias áreas de interseção entre os campos de estudo do Direito.

Daí porque na atualidade é possível imaginar debates que antes possuíam um contorno exclusivamente civilista, digamos, serem remodelados à imagem dos princípios constitucionais. Não apenas possível como necessária, assim, a aplicação da ponderação para resolução de tais conflitos¹⁰¹.

Portanto, entendemos injustificada, nesse sentido, a irresignação daqueles que se mostram contrários à aplicação de ponderação a qualquer conflito normativo, alegando a possibilidade de tal técnica de decisão apenas e tão somente diante de conflito de direitos fundamentais ou ainda princípios de índole constitucional.

⁹⁹ “Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico. Associado a este efeito – mas não exclusivamente decorrente do reconhecimento da dimensão objetiva, visto que o papel principal neste processo foi desempenhado pela afirmação da supremacia normativa da constituição e o controle de constitucionalidade das leis – está o assim designado fenômeno da constitucionalização do direito, incluindo a questão da eficácia dos direitos fundamentais na esfera nas relações entre particulares [...]” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 296)

¹⁰⁰ Acerca do tema, é de grande relevância a lição de Gustavo Tepedino (2005, *apud* TARTUCE, 2015, p. 26).

¹⁰¹ A título exemplificativo, Tartuce (2013, p. 34-35) comenta os julgamentos, pelo Superior Tribunal de Justiça, de questões que envolviam o direito à imagem e à intimidade em contraposição à liberdade de imprensa e ao direito à informação (REsp 984.803/ES e REsp. 794.586/RJ). Outra questão que careceria de ponderação para sua resolução seria aquela envolvendo paciente médico que rejeita intervenção jurídica necessária em função de convicção religiosa (direito à vida x liberdade religiosa).

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 expõe, em seu artigo 93, inciso IX, que qualquer decisão oriunda do Poder Judiciário deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade, explicitando o chamado direito fundamental à motivação das decisões.

Assumi-se, neste trabalho, “decisão judicial” como sendo ato de inteligência do julgador, na medida em que esse tem que alinhar a norma/ordenamento com o fato que as partes litigantes lhe apresentem. Cabe ao juiz compreender a relação entre a causa e o direito e, a partir daí, exercendo a função criativa da jurisdição e realizando a fundamentação adequada, compor a norma a ser aplicada.

A motivação (ou fundamentação), nesse sentido, apresenta-se, justamente, como proteção para as partes do processo, que serão corporificadas na decisão judicial, se devidamente fundamentada, as mais básicas garantias processuais, tais quais o devido processo legal e o contraditório. Por outro lado, também é forma de justificação do ato de poder praticado pelo magistrado, possibilitando os caminhos para a utilização da via recursal e, ainda, servindo como forma de proteção à possibilidade de prática de arbítrios pelo órgão julgador.

Assim, a fundamentação/motivação, além de garantia/direito fundamental do jurisdicionado, é, igualmente, dever do julgador, levando-se em conta as funções *in* e *ex*processual que lhe são atribuídas. Portanto, levando-se em consideração a previsão constitucional de nulidade do *decisum* em caso de ausência de fundamentação, essa é vista como sendo elemento de validade da decisão, a saber: sendo a decisão carente de motivação, caracteriza-se situação de nulidade.

Verificou-se, dessa forma, que o legislador ordinário buscou rechaçar a proliferação de decisões judiciais genéricas, obrigando o magistrado a apontar, de forma racional, os motivos que culminaram com a decisão ali prolatada, devendo, igualmente, fazê-lo na forma prevista na Lei Civil Adjetiva para que possa ser considerada minimamente satisfatória.

Do mesmo modo, é notável a íntima relação entre a fundamentação e a aplicação dos precedentes – uma possível explicação, inclusive, para a atenção especial dispensada à fundamentação pelo Código de Processo Civil de 2015. Apurou-se, então, que é a partir da *ratio decidendi* contida na fundamentação que é possível a extração de norma que pretenda ter aplicabilidade generalizada, o dito precedente judicial. Sem fundamentação inexistente

precedente, criando-se entrave à uniformização da jurisprudência e à própria segurança jurídica.

No capítulo 02, apreciou-se o cenário em que o NCPC surgiu, tendo sido possível perceber a natureza conflitante que se apoderou do homem, que cada vez mais afasta a moral das suas relações interpessoais e recorre à atuação do Estado para a resolução de seus conflitos. Isso se manifesta em dois principais fenômenos: o da jurisdicalização e o judicialização da vida, com inchaço não apenas de normas como, igualmente, de processos judiciais.

O capítulo 03 foi voltado especialmente à decisão judicial, tendo-se analisado os elementos que a compõem, inclusive e especialmente a fundamentação, além das consequências jurídicas de sua ausência. Nesse ponto, em que pese haja divergência doutrinária, conclui-se que a ausência de fundamentação gera nulidade, conforme dicção do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Por fim, nos capítulos 04 e 05, foram estudados os §§ 1º e 2º do artigo 489 do NCPC. No § 1º foi visualizado rol exemplificativo de hipóteses nas quais o legislador viu por bem apontar, ainda em abstrato, que não se configuraria a decisão como fundamentada, pelo contrário. Dessa forma, verificou-se que decisões caracterizadas por simples repetição de enunciado normativo, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e invocação de motivos genéricos, além daquelas que não enfrentam argumentos capazes de infirmar a decisão, que veiculam mera invocação de precedente ou súmula ou ainda que não aplicam enunciado sumular, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem qualquer justificativa, são consideradas imotivadas e, em razão disso, inválidas absolutamente.

Somando-se ao rol do § 1º, o § 2º daquele artigo 489 trata da aplicação de ponderação na hipótese de conflito aparente de normas. Debateu-se, ali, a questão dos sentidos atribuídos aos conceitos de norma, princípio e regra para, a partir da associação de tais conhecimentos, verificar o âmbito de aplicabilidade da ponderação, tendo-se concluído que, diante do movimento de expansão e afirmação do Direito Constitucional nas demais esferas do Direito, natural que também se estendessem as técnicas hermenêuticas que o acompanham, não havendo óbice à utilização de ponderação em conflitos normativos que não envolvam, necessariamente, questões de natureza constitucional. O que importa, em realidade, é que o julgador, resolvendo aplicar ponderação, fundamente adequadamente as escolhas feitas no curso do processo.

Conclui-se, por fim, a partir do estudo realizado, que o Código de Ritos buscou, através do artigo 489, concretizar a previsão constitucional de motivação das decisões judiciais, não havendo razão para se falar, em sentido contrário, de limitação do conceito de fundamentação, notadamente porque, conforme vislumbrado, o legislador utilizou técnica legislativa negativa, a saber, procurou apontar rol de situações em que a decisão é considerada não fundamentada, ao invés de elencar quais os critérios para que se considere motivada a decisão judicial.

O rol taxativo de hipóteses de decisão imotivada espalhado pelo Código, assim, e especialmente aquele localizado no artigo 489 do NCPC, combina-se com a Constituição Federal para buscar garantir à sociedade brasileira um processo melhor, com a efetivação dos diversos princípios do processo civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação Judicial no Novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 58-77, set./dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20/05/2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20/05/2017.

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. *Jurisdição: legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Tradução: Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. vol. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *Enunciados Aprovados*. Disponível em :< <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013. vol. 01.

FLEINER-GESTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução: Marlene Holzhausen. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248-264.

FOLIÕES TERÃO TABELA DE REFERÊNCIA DE PREÇO E WHATSAPP PARA TÁXIS. Disponível em: <http://www.comunicacao.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45756:folioes-terao-tabela-de-referencia-de-preco-e-whatsapp-para-taxis&catid=56&Itemid=170>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução: Marco Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 11-26.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Cristina Reindolff da. *A Motivação Das Decisões Cíveis Como Condição De Possibilidade Para Resposta Correta / Adequada*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2010.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração: uma abordagem hermenêutico-filosófica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

REGO, Frederico Montedonio. A dimensão democrática do dever de motivação das decisões judiciais: o Novo Código de Processo Civil como concretização da Constituição de 1988. *Revista Opinião Jurídica*, ano 14, n. 18, p. 177-206, jan./jun. 2016.

ROVER, Tadeu. *Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em 05 de julho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão Judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 5ª ed. 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogo e interações*. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WHATSAPP PODE SER USADO PARA INTIMAÇÕES JUDICIAIS. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>>, acesso em 15 de agosto de 2017.