



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
Curso de Direito**

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Paulo Alberto Bezerra de Queiroz Magalhães
Matrícula: 1122634/5

PAULO ALBERTO BEZERRA DE QUEIROZ MAGALHÃES

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Caroline Pontes Almeida e orientação metodológica do Professor José Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Humberto José Olímpio Feitoza e orientação metodológica da professora Ivanilda Sousa Da Silva.

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Magalhães, Paulo Alberto Bezerra de Queiroz.

O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DE
UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO / Paulo Alberto Bezerra
de Queiroz Magalhães. - 2016
44 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
de Fortaleza. Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Humberto José Olímpio Feitoza.
Coorientação: Ivanilda Sousa da Silva.

1. Neoconstitucionalismo. 2. Fundamentação das decisões
judiciais. 3. Diálogo entre os sujeitos processuais. I.
Feitoza, Humberto José Olímpio. II. Silva, Ivanilda Sousa da.
III. Título.

PAULO ALBERTO BEZERRA DE QUEIROZ MAGALHÃES

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC, regulamentada pela Res. N° R028/99 da Universidade de Fortaleza.

Fortaleza (CE), 07 de dezembro de 2016.

Humberto José Olímpio Feitoza, Esp.
Prof. Orientador da Universidade de Fortaleza

José Horácio Sampaio, Ms.
Prof. Examinador da Universidade de Fortaleza

Antonino Fontenele de Carvalho, Ms.
Prof. Examinador da Universidade de Fortaleza

Ivanilda Sousa da Silva, Ms.
Prof. Orientador de Metodologia

Profª. Núbia Maria Garcia Bastos, Ms.
Supervisora de Monografia

Coordenação do Curso de Direito

RESUMO

O presente trabalho trata da fundamentação das decisões judiciais que vem sendo observada por parte do Poder Judiciário brasileiro, atuação esta que é uma consequência do neoconstitucionalismo, em que muitas decisões proferidas pelos magistrados, além de não fomentarem uma participação mais intensa das partes, tratam de não se aterem as questões essenciais para a solução dos feitos. Tudo isso pode ser mais bem observado nos casos em que o juiz tem, conforme o estatuto de processo civil, o dever de encarar todos os argumentos levantados pelas partes. Com relação a essa problemática, analisou-se até que medida pode o Poder judiciário escolher quais argumentos devem constar na fundamentação de uma decisão jurídica sem que haja desrespeito a princípios previstos no ordenamento jurídico, principalmente, o princípio da segurança jurídica. Para isso, foram expostos alguns aspectos limitadores dessas decisões, apontando quais elementos devem conter em uma decisão legítima, e, além disso, também foi abordado acerca de quais atitudes podem ser adotadas para que haja uma convivência harmônica entre essa postura jurisdicional e a colaboração com as partes, sendo defendido um diálogo entre os sujeitos como forma de contrabalançar essa postura tão criticada do Poder Judiciário. A metodologia tem cunho bibliográfico e abordagem qualitativa, com apoio de doutrinadores, tais como José Miguel Garcia Medina, Fredie Didier Jr. e Rodrigo Ramina de Lucca. Conclui-se que, a opção a ser adotada passa, necessariamente, por uma atuação integrada, e não apenas segregadora de participação dos sujeitos processuais na construção de uma fundamentação judicial legítima.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Fundamentação das decisões judiciais. Diálogo entre os sujeitos processuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, SUAS BASES TEÓRICAS E APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	9
1.1 Perpectivas históricas.....	9
1.2 Neoconstitucionalismo e a efetivação da fundamentação das decisões judiciais...12	
2 TESES ACERCA DA NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DOS ELEMENTOS VENTILADOS PELAS PARTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA.....	18
2.1 Noções gerais.....	18
2.2 Argumentos contrários à necessidade de enfrentamentos de todos os elementos apresentados pelas partes.....	20
2.3 Argumentos favoráveis ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas apresentados pelas partes.....	24
2.4 Reflexo prático da (des) necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo.....	27
3 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO E OS PARÂMETROS ELEMENTARES PARA UMA DECISÃO FUNDAMENTADA.....	30
3.1 O diálogo entre os sujeitos processuais e a construção de uma nova visão de processo civil.....	30
3.2 Diretrizes objetivas para que a fundamentação enfrente os argumentos ventilados pelas partes.....	33
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideia de Estado Democrático de Direito foi proclamado, como se aduz do artigo 1º. Logo, passa a ser essencial que as decisões judiciais proferidas através de uma das suas três funções primordiais do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), a judicante, tenham os seus motivos externados e a partir da edição do Novo Código de Processo Civil (lei 13.105 de 2015), se passou a exigir do magistrado o enfrentamento de todos os argumentos apresentados pelas partes no decorrer do processo.

Dessa forma, tendo em mente a importância atribuída ao neoconstitucionalismo, movimento que gerou uma completa transformação na forma de visualizar e interpretar o ordenamento jurídico, a Constituição foi realocada e passou a ocupar o topo de toda a estrutura legislativa, sendo considerada a principal norma que pode existir, a norma fundamental.

Hodiernamente, o Direito Processual Civil Brasileiro, tem adotado facetas nitidamente integradoras, vez que busca unir a atuação das partes e o próprio judiciário, em prol de um ideal de processo justo, se afastando, sobremaneira, da concepção clássica de processo, qual seja: o liberal, onde imperava a busca apenas satisfação do interesse da parte, negligenciando a função social que esta matéria arrasta.

Ainda, no plano pós-moderno, nota-se que a resposta jurisdicional não se limita ao caso concreto, mas se reflete na própria razão de ser do Estado Constitucional de Direito, vez que, a sua atuação tem de ser transparente, devendo o judiciário expor o porquê de sua atuação, para que haja tanto uma rotineira fiscalização pelas partes, imediatamente interessada, bem como o monitoramento pelos demais jurisdicionados da legitimidade constitucional dessa atividade. Por esses dois últimos elementos, pode - se afirmar que se tratam dos principais funcionalidades da fundamentação das decisões judiciais, que são denominados de: interno (ou endoprocessual) e externo (exoprocessual). Logo, se nota a importância que a afirmação de necessidade ou dispensabilidade do enfrentamento de todos os argumentos guarda dentro da prática processual.

Acerca dessa problemática, a jurisprudência atualmente dominante determina que não seria necessário a abordagem de todos os argumentos deduzidos pelas. Ocorre que a concretização desse entendimento é pretérito à edição do presente estatuto que regulamenta o direito processual civil nacional.

E é justamente acerca desse impasse que gira a temática do presente trabalho, que buscará avaliar os aspectos positivos e negativos da obrigatoriedade de enfrentamento dos argumentos ventilados pelas partes, bem como a melhor de ser exercido pelo Judiciário, de forma a encontrar resposta para as seguintes indagações: Pode ser considerada obrigatória essa postura em face do magistrado?; Até que ponto pode o juiz decidir quais argumentos combater para a construção de uma fundamentação válida? E se É possível que haja uma colaboração recíproca entre os coadjuvantes processuais na busca de uma tutela jurisdicional efetiva?

Para encontrar as respostas para tais indagações foi feita pesquisa bibliográfica, através de livros, revistas e artigos publicados na internet, contendo o posicionamento de alguns doutrinadores acerca do tema, bem como pela jurisprudência dos tribunais pátrios, para saber como eles vêm decidindo esses tipos de questões e se realmente estão adotando tais posturas no momento de decidir.

Ao tratar do tema, no primeiro capítulo são tecidos alguns comentários com relação aos aspectos históricos que deram embasamento para o surgimento da necessidade de fundamentação dos provimentos judiciais, delimitando suas bases teóricas, para em seguida mostrar como o Poder Judiciário e a doutrina brasileira vêm se portando com relação à efetividade desse mandamento constitucional.

No segundo capítulo, são expostos os argumentos que estão relacionados com a temática em enfoque, sendo expostas, de um lado, as teses que servem para fundamentar e até fortalecer essa desnecessidade de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, e de outro os princípios e teorias que podem ser considerados como um ônus para toda essa postura dos magistrados.

Apenas para deixar claro, apesar de ter sido feita essa divisão das ideias, deve-se frisar qual a melhor forma de encarar tudo isso é sendo feita uma análise casuística, para verificar se realmente há necessidade de uma atuação mais ativa do Poder Judiciário no momento de decidir fundamentadamente, sabendo usar as regras que se adequarão ao caso.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstra-se a da necessidade de existência de um diálogo entre os participantes processuais, devendo deixar de lado qualquer tipo de disputa individualista que possa existir, unindo-se em prol de uma atuação jurisdicional mais integrada e também a demonstração de parâmetros objetivos para uma atuação estatal adequada.

Portanto, a principal problemática que envolve esse trabalho se move com o fim de tentar demonstrar que o melhor caminho para que a fundamentação das decisões judiciais seja exercida, e com a existência de um diálogo entre o magistrado e os demais sujeitos processuais poderes, da forma mais democrática possível, bem como a apresentação de balizas claras para que tais decisões tenham legitimidade.

1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, SUAS BASES TEÓRICAS E APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Num primeiro momento, tendo em vista a discursão notadamente doutrinária acerca de qual seria a nomenclatura adequada: se fundamentação, motivação ou justificação, para revelar a necessidade de apontamento por parte do órgão jurisdicional de quais seriam os elementos levados em consideração para a decisão, ou seja, o “porquê”. Opta-se pelo termo fundamentação, pois reflete uma visão mais sistêmica, englobando os demais, o que nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p.688) “o juiz expõe o que o moveu a chegar a dada conclusão (motivu), e deve, também proferir uma decisão justa (justificare)”.

Antes de ser iniciada, de fato, a abordagem sobre o dever de motivação das decisões judiciais e a imposição de enfrentamento de todos os argumentos levantados no processo capazes de, em tese, retirar a força da conclusão adotada pelo órgão jurisdicional. Faz-se elementar a elucidação dos aspectos mais relevantes para compreender os alicerces que sustentam a própria necessidade de motivação das decisões judiciais.

1.1 Perspectivas históricas

Nesse passo, é relevante trazer à baila que, no Brasil, o primeiro instrumento normativo que trouxe a previsão de necessidade fundamentação das decisões judiciais remonta-se às Ordenações Filipinas, sancionado em 1595, mesmo que de forma incipiente, que no seu Livro III, Título LXVI, n. 7º, que asseverava categoricamente se tratar de uma incumbência do juiz motivar as decisões por ele proferidas, sem, todavia trazer mais elementos contundentes que permitissem um controle de verificação desse preceito.

Entretanto, apenas em 1850, com a edição do Regulamento 737, instrumento que inaugurou a autonomia legislativa do Brasil em relação a Portugal, proclamou em seu artigo

232, que “A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

Mais adiante, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24.2.1891, que, nas palavras de José Afonso da Silva (2013, p. 80-81), “Optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana [...]. Firmara a autonomia dos Estados, aos quais conferira competência remanescente”. Desse modo, foi estabelecido pelo próprio texto da supracitada carta:

Art 65 - É facultado aos Estados:

[...]

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

Com essa possibilidade, foi permitida a edição de normas de processo civil, por parte dos Estados, já que não havia vedação constitucional, mas apenas alguns se atreveram a prever, expressamente o dever aclarar as razões que levaram o julgador a adotar essa ou aquela decisão, como foi o caso do Código Processo Civil do Estado de São Paulo, editado pela lei 2.421 de 1930, que estabeleceu em seu artigo 333: “A sentença, que será escripta, datada e assignada pelo juiz, deverá conter, **sob pena de nullidade:** [...] III - **Os fundamentos da decisão, de facto e de direito.**” (Grifou-se).

Nessa esteira, mesmo em um período conturbado historicamente, qual seja, o Estado Novo (1937-1945), foi editado pelo Governo Federal o primeiro Código de Processo Civil Nacional, através do Decreto – Lei nº 1.608, de 1939, que dentre seus dispositivos previa, expressamente a determinação de que o juiz apontasse na sentença os fatos e elementos que motivaram seu convencimento (artigo 118, parágrafo único), e ainda os fundamentos de fato e direito onde se sustenta a decisão do feito (art. 280, inciso II).

Desse modo, percebe-se, claramente que, mesmo em períodos históricos recheados de arbitrariedades pelos mais diversos regimes autoritários, a necessidade de exposições dos motivos adotados por aqueles incumbidos de realizar a atividade jurisdicional, mesmo que de uma maneira secundária, pois não havia previsão em nenhum documento constitucional brasileiro, ainda assim denotava-se alguma tendência para que, pouco a pouco se pudessem superar as malversações que eram realizadas no âmago do Estado Brasileiro.

De outra maneira não se poderia comportar os legisladores dos Códigos de Processo que iam se sucedendo, como bem o fez o legislador do Código de 1973, lei nº 8.569, que avançou nessa temática, pois previu em seu artigo 131 que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe foram o convencimento”. Pois, agora, não se limitava apenas a sentença propriamente ditas, mas também com relação a outros atos de relevância inquestionável para desenvolvimento regular do processo, como o é a fase instrutória.

Ainda, com relação aos requisitos da sentença, o referido legislador, optou por continuar em estabelecê-lo como essencial, em artigo 458 e seu inciso III. Bem como estendeu o mesmo dever para as decisões interlocutórias, mesmo que de forma mitigada, pois o texto legal estabelecia apenas uma fundamentação concisa (artigo 165).

Assim, fica claro que, o ordenamento jurídico pátrio tratou da matéria em senda exclusivamente infraconstitucional, posto que, no decorrer do período do movimento do constitucionalismo clássico, onde se buscou a passagem de um Estado Política para um Estado de Direito, apenas eram tratadas em matéria constitucional aquelas normas de natureza materialmente constitucionais, que se limitavam a expor como foco nas limitações ao poder dos governantes, bem como o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pelas revoluções liberais, notadamente, no caso do Brasil, com influências do Constitucionalismo Francês e Norte-Americano.

Dessa forma, muitas outras matérias essenciais para o próprio controle do Estado por parte dos seus integrantes ficaram renegadas ao segundo plano, como é o caso do dever de fundamentação das decisões judiciais. Nesse contexto, assevera Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 40):

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico -, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes descontraídos. **O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.** Importa lançar olhos sobre essa evolução, até para melhor compreender os fundamentos do direito constitucional da atualidade. (Grifa-se).

Com efeito, nota-se que apesar de inúmeras previsões legais, já dispostas ao longo dos diversos instrumentos normativos, buscando guiar a atividade jurisdicional para o verdadeiro

alvo fosse atingido, qual seja, uma efetiva prestação da atividade jurisdicional com a mais possível clareza e proporcionando aos jurisdicionados devidas formas de controle dos atos praticados pelo Estado-Juiz, revelou-se, com o tempo não ser o bastante, dado a evolução da própria sociedade moderna, bem como o aumento de demandas em face do judiciário. Assim, já se percebia que o próprio sistema necessitava de novos elementos que acrescentassem na busca de soluções para as diversas distorções que a cada instante insistiam em apontar por novos meios de controle, que realmente solucionassem as problemáticas.

1.2 Neoconstitucionalismo e a efetivação da fundamentação das decisões judiciais

Superada às aludidas perspectivas, e tendo como mote o contexto que serviu de sustentáculo para fortalecer a própria ideia de Estado Democrático de Direito, é possível direcionar-se para a atuação contemporânea de um Direito Processual Civil Constitucional, onde se retira o protagonismo puro e simples dos códigos, passando a se valorizar uma acomodação com o texto da Carta Magna.

Diferentemente dos diplomas constitucionais que antecederam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não traziam previsão expressa da necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, esse *múnus* passou a ter papel fundamental no cenário jurídico contemporâneo.

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

[...]

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

Como se extrai desse mandamento constitucional, e seguindo o fluxo do constitucionalismo atual, que tem por marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial, mesmo tendo sido internalizado ao ordenamento pátrio tardiamente, se busca desenvolver uma nova forma de compreensão, interpretação e aplicação do Direito Constitucional e da própria Constituição.

Logo, é evidente que a forma atual do processo civil deve não apenas se portar de acordo com apenas a legalidade pura e simples, mas com respeito à sistemática como um todo,

devotando o dirigismo das suas condutas à Carta Magna, principalmente no ponto que toca aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente. Assim, pontua Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 44-45):

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

[...]

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como conformação da lei. (Grifa-se).

Nesse caminhar, é essencial trazer à baila o prisma de que o instituto objeto do presente trabalho se traduz em um corolário do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Sobre a cláusula constitucional do devido processo legal, deve-se ter em mente que ela possui duas facetas complementares, como já é consagrado doutrinariamente, são elas a de sentido material (*substantive due process*) e a processual (*procedural due process*). De acordo com Nelson Nery Júnior (2013, p. 98-100):

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

[...]

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, **verifica-se que a cláusula *procedural due process* os *law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo**, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. (Grifa-se).

Assim, a fundamentação guarda íntima ligação com a própria lógica da ampla defesa, posto que seja necessário que se conheça os reais elementos que conduziram o julgador à imprimir determinada decisão, para que então possa atacá-la, ou então, se preferir, defende-la, como bem ocorre nos casos em que a decisão é favorável a uma das partes, mesmo que em termos. O que não possível é que qualquer decisão, não aponte os seus fundamentos, tendo em vista que o seu desrespeito acarretaria em uma sequência deplorável de ferimentos a diversos

dogmas constitucionais, que, a duras penas, foram pouco a pouco sendo conquistados com o passar dos séculos.

Importante salientar que a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, de uma forma geral, possui uma dupla função consagrada doutrinariamente e, acertadamente seguida pela jurisprudência nacional, onde se busca privilegiar os jurisdicionados, que são, realmente, os reais destinatários das soluções postas, são elas: I) Endoprocessual e II) Exoprocessual. É firmado nessa premissa que assegura Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 322-323):

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Fala-se ainda numa **função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada.** Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo. (Grifou-se)

Diante de tudo o que fora indicado, bem como da necessidade de edição de um novo Código de Processo Civil, que dentre os diversos clamores estava a necessidade de edição de um instrumento gestado na vigência de um Estado Constitucional, pois todos os antecessores possuíam uma tendência naturalmente autoritária. Com esse anseio é que foi constituído o novo diploma processual civil, através da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Como não podia deixar de ser, o novo diploma igualmente estabeleceu em seu artigo 489 os elementos que uma sentença não pode deixar de ter, e, naturalmente se encontra a previsão de necessidade de se apontar os fundamentos, apontando o juiz as questões de fato e direito. Ainda, o novo código vai mais além, pois em seu parágrafo primeiro estende esse dever para qualquer decisão judicial, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

Mas, de fato, o elemento principal que inovou consideravelmente em relação às previsões legais anteriores, e até mesmo a constitucional já apontada, foi a que se encontra no inciso IV,

que considera despida de fundamentação a decisão que “não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”.

A partir desse momento, surgem entendimentos diversos, que num primeiro momento aparentam ser confrontantes, o primeiro de que não seria, necessariamente obrigado ao julgador enfrentar todos os argumentos ventilados, para que a decisão seja considerada válida. Já um segundo entendimento entende que, para que a decisão não seja considerada viciada de tal modo que se torne nula, o órgão jurisdicional deveria, efetivamente, encarar todos os elementos postos.

Antes mesmo da edição do Novo Código de Processo Civil já existia embate entre essas duas correntes, mas que já havia entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não necessário tal enfrentamento detalhado, posicionamento este proclamado no AI nº 791.292/PE, com repercussão geral reconhecida, que asseverou:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). **2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal 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.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (BRASIL, 2010, *online*). (Grifa-se).

Percebe-se que essa decisão do Pretório Excelso se limitou em apontar a desnecessidade de enfrentamento de todos os elementos levantados pelas partes, sem apontar quais elementos deveriam constar nas decisões judiciais. O que, logicamente compromete a própria prestação de uma tutela jurisdicional devida, maculando inclusive a própria ideia do direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional.

De outra banda, a doutrina que advoga a tese de necessidade de enfrentamento de todos os elementos trazidos pelas partes, não estabelece parâmetros minimamente objetivos para a construção de uma sistemática razoável em torno das decisões judiciais, adstringindo-se à transferência pura e simples da responsabilidade para o Poder Judiciário. Nesse sentido, aduz Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 344):

Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de

provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o diz que não tem a obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos.

[...]

A exigência de análise de todos os fundamentos da tese derrotada é um assunto extremamente relevante do ponto de vista prático, porque **a omissão nesses casos muita vez inviabiliza a discussão da matéria nas instâncias extraordinárias, por meio dos recursos de estrito direito (extraordinário e especial).** (Grifa-se).

Pelo visto, é claro que, apesar dos argumentos que dão sustentação as duas correntes, não se pode permitir que se prevaleça um ou outro argumento em sua totalidade, uma vez que, se por um lado existem elementos fundados na economia e celeridade processual, por outro existem motivos de sobra para que não se deixe ao livre alvedrio do juízo a escolha de quais elementos devem ou não constar nas decisões judiciais, dado a própria natureza pública e democrática, faz-se prudente que se trace balizas visando o estabelecimento de diretrizes para decisões que encontrem amparo na própria ideia de razoabilidade de fundamentação e devida prestação jurisdicional.

É desse modo que se faz presente a necessidade de se ter em mente o papel silogístico entre a argumentação jurídica e a fundamentação das decisões judiciais, que é facilmente demonstrada por Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes (2014, p. 105-106, *online*):

A decisão judicial, destarte, não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando, para aquele que decide no campo de ação dentro do qual deve definir uma entre várias soluções possíveis. Diante de tal situação, **deve o magistrado fundamentar as decisões de forma a não só atender e satisfazer aos interesses das partes e dos operadores do Direito, mas também com o intuito de apresentar a argumentação adotada à comunidade,** cujos integrantes são portadores do direito de ver reconhecido que a decisão foi a mais justa e razoável no caso concreto.

[...]

Em vista disso, **verifica-se que a decisão judicial é considerada bem fundamentada quando se afasta dos subjetivismos aos quais o magistrado está vulnerável, sendo fruto de argumentação racional, capaz de gerar, naquele momento, o consenso sobre a questão, tornando-se segura e legítima.** Além disso, deve a motivação das decisões judiciais ser expressa, coerente, lógica e clara, possibilitando, portanto, sua compreensão pelos seus destinatários e, via de consequência, o controle da atividade jurisdicional, tanto pelo próprio Poder Judiciário quanto pela sociedade como um todo. (Grifa-se)

Portanto, a partir dos próximos capítulos, o que se pretende é, quando os órgãos judicantes decidirem fazer suas escolhas naturalmente fundamentadas no processo, que se busque refletir através de um conjunto normativo mais contextualizado, não se limitando a possibilidade hoje referendada pelo Supremo Tribunal Federal de que não precisaria encarar todos os elementos trazidos pelas partes, isso tudo através da interação com uma ideia de processo justo do ponto de vista constitucional. Essa meta reflete a medida essencial de um Estado de Direito

Constitucional, rechaçando as arbitrariedades, através da compatibilização do próprio ordenamento jurídico.

2 TESES ACERCA DA NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DOS ELEMENTOS VENTILADOS PELAS PARTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA

Conforme foi exposto no capítulo precedente, a necessidade de atuação do Poder Judiciário conforme a conjuntura contemporânea está respaldada em um modelo constitucional, que apregoa a aversão ao arbítrio por parte dos encarregados de exercer essa função essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito, e esse exercício é exteriorizado através da fundamentação das decisões judiciais, que, com o decorrer dos tempos se posicionou como um dos baluartes da legitimação da prestação da tutela jurisdicional, tomando lugar de destaque tanto no âmbito doutrinário, como na pauta de atuação da jurisprudência.

2.1 Noções gerais

O que se tem percebido atualmente é um acréscimo cada mais considerável do número de demandas junto ao judiciário, que dentre muitas razões se encontram a maior possibilidade de acesso à esse poder, como proclamado constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), bem como a tradição arraigada em boa parte da sociedade brasileiro de que, apenas o poder judiciário seria capaz de trazer a solução adequado para cada pretensão que lhe é posta.

É justamente nesse contexto social-jurídico que cresce a atenção para a fundamentação das decisões proferidas por aqueles que, tradicionalmente, são encarregados de “dizer o direito” no caso concreto, tendo em vista essa massificação da procura de soluções através do Estado-Juiz.

Assim, para que o próprio responsável pelo atendimento dessas sucessivas demandas que imergem a cada instante de uma sociedade tão complexa, faz-se elementar a correta observância do resultado apresentado, o que passa, necessariamente por uma análise acurada do que as partes levantam no caminhar de um devido processo legal constitucionalmente reconhecido, o que também se inclui terceiros interveniente, como é o caso do *amicus curie*, figura já a bastante tempo conhecido na prática processual, especialmente nos casos de controle concreto de

constitucionalidade, mas que agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil, tomou forma expressa através do artigo 138.

Com efeito, devido ao maior número de pretensões judicializáveis, passa-se a discutir meios que, naturalmente envolvem a ideia de fundamentação das posturas adotadas pelos responsáveis de prestar a tutela jurisdicional, possam permitir uma resposta eficaz e contemporânea das postulações das partes, o que perpassa indiscutivelmente pela ideia de duração razoável (ou racional) do processo, o que desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 está encrustado no texto magno constitucional, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, e, por derradeiro, através da já diversas vezes citado, atual instrumento processual civil brasileiro, em seu artigo 4º, *caput*, o que não implica que o processo precise, necessariamente, ser rápido.

Não é outro o posicionamento da doutrina majoritária que, acertadamente acompanha essa natural e essencial evolução proporcionada pela própria ideia conjuntural do processo contemporâneo, possuindo reflexo, naturalmente, nos ensinamentos de Fredie Didier Jr. (2016, p. 97-98):

Processo devido é, pois, processo com duração razoável.

[...]

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

[...]

Bem pensadas as coisa, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. **A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor.** Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudades deles. (Grifou-se)

É com azo nesse caminhar, que se obtempera o protagonismo nevrálgico que a discursão que circunda a discursão sobre quais elementos deveriam ser levados em conta no momento do posicionamento dos órgãos jurisdicionais, se todos aqueles ventilados pelas partes, ou apenas os que o juiz entender como o bastante para se posicionar e decidir.

Posto que, se de um lado almeja-se a duração razoável do processo, do outro se perquire uma prestação judicante que satisfaça integralmente o mérito, incluindo a atividade satisfativa, seguindo a mesma diretriz do supramencionado artigo 4º, do mesmo diploma legal, uma vez

que em diversos casos o completo aprofundamento do mérito poderia comprometer a própria ideia de eficiência, que possui assento constitucional, no artigo 37, *caput*, que trata dos princípios que norteiam a atuação da administração pública, mas que devido a uma interpretação sistemática do texto magno, também está incrustada nessa *oda* de processo como meio para concretização de direitos. Com relação ao que foi exposto, aduz Fredie Didier Jr. (2016, p. 103-104):

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, **na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificante) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado).** A eficiência é algo que somente se constata a *posteriore*: não se pode avaliar a *priori* se a conduta é ou não eficiente. (Grifou-se)

A esse respeito, deve ser frisado que a postura a ser adotada deve ser analisada de acordo com os elementos proporcionados pelo caso concreto, obedecendo a uma ordem de acordo com as peculiaridades apresentadas, e não apenas se tomar como norte uma regra definitiva a ser adotada de forma indistinta.

E é por conta desses elementos que existem argumentos para cada corrente que buscam determinar posturas a serem adotadas pelo Estado-Juiz, no momento de enfrentamento dos argumentos trazidos por aqueles que participam do no desenrolar processual. Para tanto, deve-se separar tais argumentos, colocando de um lado aqueles que podem ser utilizados por quem pretende defender em uma determinada demanda um Judiciário que, realmente, enfrente todos os argumentos trazidos pelas partes; e de outro, aqueles que pretendem defender um Poder Judiciário que não encare todo o substrato depositado por aqueles que participaram do processo, ficando para uma análise em sede recurso apenas uma reforma da decisão, que por ventura for combatida.

2.2 Argumentos contrários ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas partes

Para os que advogam em conformidade com a segunda corrente acima apresentada, o argumento mais coerente é que os órgãos jurisdicionais ao adotarem o posicionamento sobre os processos de sua incumbência, não estaria obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes, desde que já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

É o que ocorreria, por exemplo, quando João entrasse com uma ação de cobrança em face de Pedro, sendo que, o juiz extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, por reconhecer que a pretensão do autor estava prescrita. Além disso, o magistrado afirma que estava provado que Pedro já pagou o débito, não havendo, portanto, mais qualquer dívida. O autor não se conformou e interpôs apelação. O Tribunal manteve a sentença, mas se manifestou apenas sobre a prescrição, reconhecendo que ela estava presente no caso concreto. O acórdão nada falou sobre o pagamento da dívida que foi reconhecido pelo juiz de primeiro grau e questionado por João no recurso.

Assim, essa decisão não desrespeitaria a regra imposta pelo artigo 489, §1º, inciso IV, do referido diploma, uma vez que, um eventual recurso que questionasse a ausência de pronunciamento sobre o argumento de que o débito não fora pago e que, desse modo, a dívida ainda persistira, não merecia prosperar, pois não seria um argumento capaz de infirmar a decisão proferida, já que teria ocorrido o reconhecimento da prescrição, o que de pronto impossibilitaria a análise do pagamento ou não do débito.

Essa é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como já trazido no primeiro capítulo, e que, mesmo tendo sido consolidado sob a vigência da anterior carta processual civil que visa o prestígio da celeridade processual, ainda possui aplicação, como se extrai do recente posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do EDcl no MS 21.315-DF, veiculado através do Informativo 585, que pontificou:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.** A prescrição trazida pelo inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 ["§ 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"] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016. (BRASIL, 2016, *online*, grifou-se).

Ainda, de acordo com essa corrente, obrigar que sempre o julgador combatesse todos os argumentos levantados pelas partes seria um verdadeiro disparate processual, tendo em vista

que acabaria indo de encontro aos valores constitucionalmente previsto, tais como os supracitados devido processo legal, o de acesso ao judiciário, bem como o da própria duração razoável do processo, pois o judiciário teria que dispende muito tempo e acabar se rendendo à interesses nitidamente procrastinatórios, que teria como único interesse prologar o processo, sem uma verdadeira utilidade.

Parte dos defensores ainda sustenta que, entender de modo contrário ainda estaria desrespeitando uma lógica insofismável, que anda lado a lado com a hodierna compreensão do que se trata de processo, partindo de um prisma voltado para a ideia essencial de proporcionalidade, mesmo que o reconhecendo como um desdobramento do devido processo legal, na sua perspectiva material, do que, racionalmente pode-se exigir do órgão judicante competente. Corroborando com esse posicionamento, assevera Kleber de Souza Waki (2015, online) que:

É preciso uma especial atenção, porque esta regra não impõe o exame de todas as teses apresentadas, mas apenas daquelas que não possam ser consideradas como a) prejudicadas, b) frontalmente colidentes ou c) abrangidas pelos fundamentos da decisão tomada pelo órgão judicial. Se há duas ou mais soluções possíveis para a resolução do conflito, é preciso (como sempre foi) que o órgão judicial deixe claro o fundamento pelo qual escolheu seguir por esta ou aquela trilha. E assim, por conseguinte, fique também claro por qual razão não tomou, na resolução do conflito, outro destino.

[...]

Há entendimento pacificado na Corte Suprema acerca do dever de fundamentar, e dele não se extrai a necessidade de se esmiuçar, pormenorizadamente, todas as questões de fato e de direito debatidas ao longo da marcha processual, ou provas apresentadas, desde que haja clareza acerca da tese adotada no julgamento. **Tampouco há a necessidade de que sejam rebatidas todas as teses, aí incluídas aquelas refutadas por serem prejudiciais ao fundamento maior acolhido no julgamento. Na fundamentação, o que não pode haver é omissão quanto ao fundamento essencial para acolhimento ou rejeição de pretensão.** A fundamentação não pode ser genérica, devendo ser clara e precisa, indene de dúvidas acerca da questão de fato e/ou de direito levada ao exame e a motivação que resultou no acolhimento ou rejeição, total ou parcial, daquilo que foi apresentado como pretensão, bem como dos termos adiantados como defesa na estabilização da demanda. (Grifou-se)

Importante salientar que, antes mesmo de o Novo Código de Processo Civil ser sancionado, houve um movimento encabeça pela Associação dos Magistrados do trabalho – ANAMATRA, que foi seguida pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em que solicitavam à Presidência da República que vetasse o dispositivo que é objeto do presente estudo, pois acarretaria o novo diploma em um efeito indesejado, qual seja, atravancar o próprio sistema, que já é deveras deficitário. Isso desde que se partisse de uma premissa que se pensasse em aplicar o dispositivo em sua literalidade, sem buscar uma forma integradora e naturalmente mais participativa entre

a atuação jurisdicional e aqueles que buscam o Poder Judiciário para que se busque solucionar as demandas.

Entre as razões postas na nota das referidas associações, que criticava inclusive outros artigos do texto aprovado do anteprojeto do atual diploma processual civil brasileiro, estavam a de que (2015, *online*):

Terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos.

[...]

Uma parte que não quer que o processo ande vai contestar com argumentos impertinentes e o juiz vai ter que explicar e fundamentar tudo. (Grifou-se)

Por ultimo, baseando-se na interpretação apresentada pelo Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis – FPPC, que auxilia na consolidação do Novo Código de Processo Civil, busca-se sustentar essa desnecessidade de enfrentamento, mesmo que essa leitura esteja se referindo exclusivamente aos fundamentos jurídicos, a partir do Enunciado nº 524 (2016, p.66, *online*):

O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência) (Grifou-se)

Basicamente são esses os argumentos que são utilizados e que vão de encontro à necessidade de esgotamento, por parte daqueles responsáveis por julgar, dos argumentos ventilados pelas partes.

Na prática processual brasileira, é o próprio Poder Judiciário quem mais faz valer tais argumentos, e principalmente os Tribunais Superiores, onde muitas vezes se vale desses argumentos como mais uma, dentre várias outros instrumentos, forma de o que a doutrina consagrou em chamar de “jurisprudência defensiva”, que nas palavras de Theonio Freitas (2015, *online*):

Denomina-se jurisprudência defensiva o posicionamento dos Tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ), que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento. (Grifou-se)

2.3 Argumentos favoráveis ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas partes

Por outro lado, como reflexo da própria noção que se depreende do movimento denominado de constitucionalismo contemporâneo, incidindo, obviamente, sobre a maneira de interpretar o ordenamento jurídico como um todo, sendo o texto magno alocado no ápice dessa sistematização normativa, tendo consigo normas vinculantes e de observação compulsória, também passaram a existir teses de inquestionável relevância, bem como princípios que são interpretados de maneira a serem empregados como substrato para que o Judiciário abarcasse todos os argumentos.

É fundamental trazer à tona que, entre as razões que justificaram essa verdadeira virada epistemológica está atada ao uso recorrente de expressões vagas para legitimar as decisões tomadas, como seria o caso, por exemplo, de quando o juiz concede uma tutela de urgência calcada apenas com expressões do tipo: “concedo por entender presentes os requisitos da medida pretendida”, sem apontar qualquer elemento racional que sustente a postura adotada no caso.

No Brasil, mesmo havendo irresignação dos jurisdicionados, tais questões passaram a ser mais densamente discutidas após a promulgação da Constituição de 1988, que possui um texto essencialmente analítico, prevendo várias garantias que passaram a ser franquias aos indivíduos. Tendo em vista essa constitucionalização dos clássicos problemas envoltos na dinâmica processual, é essencial trazer à baila as elucidativas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 71):

Se, de um lado, os juristas veem a litigiosidade aumentar, veem também, de outro, um ingrediente “novo” com a qual lidar, para resolvê-la: a norma constitucional.

Evidentemente, a existência de uma norma constitucional, em si, não é um dado novo. O que de novo surgiu, no final do século XX e começo do século XXI, foi um novo sentimento constitucional: à Constituição passa-se a reconhecer efetiva força normativa. Reconhece-se, então, a supremacia da Constituição.

[...]

Gradativamente, tem início uma descoberta da norma constitucional, um movimento como que a se perscrutar o que por trás daquilo que a envolvia encontrava-se oculto, ou adormecido. Passa-se a admitir que a Constituição impera não apenas nas relações existentes entre cidadão e Estado, mas também naquilo que antes se envolvia no ambiente privado, entre cidadãos.

A vida passa a ser contemplada a partir dos olhos da Constituição. Fala-se em “constitucionalização” do direito. Compreende-se, então, que o direito das regras dos códigos, que vem a ser o direito do estado de direito, é substituído pelo direito de princípios, que é o direito do estado constitucional democrático de direito.
(Grifou-se)

Foi com base nessa mudança que se tornou possível uma corrente com que afirma ser essencial que no momento das decisões judiciais, o Poder Judiciário, adote um posicionamento que reflita os anseios de uma sociedade que busca a satisfação integral do mérito, através de uma tutela jurisdicional que aprecie e rebata todos os argumentos trazidos pelas partes, e não apenas se limitar a rebater parte dos elementos colocados no processo, posto que, ao se abrir brecha para pensar de forma contrária estaria se negligenciando o direito de que, todos possuem, para influenciar na decisão tomada, e não apenas aqueles argumentos que o órgão jurisdicional entenda, ao seu bel prazer, como suficiente para a resolução da questão que lhe é submetida.

Ainda, rebatendo as razões apresentadas pela primeira corrente, de que comprometeria a duração razoável do processo, esta corrente afirma que não seria razoável se autorizar que, em nome de uma celeridade processual, se atropelasse uma garantia tão cara quanto é o da prestação adequada da resposta do Judiciário, o que verdadeiramente poderia ensejar um regresso da própria ciência processual.

É nessa senda que se direciona grande parte da doutrina, mesmo não obtendo o aval da jurisprudência atualmente, como bem explanado por diversos críticos de tal postura. Discorrendo acerca do artigo 489, §1º, inciso IV, do Novo Código, aduz Félix Soibelman (2015, *online*):

Em suma, são aqueles pontos que, quando confrontados com a decisão adotada, a tornam insubsistente, invalidam-na, mostram ser falsa a conclusão do julgador dentro de uma estrutura argumentativa consistente, e não todo e qualquer argumento.

[...]

O anedotário trágico, no entanto, robustece-se por ser justamente isto que acontece atualmente, ou seja, a magistratura toma emprestado o reclamo geral contra a morosidade, pela qual tem ela grande parcela de culpa, coopta o olhar do vulgo contra os advogados como se deles fosse a responsabilidade pela lentidão dos feitos, em verdadeiro bulling contra os causídicos, e assim capitaliza de forma ilegítima a indignação popular.

[...]

Não vem de hoje o desejo da magistratura de não ser questionada, caindo-lhe como uma luva o anelo de celeridade da população. O estandarte da celeridade é amiúde um curinga demagógico da magistratura.

[...]

Há, sim, uma exigência, uma imposição como preceito imperativo, de que na fundamentação se enfrente argumentos que possam infirmar a conclusão, bem como que seja justificada a não adoção de uma jurisprudência elencada pela parte (inciso VI do citado artigo 489), mas não há nenhum impedimento que constitua, assim, restrição a que se valha o juiz de fundamentos de Direito não arguidos pelas partes, que sejam, no entanto, aplicáveis ao caso. Ser o juiz obrigado a enfrentar argumentos que se oponham a sua conclusão, bem como justificar a razão de não acatar um precedente jurisprudencial, não é de modo algum o mesmo que limitar o juiz aos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes. (Grifou-se)

Como já foi asseverado, o atual posicionamento dos Tribunais Superiores é de que é dispensável a análise pormenorizada dos argumentos suscitados por aqueles que participam do processo. Entretanto, nem sempre o posicionamento, principalmente do Supremo Tribunal Federal, foi nesse sentido, uma vez que já adotou postura diametralmente oposta e de relevância, no sentido defendido por essa corrente, como bem explicitado através dos primorosos comentários de Diego Crevelin de Sousa e Lúcio Delfino (2015, online):

Aliás, vale lembrar que, em 08.11.2006, o STF proferiu decisão emblemática no MS 25.787/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cujo voto considerou **que o art. 5º, LV, da CRFB imprime ao contraditório perfil dinâmico ou substancial, devidamente imbricado com o dever de fundamentação das decisões judiciais: “Em outras ocasiões, tenho afirmado neste Tribunal que a garantia fundamental de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p.234) (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. **Apreciando o chamado *Asprunch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar** (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293 (...)). Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) **direito de manifestação**(Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (...). **Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o direito de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht)”**.(Grifou-se)**

Como último relevante argumento, os que advogam nesse sentido, também se valem de um Enunciado do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, assim como aqueles que rechaçam essa tese, que afirma no de número 523 (2016, p.66, *online*):

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. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória) (Grifou-se)

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que os princípios encartados no título dos direitos e garantias individuais tem tomado uma posição protagonista no posicionamento por parte dos

defensores deste entendimento, notadamente no que tange ênfase à adequada normas constitucionalmente resguardadas de prestação do direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV), bem como a observância do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), uma vez que despreza a celeridade processual, sem que observasse os argumentos das partes, uma vez que traria mais malefício do que benefícios para a permanente construção de um processo hodiernamente legítimo.

Com essa mentalidade, afastar-se-ia cada vez mais do que já foi o processo de facetas nitidamente arcaicas, calcado em uma ideia estritamente individual, que negligenciava a participação das partes, transmutando-se para uma espécie de fomento à atuação cooperativa das partes, nos estritos moldes do artigo 6º do Código de Processo Civil em que estabelece como ideal que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

2.4 Reflexo prático da (des) necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo

De acordo com o mandamento constitucional insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, combinado com o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, seria inválida qualquer decisão judicial que desrespeitasse os parâmetros necessários para a configuração de uma decisão fundamentada.

Ocorre que, parte importante do entendimento doutrinário persiste em afirmar que, em alguns casos, o desrespeito a alguns parâmetros legais previamente estabelecidos ensejariam a materialização de um caso de inexistência do ato praticado.

Apesar de se parecer como uma discursão que se limite ao seio puramente doutrinário, sem qualquer efeito prático relevante, não é o que se percebe nesse caso. Dado que, quando o ato for considerado inexistente é possível que o prejudicado intente uma ação autônoma declaratória de ato judicial, conhecida também como *querela nullitatis*, que poderia ser ingressada inclusive após o prazo estabelecido para o ingresso de Ação Rescisória, que de acordo com o atual Código de processo civil, artigo 975, é de 2 (dois) anos contados da última decisão proferida.

Assim, parte da doutrina considera importante que se distinga uma decisão desprovida completamente e uma que fosse insuficiente de fundamentos, aonde aquela conduziria à

ausência de decisão, por falta de um dos elementos essenciais, previsto no artigo 489, inciso III do supracitado código. (Medina, 2015)

Ocorre que, a maioria da doutrina não reconhece, em nenhuma hipótese, a possibilidade de uma decisão ser considerada inexistente, uma vez que a própria Constituição já reconheceu que todos os casos em que houvesse carência de fundamentação o vício seria censurado com a pena de nulidade, não cabendo ao interprete fazer essa distinção que o legislador constituinte não se aventurou. É exatamente nesse sentido que se manifesta Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 333-334):

A ausência de fundamentação implica a invalidade da decisão (art. 93, IX, CF). Mas a decisão não é inválida apenas quando lhe falta motivação – aliás, é bem difícil que uma decisão esteja completamente desprovida de fundamentação. A fundamentação inútil ou deficiente, assim entendida aquela que, embora existente, não é capaz de justificar racionalmente a decisão, também vicia o ato decisório.
[...]

A inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação. Justamente aí está a relevância do §1º do art. 489: ela relaciona alguns exemplos de situação em que a decisão em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não-fundamentada. (Grifou-se)

Não apenas em sede doutrinária está guarnecido o entendimento apontado, mas a própria jurisprudência já entende dessa maneira há bastante tempo, mais precisamente desde o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, expressado por sua quarta turma através do Resp 149.771/RJ, assentando que:

A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cãnone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo civil contemporâneo, calcado no *due processo of law*, representando uma garantia inerente ao Estado de Direito. **É nulo o acórdão que mantém a sentença pelos seus próprios fundamentos, por falta de motivação, tendo o apelante o direito de ver solucionadas as teses postas na apelação.** (BRASIL, 1997, *online*, grifou-se)

Pelo visto, a lógica processual civil contemporânea não admite os vícios de fundamentação e muito menos as decisões que não possuam fundamentação como substrato para as chamadas ações que buscam sanar vícios transrescisórios, que são aqueles que superam o aludido prazo para ajuizamento das ações rescisórias.

Assim, o efeito prático mais elementar é o de que, seria possível, no máximo, o ajuizamento de uma ação rescisória, na forma do artigo 966, do Novo Código de Processo Civil, dentro do prazo supramencionado (artigo 975, do mesmo diploma processual), para questionar tais defeitos ocorridos dentro de um processo, desde que a decisão fosse totalmente desprovida

de fundamentação, aqui se inclui a decisão que possua defeitos na elaboração de sua fundamentação.

3 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO E AS DIRETRIZES PARA QUE A FUNDAMENTAÇÃO ENCARE OS ARGUMENTOS DAS PARTES

Conforme o que foi exposto até o momento, já está nítido que é de suma importância o apontamento de diretrizes que possibilitem a tomada de decisões coerentes por parte do Poder Judiciário, notadamente devido à importância singular que este órgão tem chamado para si, respeitando-se o direito que os jurisdicionados possuem de ver seus argumentos sendo debatidos no seio de um verdadeiro devido processo legal constitucionalizado, onde se repudia qualquer espécime de conduta autoritária daquele órgão.

3.1 O diálogo entre os sujeitos processuais e a construção de uma nova visão do processo civil

Até agora, os principais elementos apresentados no presente trabalho foram expostos como integrantes de duas teorias distintas, que devem sempre se contrapor, mas isso foi feito apenas por uma questão didática, para que o leitor possa ter uma noção de quais são os argumentos e, caso se depare com uma situação, seja como mero espectador ou um caso prático como operador do direito, possa conhecer e utilizar aqueles que achar mais adequado, podendo até mesmo se valer em um mesmo caso de argumentos favoráveis e contrários em diferentes pontos da questão.

Dessa forma, apesar de ter sido feita essa separação, colocando de um lado os argumentos favoráveis e de outro os argumentos opostos, têm-se que um operador do direito não pode se apegar a uma das espécies de argumentos e passar a defendê-la como uma consequência lógica a ser adotada em todo e qualquer caso que envolver a o enfrentamento dos argumentos levantados pelas partes para, efetivamente, se alcançar uma decisão legítima, que reflita uma prestação jurisdicional adequada.

Por outro lado, também não se deve fazer o uso de tais argumentos apenas visando defender seus próprios interesses, se filiando àqueles mais favoráveis à sua situação em um determinado caso concreto.

Ao contrário disso, deve-se analisar caso a caso, e mais que isso, devem ser levadas em consideração também as diferentes questões integrantes de um mesmo caso, para se buscar qual a melhor solução a ser adotada, tendo em vista que em algumas situações faz-se necessária o não enfrentamento de todos os argumentos ventilados pelos jurisdicionados pelo judiciário para que possa ser garantido o direito conferido aos indivíduos, e em outras essa postura do judiciário deve ser repensada, além de ser uma patente afronta, pode ser capaz até mesmo de acarretar prejuízos, tanto para a administração judiciária, quanto para os próprios jurisdicionados.

Principalmente, cabe aos magistrados adotar tal postura, tendo em vista a imparcialidade inerente à sua atuação, devendo eles ter em mente a vasta repercussão que suas decisões podem ocasionar nessas situações que envolvem a tutela jurisdicional daqueles que buscam no Poder Judiciário uma resposta que busque, na medida do possível, o oferecimento do que realmente lhes é devido.

Porém, sabe-se que todas as pessoas, independentemente do fato de serem magistrados ou não, são influenciadas e formam sua opinião levando em conta diversos fatores. E, na prática, o que se pode perceber é que, a depender da geração a qual o julgador faz parte, geralmente há uma diversidade na forma de pensamento. Além disso, é fato que os juízes baseiam suas decisões, além de argumentos jurídicos, em princípios, que possuem um grau bem mais elevado de abstração, abrindo margem para um maior campo de discricionariedade nos momentos decisórios.

Logo, a depender do momento que se formaram, tais julgadores podem ter uma influência mais ligada ao positivismo, adotando uma postura muito mais legalista, ou, por outro lado, serem defensores da constitucionalização dos direitos, fenômeno que passou a ocorrer no Brasil, principalmente, com o advento da Constituição de 1988. Desse modo, conforme salienta Daniel Sarmiento (2009, p. 23, *online*):

Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e

para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. (Grifou-se)

Com relação a essa divergência que ocorre entre a forma como realmente deveriam estar postos em prática tais correntes de pensamento e como efetivamente o são, deve-se sempre levar em conta que o Direito é a ciência do dever ser, ou seja, ao serem elaboradas as normas parte-se de um ideal de que elas realmente serão observadas e serão seguidas por todos os indivíduos, sendo sempre imaginado como deveria ser. Porém, na prática, sabe-se que nem sempre essa correlação existe, ocorrendo uma distinção entre o que foi imaginado e o que aconteceu no cotidiano.

E essa ideia de dever ser influência não apenas na efetividade das normas em relação aos indivíduos que se sujeitam a elas, mas também acarreta consequências em todo o pensar jurídico. E essa diferença de posicionamentos é fruto exatamente desse caráter do “dever ser” que ciência do direito apresenta.

Apesar de tudo isso, temos que ter em mente que a tendência cada vez maior é pela aceitação e criação de teses que favoreçam o fortalecimento do neoconstitucionalismo no direito brasileiro, devido ao fato de os magistrados mais recentes terem se formado com base em tal visão, onde deve prevalecer o paradigma elementar da força normativa da Constituição. Também nas palavras de Daniel Sarmiento (2009, p.23, *online*):

Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias. (Grifou-se)

E é realmente devido aos frutos dessa conjuntura contemporânea que, inclusive o Novo Código de Processo Civil, já diversas vezes citado no presente trabalho, assevera ser de crucial importância para a construção de um processo eficiente a cooperação processual entre aqueles que participam do processo, assim o artigo 6º, já igualmente apontado no capítulo anterior, do referido estatuto processual dispõe. Assim sendo, a doutrina, acompanhando o desenvolvimento natural e necessário trazida por aquele novo diploma, que nas palavras elucidativas de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 124):

O dever de cooperação é intersubjetivo, dizendo respeito a deveres entre as partes, destas para com o órgão jurisdicional, e também do órgão jurisdicional para com as partes.

O dever de cooperação, por parte do órgão jurisdicional, se manifesta, em sua forma mais rudimentar, no dever de decidir em observância ao princípio do contraditório,

sem surpresa para as partes. Também se manifesta o dever de cooperação o dever do órgão jurisdicional, p. ex., de viabilizar a emenda da petição inicial, antes de indeferir-la. **Tem o órgão julgante, assim, dever de esclarecer, prevenir, bem como de consultar e auxiliar as partes.** Tal dever, em síntese, “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais a de um mero fiscal de regras”.

As partes, por sua vez, também são responsáveis pelos resultados do processo – ainda que defendam seus interesses pessoais. Deve haver colaboração também entre as partes, e não apenas das partes para com o juiz, ou deste para com aquelas. (Grifou-se)

Logo, faz-se necessário uma atuação conjunta entre esses coadjuvantes processuais, se afastando notadamente da tradicional visão revanchista atrelada ao próprio direito de ação, importando salientar que, não apenas é razoável exigir tal postura do órgão julgante, o que, de fato, se moldura com a postura necessária para um sadio costume processual.

Por todo o exposto, podemos observar que o Poder Judiciário ao tomar as suas decisões deve ter como norte a real função da própria jurisdição, buscando desvencilhar-se sempre dos interesses escusos que invariavelmente rondam a atividade julgante, fruto ainda de uma perspectiva eminentemente individualista já apontado acima, e assim, buscando o ideal de uma atividade estatal desenvolvida pelo processo para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, com a solução definitiva da crise jurídica, fomentando o escopo da pacificação social.

Apesar de parecer ser uma solução um tanto utópica, onde todos desempenham suas funções da forma mais correta possível, não devemos desacreditar que isso seja possível. A final de contas, o direito é a ciência do dever ser. E a realização da justiça da forma como vem sendo feita em alguns casos, na verdadeiramente corresponde na mais pura materialização das injustiças.

3.2 Diretrizes objetivas para que a fundamentação enfrente os argumentos ventilados pelas partes

Este é o último tópico do presente trabalho, interessante se faz que seja feita uma breve retrospectiva de tudo que já foi visto até aqui para que ao final sejam expostas quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para resolver todos esses problemas que foram colocados em questão.

Conforme se pode perceber, com o advento do movimento constitucionalista contemporâneo, denominado de neoconstitucionalismo, as mudanças na forma de visualização e interpretação do ordenamento e das normas jurídicas tornando-se inevitáveis, uma vez que a

Constituição passou a ser vista como uma norma fundamental, ocupando o topo de todo esse ordenamento jurídico, de onde todas as outras leis devem buscar seus fundamentos de validade.

Por conta dessa supremacia constitucional, as matérias que nela são tratadas passaram a ter força normativa, não devendo mais ser vistas como meras intenções, quando podia ser feito um prévio juízo de valor acerca da efetivação ou não dessas normas, mas, muito pelo contrário, passaram a serem normas impositivas, vinculando o Legislativo, Executivo e, por óbvio, o Judiciário à sua efetivação.

Ora, é cediço que dentro os diversos princípios adotados pela Constituição Federal de 1998, está, mesmo que implicitamente em diversas passagens, o da segurança jurídica, baluarte fundamental para a própria ideia de Estado, posto que se trata de uma forma de garantir a perenidade e paz entre as relações jurídicas. Assim, bem dispõe o artigo 5º, inciso XXXVI, da Magna Carta, onde “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

E é devido a essa imprescindibilidade de confiança e previsibilidade do que tende a ocorrer nas relações intersubjetivas que, se faz elementar a construção de parâmetros claros e objetivos para a formatação de uma decisão judicial que espelhe uma resposta estatal à altura dos elementos trazidos pelas partes.

Desse modo, é importante trazer a lume que as decisões judiciais, quando da sua prolação, possuem elementos que são tidos como efetivamente influenciadores da razão jurídica pela qual o órgão julgante se tal ou qual decisão é o que a doutrina e jurisprudência chamam de *ractio decidende*. Não é outro o ensinamento da doutrina, que nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 693-694):

A lei processual usa a expressão “fundamentos determinantes” para se referir à porção da motivação considerada critério para identificação as similitude (ou sua ausência) entre enunciados judiciais, a fim de que o entendimento expressado num deles seja considerados (ou afastado) no outro (cf. arts. 489, §1º, V e 979, §2º do CPC/2015).

Tais fundamentos correspondem àquilo que a doutrina, inspirando-se na prática de países que adotam o modelo do *common law*, chama de *ratio decidendi*.

[...]

Assim, **em determinada decisão judicial haverá *ratio decidendi* útil para utilização em casos futuros não apenas quando um tribunal decide determinada questão de forma pontual ou direta (X deve fazer A).** Por vezes, na mesma decisão, poderá haver uma regra geral que abranja, além de X, os indivíduos Y, Z e outros em mesma situação no futuro. Com isso, **uma vez que podem haver vários *ratio decidendi* em diferentes níveis de generalidade, umas pontuais (ou específicas) e outras gerais, então não há que se falar em uma única *ratio decidendi*. Todas essas regras, portanto, têm força de precedentes. Essas decisões que variam em graus**

de generalidade, porém, precisam ser imprescindíveis ao resultado da decisão.
[...] (Grifou-se)

Desta feita, é fundamental esclarecer a ligação indiscutível entre os incisos IV e V, do §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil, posto que os mesmos são dotados da mesma lógica que, de fato, é característica desse diploma, ou seja, a interligação fomentada, através de uma interpretação sistêmica entre as normas.

E é exatamente com nessa característica de imprescindibilidade que diferencia a *ractio decidendi*, tendo em vista que, em um provimento jurisdicional pode ser encontrado outro elemento característico, que precisa ser cindido daquele, qual seja, o *obter dictum*, que nas palavras da doutrina pátria, possui o sentido daquilo que seria dito passageiramente, muitas vezes utilizado para aformosear a decisão propriamente dita. É com espeque nesse entendimento que segue José Miguel Garcia Medina (2015, p. 694): “Do contrário, **não serão *ractio decidendi*, mas *obiter dicta*, o que nos faz concluir que embora os argumentos *obter dicta* possam ter graus distintos de generalidade, não são eles imprescindíveis ao resultado da decisão.**” (Grifou-se)

Assim, é inevitável chegar à conclusão de que, *obter dictum* seria tudo aquilo que não se caracterizasse efetivamente como *ractio decidendi*, ou seja, seria encontrada por exclusão a essa. Corroborando com esse entendimento, assevera Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 288):

O *obter dictum*, que significa “o que é dito de passagem”, é composto por considerações acessórias, por vezes supérfluas, por vezes relevantes, mas que não representam a razão jurídica pela qual os fatos alegados e provados desencadearam a consequência jurídica acolhida pelo magistrado. (Grifou-se)

Por todo o exposto, fica evidente a distinção entre os dois institutos, bem como a sua importância na participação no momento de construção das respostas judiciais, pois é através dessa divisão que fica claro o que realmente é a questão de fato e direito (artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil), que influenciará, sobremaneira, diante da questão principal correspondente ao pedido, que se encontra diretamente vinculado a parte dispositiva da decisão (artigo 489, inciso III, do Código de Processo Civil).

Uma última decorrência inexorável, mas não a última, do estudo de matéria é justamente o seu reflexo no campo dos precedentes judiciais, que, como já apontado acima, nos países que adotam o conhecido sistema jurídico *common law* passa a ter enorme importância. Confirmando essa linha de raciocínio, segue Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 289):

Quando se busca um precedente para o julgamento de um caso concreto, busca-se uma decisão judicial que tenha decidido um caso análogo, e não um mero pronunciamento de um tribunal sobre interpretação que deve ser dada ao Direito.

[...]

Apenas a *ratio decidendi* pode servir como precedente porque apenas a *ratio decidendi* compõe a efetiva motivação da decisão judicial. Limitar a eficácia dos precedentes à *ratio decidendi* significa limitar a eficácia dos precedentes às razões jurídicas da decisão tomada, produzidas em um ambiente democrático pautado pelo devido processo legal e, mais especificamente, pelo contraditório e pela ampla defesa. Não fosse assim, um tribunal poderia criar um precedente em relação à interpretação de uma lei tributária no julgamento de um conflito entre vizinhos. (Grifou-se)

E assim como naqueles países, no ordenamento jurídico pátrio não poderia ser diferente, mesmo que no Brasil se adote um sistema bastante diversificado, pois os precedentes possuem papel fundamental para a solução de problemáticas atuais, principalmente aquelas relacionadas ao risco da tomada de decisões conflitantes e a intensa multiplicação de demandas semelhantes, o que faz com que contribua, efetivamente, para a construção um quadro de segurança jurídica, que é realmente uma premissa inarredável do sistema processual brasileiro, como acima já salientado.

Por isso, visando um aperfeiçoamento na perspectiva de encaixe com as particularidades desse sistema. Modelando esse instituto e apontando uma série de consequências acerca de sua correta aplicação, acertadamente aponta Fredie Didier Jr. (2012, p. 13-14, *online*):

Essa distinção é muito relevante para o estudo (i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103- A, CF/88), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), (iv) da admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, CPC) e (v) dos recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF).

[...]

A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, **as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes.** Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. [...] **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.** (Grifou-se)

Importante salientar que, apesar de grande parte da doutrina, como bem se extrai do entendimento dos juristas acima citados, entender que os fundamentos que dão sustentáculo a

uma decisão possuir natureza vinculante, o Supremo Tribunal Federal não tem adotado o que se convencionou chamar de teoria da transcendência dos motivos determinantes, onde se entende que a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão também teriam efeito vinculante, e não apenas a parte dispositiva.

Dessa forma é que se posicionou o Pretório Excelso, que em julgado de 2012, veiculado pelo informativo 668, a 1ª Turma dessa corte que consolidou o entendimento de que não se admite a teoria dos motivos determinantes (Rcl 11477 Agr/CE, Min. Marco Aurélio, 29.5.2012). Esse entendimento veio para sedimentar o que a Suprema Corte vinha decidindo, como bem se nota da Rcl 3294 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamationária constitucional.

2. **Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual.** Precedente.

3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2016, *online*, grifou-se).

E é com base nos elementos trazido até aqui, é que se faz necessário estabelecer parâmetros para a construção de uma decisão judicial legítima, abordando todos os argumentos ventilados pelas partes. Pois, percebe-se que para a que se possa chegar a tal decisão, o magistrado não necessita, invariavelmente, levar em consideração todos os elementos trazidos pelas partes, mas sim aqueles que possuem um liame lógico de pertinência com a temática envolvida.

Não é por outro motivo que, mesmo de forma explicitamente intencional o legislador do Novo Código de Processo Civil de 2015, previu no próprio inciso IV, do artigo 489, a expressão “em tese”, quando se refere aos argumentos que devem ser levados em consideração no momento do apontamento do provimento judicial.

Ora, se o próprio responsável pela feitura dessa norma fez uma ressalva tão clara, não se pode tomar outra conclusão que não seja a de permitir que o juiz, através da própria atividade

que lhe é incumbida constitucionalmente, analise quais são os elementos efetivamente determinantes para a solução de cada caso concreto.

Importante salientar que, mesmo com todas essas ferramentas postas à disponibilidade dos magistrados, não se pode cair no erro de acreditar que todas essas decisões, que seguirem essa linha de raciocínio, estarão imunes a uma posterior hipótese de reforma ou até mesmo de anulação e, conseqüentemente a imposição de uma nova decisão completamente distinta da anterior, casos assim são até esperados, dado a própria ideia de falibilidade das decisões judiciais, que antes de qualquer coisa são humanos.

Entretanto, não se pode ter em mente que essa atividade pode ficar à “intuição” puramente discricionária do Poder Judiciário, mas, efetivamente, quando os elementos trazidos pelas partes impliquem, nitidamente na *ratio decidendi* de cada feito, já que, como já apontado diversas vezes no presente trabalho, uma tutela jurisdicional adequada deve passar por uma resposta jurisdicional racional, e não apenas determinar que o Judiciário tenha que combater todos os argumentos apontados pelas partes.

Essa necessidade se impõe principalmente devido inclusive a uma noção simplória de duração razoável do processo, pois entender que seja necessário que o Juiz se debruçasse sobre todos os argumentos, inclusive sobre os mais periféricos de cada demanda, como são aqueles muitas vezes atrelados a uma intenção simplesmente procrastinatória de uma ou mais partes, tendem a simplesmente procurar que o processo se arraste durante muito tempo, comprometendo e muitas vezes até fazendo perecer o direito de muitos, em detrimento de interesses realmente não perquiridos por qualquer concepção ou faceta de um devido processo legal constitucional.

De todo o exposto, bem como ocorreu no caso da solução proposta no capítulo antecedente, é possível e até racionalmente legítimo que se ponha uma pecha de algo inatingível, principalmente devido à própria complexidade das relações jurídicas hodiernas, somado aos inúmeros vícios históricos que circundam as mais simplórias atividades estatais, sobremaneira no caso do Brasil.

Entretanto, essa complicação não pode ser empecilho para que se arrisque com novos parâmetros nitidamente preestabelecidos, que almejam a busca da superação de uma problemática infelizmente presente no dia a dia da praxe forense, desde a mais longínqua

comarca, até o próprio guardião da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal - STF.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, percebe-se que o neoconstitucionalismo foi o sustentáculo teórico para a construção moderna de fundamentação das decisões judiciais, trazendo um novo modelo, e juntamente consigo uma nova perspectiva de enxergar o ordenamento jurídico, superando a tradicional visão estritamente legalista que limitava em demasia o controle da atividade jurisdicional, principalmente por parte dos destinatários do resultado dessa função constitucional.

Por conta disso, era necessária a edição de um Novo Código de Processo Civil que espelhasse esse avanço de maneira mais pormenorizada, uma vez que acomodar uma interpretação constitucionalizada a um texto pretérito a concepção contemporânea de processo era deveras forçada.

Apesar de o próprio texto constitucional e a legislação infraconstitucional determinarem a fundamentação das decisões judiciais, persiste, em alguns pontos, zonas nebulosas, como é o caso da obrigação de o magistrado combater todos os argumentos suscitados pelas partes no decorrer do processo, sendo que, a própria Constituição não faz essa determinação, o que para alguns seria indevida.

Por conta disso, apesar dessa exigência legal, é necessária uma interpretação mais sistêmica da própria carta processual, em sua inteireza, e o texto maior, fazendo interagir com princípios de todos os matizes, sem deixar de lado a imperiosa e já consagrada necessidade de se está sempre atento às peculiaridades de caso, o que torna a construção de decisões mais racionais.

Corroborando com esse entendimento, é elementar a participação e a colaboração dos sujeitos na construção de uma fundamentação constitucionalmente legítima, posto que deva ser aberto um canal para que haja diálogo entre os envolvidos que possam ser capazes de auxiliar o magistrado na construção de um momento tão crucial no decorrer ou ao cabo de um processo,

devendo esses participantes colocar em diálogo questões contrárias, sendo um instrumento muito forte para o alcance de um dos principais escopos da jurisdição, qual seja, a paz social.

Ainda, para que seja traçado elementos claros e precisos para a validade da fundamentação jurídica é necessário que apenas seja exigida do Poder Judiciário o enfrentamento dos argumentos que englobem a *ratio decidendi*, posto que é através dessa característica do que realmente é importante para a conclusão do cada caso.

Entende-se que é perfeitamente possível e legítima essa atuação ativista que vem sendo exercida pelos magistrados em diversos casos, mas é necessária a existência de uma conscientização e cautela por parte dos magistrados, avaliando, cada particularidade, se realmente essa postura está de acordo com os dogmas jurídicos, bem como sua adequação, dando a devida atenção às peculiaridades existentes em cada caso e evitando a criação de julgados padrões para determinadas espécie de caso, fechando os olhos para as particularidades existentes.

Portanto, o melhor caminho a ser seguido pelos juízes ao proferirem tais espécies de decisões, é a abertura no processo um espaço para que haja um diálogo entre o Judiciário e os demais coadjuvantes processuais, inclusive entre eles mesmos, pondo em pauta os argumentos que podem ser objeto da fundamentação, para que as decisões sejam tomadas da forma mais democrática possível e realmente sejam legítimas, diretamente relacionadas com a racionalidade processual, mais especificamente quais os argumentos serão postos na fundamentação da decisão, em busca da solução mais justa para o caso, com uma visão mais geral e abrangente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881; Brasil.; Portugal. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a Ordem de Juízo no Processo Comercial.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.**

Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF,

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 791.292. Brasília, DF, 23 de janeiro de 2010. **Diário Oficial da União.** Brasília, 13 ago. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3.294. Brasília, DF, 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União.** Brasília, 11 nov. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629873>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 21.315. Brasília, DF, 8 de junho de 2016. **Diário Oficial da União.** Brasília, 15 jun. 2016.

Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 149.771. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 dez. 1997. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137352/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-242059-ms-2012-0218061-5-stj/inteiro-teor-24137353?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 nov. 2016.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. **Revista da Ajuris**, Uberlândia, v. 41, n. 134, p.85-108, jun. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 686 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, 799 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SICA, Heitor; NEVES JUNIOR, Ricardo Carneiro. **Enunciados do VII Fórum Permanente de Processualistas Civis**. 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

FREITAS, Theonio. **O novo CPC e a Jurisprudência Defensiva**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Jus Podivm, 2015. 410 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 525 p.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1452 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Brasília: Saraiva, 2014. 1504 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 413 p.

SOIBELMAN, Félix. **Magistrados contra o Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/felix-soibelman-magistrados-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. **As Associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em jogo?**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/as-associacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Possibilidades e riscos. 2009. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SÃO PAULO. Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930. **Código de Processo Civil e Comercial**. São Paulo, SP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>>. Acesso em 23 nov. 2016.

VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. **Juízes pedem vetos a artigos que traz regras para fundamentação de decisões**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

WAKI, Kleber de Souza. **O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo código de processo civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo;.codigo=183>>. Acesso em: 23 nov. 2016.