

O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

JÉSSICA RODRIGUES VALENÇA DE OLIVEIRA¹

RESUMO

O presente trabalho busca propor a reflexão sobre a expressa previsão do princípio da fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, investigar-se-á desde o contexto histórico-social enfrentado em sua gênese até sua consubstanciação, perpassando por momentos marcantes da evolução das concepções de Estado, constituição e processo para melhor compreender sua atual forma, ponderando sua aplicação para que não conflite com outros valores tão sensíveis ao presente ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Princípios. Fundamentação. Código de Processo Civil 2015.

THE PRINCIPLE OF REASONS UNDER THE PROCESS OF CIVIL CODE 2015

ABSTRACT

This study aims to propose a reflection on the introduction of the principle of the reasoning of judicial decisions in the 2015 Code of Civil Process. To do so, it will be investigated from the historical and social context faced in its genesis to their substantiation, by traversing memorable moments of the evolution of State conceptions, constitution and process to better understand its current form, considering your application so that does not conflict with other values so sensitive to our law.

Keywords: Principles. Rationale. Code of Civil Process 2015.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: jessica_valenca@msn.com

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) foi criado em um momento de exceção. O Brasil vivia um período ditatorial, marcado por desrespeito aos direitos e garantias dos cidadãos. As conquistas seculares no campo da teoria dos direitos fundamentais foram relativizadas e muitas vezes esquecidas. Contudo, a ciência do direito processual civil, como os demais ramos do saber, não nasceu com os contornos atuais. O processo não foi e nem será imutável.

Nesse sentido, o dinamismo das relações sociais foi responsável por produzir inúmeras alterações na redação do CPC/73, com o intuito de que as novas situações sócio jurídicas fossem a ele adequadas.

As mudanças registradas inspiravam-se em valores positivados, especialmente, na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a exemplo, destacam-se tanto direitos como garantias fundamentais, como o princípio da democracia, dignidade da pessoa humana, do contraditório, da segurança jurídica, devido processo legal, duração razoável do processo – ressaltando a importância da celeridade, acesso à justiça, entre outros.

Em mais de 03 (três) décadas, com a efusão de tantas ideias, desejos, anseios e novas formas de pensar juridicamente, era inevitável que se começasse a indagar a harmonia e efetividade do diploma processualista, haja vista que com tantas alterações substanciais, como as reformas no processo de execução, na antecipação de tutela e no regime do agravo, por exemplo, afetava-se a funcionalidade e identidade da estrutura processualista insculpida no Código em escopo.

Com o propósito de atender a essas críticas, o debate foi iniciado no Congresso Nacional, culminando na edição do Projeto de Lei n. 166/2010, convertido na Lei 13.105 de 2015. Um dos principais pontos de controvérsia foi a extensão do princípio da fundamentação ou motivação das decisões judiciais.

Buscando compreender a atual roupagem deste no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), perquiriremos desde o contexto histórico-social sob o qual o mesmo surgiu até a materialização do referido no conjunto normativo em apreço.

Assim, da ausência completa do dever de justificar uma decisão estatal, característica comum de centenas de sociedades antigas, até o nascimento de valores constitucionais como o princípio do contraditório e da ampla defesa, serão examinados também os fatos e razões que

levaram a Comissão de elaboração do CPC 2015 a insculpi-lo nos artigos 11, 489, 984, 1.029, 1.038 e 1.043 da Lei 13.105 de 2015 da forma como fora aprovada e o debate sobre a sua constitucionalidade.

Reconhecidas as linhas gerais e o objeto de estudo do presente trabalho, ressaltar-se-ão os limites do instrumento em exame para que sua aplicação não conflite com outros valores tão caros ao ordenamento jurídico atual, visando a melhor compreensão sobre assunto tão relevante não somente para a prática de qualquer operador do Direito, mas que tanto afeta aos jurisdicionados e sociedade no geral, posto que o dever de fundamentar uma decisão judicial interessa à prática jurídica tanto quanto aos cientistas do processo ou da Constituição.

É certo, entretanto, que muita polêmica paira sobre a matéria. Indagações não faltam, como, por exemplo, qual o contexto que ensejou o debate sobre a necessidade de uma nova edição de um diploma processualista? O anterior apresentava tantas falhas assim ao ponto de ser substituído? E ainda, será que o novo código atende às expectativas? Nessa perspectiva, o princípio da fundamentação é de fato uma novidade do CPC 2015? Por outro lado, sua introdução é constitucional?

Desta forma, somente com uma base sólida, é que essas questões poderão ser sanadas, em especial, naquilo que atine ao princípio da fundamentação, pois poderá ser devidamente ponderado com estes e outros pilares jurídicos para se encontrar a solução mais justa para os interesses do cidadão e do Estado, sem desrespeitar, contudo, seus limites constitucionais e legais.

2. DO CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL

O estudo de qualquer valor e princípio jurídico não pode ser efetivado sem a análise do contexto em que foi criado e sua finalidade.

As normas jurídicas são produtos do pensar e maturidade diários, frutos de um processo lento, gradual. Assim, para cada direito materializado, inúmeros fatos sociais ocorreram para que o mesmo fosse conquistado e assegurado perante determinada sociedade em um dado momento histórico.

Nesse sentido, qualquer análise para ser fiel perpassa pela evolução do conceito de Estado e momento constitucional. Entender o arcabouço normativo preponderante naquele espaço e tempo é vital para a compreensão holística do presente e futuro jurídico.

O momento chamado na história como Constitucionalismo, apesar de ser um termo recente, está ligado a uma ideia bastante antiga: a existência de uma Constituição nos Estados, independentemente do momento histórico ou do regime político adotado, conforme lições extraídas dos Professores Gilmar Mendes² e Bernardo Gonçalves.³ Ainda que a Constituição em sentido moderno tenha surgido apenas a partir das Guerras Religiosas dos séculos XVI e XVII, pode-se dizer que todos os Estados – mesmo os absolutistas ou totalitários – sempre possuíram uma norma básica, expressa ou tácita, responsável por legitimar o poder soberano. Nesse sentido mais amplo, o constitucionalismo se confunde com a própria história da Constituição.⁴

Por outro lado, em sentido estrito, o constitucionalismo representa corrente doutrinária que busca limitar o poder político, sendo a Constituição ou a norma basilar daquele *corpus societatate* o símbolo que representa a sua materialização.

A inegável interdependência entre as declarações de direitos humanos e o intitulado Estado de Direito cristaliza as características de cada etapa do constitucionalismo, tornando-as indissociáveis do respectivo modelo de Estado. Assim, modelo de Estado e momento constitucional começam a caminhar juntos.

Nesse sentido, como ocorre com o Estado de Direito (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito), a distinção entre as diversas fases do Constitucionalismo (antigo, clássico, moderno e contemporâneo) tem o valor didático de identificar e agrupar as características marcantes das experiências constitucionais européias que serviram como referencial para o direito constitucional de vários países.

A primeira experiência de organização Estatal associada ao constitucionalismo antigo é a do Estado Hebreu⁵, caracterizado por forte presença religiosa como instrumento de organização social e limitação do poder político. Nesse Estado teocrático, predominavam-se algumas características, tais como: a) existência de leis não escritas ao lado dos costumes (principal fonte do direito); b) forte influência da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deuses na terra; c) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade (ordálias) e manter a coesão do grupo; e d) tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes (verdadeiros precedentes judiciais).⁶

²MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

⁴MENDES, op.cit.

⁵SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

⁶BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

Além do Estado Hebreu, também são Estados marcantes relacionados ao constitucionalismo antigo: as experiências na Grécia, Roma e Inglaterra.

Em seguida, exsurge o Constitucionalismo Moderno, usualmente utilizado para designar a fase compreendida entre as revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX.⁷

Neste período, destacam-se o Constitucionalismo Norte-Americano e Francês. Quanto à experiência norte-americana, costuma-se frisar: I) a criação da primeira Constituição escrita e dotada de rigidez; II) a ideia de supremacia da Constituição; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803); IV) a forma federativa de Estado; V) o sistema presidencialista; VI) a forma republicana de governo; VII) o regime político democrático; VIII) a rígida separação e o equilíbrio entre os poderes estatais; IX) o fortalecimento do Poder Judiciário; e X) a declaração de direitos da pessoa humana. Já quanto ao período francês, merecem realce, sinteticamente, a consagração do princípio da separação dos Poderes e a distinção entre Poder Constituinte Originário e Derivado.⁸

Importa ressaltar que o embrião do princípio da fundamentação foi originado nesta época, ao passo que foram criados inúmeros direitos de primeira dimensão⁹, consubstanciados no valor liberdade, opostos em face do Estado, como dever de status negativo¹⁰, ou seja, uma obrigação de não agir, de resistir, de não ferir os direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, à liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa – alicerces constitucionais do dever de fundamentação – entre outros¹¹.

As transformações operadas no início do século XX e a vigência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), contribuíram para questionar o modelo de Estado liberal, fundado no liberalismo econômico e político, ganhando força a concepção de Estado Social ou Constitucionalismo Social, baseado no valor igualdade, ícone da segunda dimensão de direitos fundamentais. São exemplos: direitos sociais, direitos econômicos e culturais, de status positivo, segundo a classificação de Jellinek¹² ou seja, comodidades que devem ser prestadas pelo Estado para que sejam efetivas. São marcos históricos: a Constituição Mexicana de 1917

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional e teoria da constituição*. pág.52

⁸ BULOS, op.cit.

⁹ MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. pág. 233. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰ JELLINEK, Georg apud BULOS, op.cit.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. pág.563-564. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹² JELLINEK, Georg apud Bulos, op.cit

e a Constituição de Weimar de 1919. Em síntese, foram as primeiras constituições a prever direitos econômicos e sociais, como ao trabalho, educação e seguridade social.

Ademais, são apontadas como características desse modelo: a) intervenção no âmbito econômico, laboral e social, com o abandono da postura abstencionista; b) garantia de um mínimo bem-estar para os cidadãos; c) estabelecimento de um grande convênio global de implícito de estabilidade econômica. Em resumo, trata-se de um Estado voltado à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos cidadãos.¹³

Com as barbáries cometidas nas Guerras Mundiais, significativas mudanças nos traços do constitucionalismo e, por consequência, dos Estados começaram a ser registradas. Desponta o chamado Estado Contemporâneo. Enquanto algumas constituíram verdadeiras inovações, outras não passaram de uma releitura de experiências anteriores. Parte da doutrina¹⁴ identifica esta fase do constitucionalismo com uma das acepções do termo *neoconstitucionalismo*.¹⁵

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e atrocidades praticadas durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se, por um lado, essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou por alçar a dignidade da pessoa humana à categoria de núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

Consagrada expressamente em importantes declarações internacionais de direitos humanos e em praticamente todos os textos constitucionais surgidos no segundo pós-guerra, a noção de dignidade une juristas, cientistas e pensadores a ponto de se afirmar que ela estabelece uma espécie de “consenso teórico universal”. Ainda que a dignidade não dependa do

¹³ Nesse sentido, cf. BULOS, op.cit.

¹⁴ Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar; FERNANDES, Bernardo. SARMENTO, Daniel.

¹⁵ A expressão denominada “neoconstitucionalismo” foi idealizada da junção do prefixo “neo”, referente a novo, de cunho contemporâneo, distinto da tradição alemã e americana, produto da derivação da doutrina constitucional espanhola e italiana, consoante dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes. Contudo, cabe ressaltar que existe grave polêmica acerca de seu conteúdo e da sua unicidade. Sendo assim, continua o autor, afirmando que não existe apenas um “neoconstitucionalismo”, mas, sim, existiriam diversas teorias “neoconstitucionalistas”, conforme apregoa Miguel Carbonell, visto que, mesmo entre aqueles que se apresentam como “neoconstitucionalistas”, há profunda divergência de posições jusfilosóficas. Nesse diapasão, na presente obra, utilizaremos o termo “neoconstitucionalismo” no sentido descrito por Luís Roberto Barroso, posto que identifica algumas características principais relacionadas ao momento constitucional brasileiro, dentre as quais, destacam-se: como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito; como marco filosófico: o pós-positivismo; e, como marco teórico: o conjunto de mudanças que incluem a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Isto posto, nesse trabalho, filiamo-nos a posição que ainda defende a inexistência de um só “neoconstitucionalismo” no mundo, contudo, adotaremos a visão de Barroso, posto que é aquele que melhor traduz essa corrente para justificar o atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico, a consagração copiosa no plano internacional e nas diversas Constituições é relevante na medida em que contribui para a noção assumir definitivamente um inquestionável caráter jurídico, convertendo, de valor originariamente moral, em um valor (também) tipicamente jurídico, revestido de normatividade. Em outras palavras, é possível afirmar que a consagração no plano normativo constitucional impõe o reconhecimento de que a dignidade deixou de ser um simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma noção jurídica autônoma cumpridora de um papel fundamental dentro do ordenamento jurídico. Com a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana e erigir a sociedade a patamares mais elevados de civilidade e respeito recíproco, os textos constitucionais das últimas décadas consagraram novos grupos de direitos fundamentais, ainda que muitos, a rigor, sejam apenas manifestações dos direitos de liberdade e igualdade com novos contornos para que possam fazer frente às novas ameaças. Surgem, assim, direitos ligados à fraternidade (terceira dimensão), à democracia, à informação e ao pluralismo (quarta dimensão). Paulo Bonavides defende o surgimento de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, exemplificando com o direito à paz.¹⁶

Concomitante ao Constitucionalismo Contemporâneo, surge a figura do Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito, caracterizado, principalmente, pela força normativa da Constituição e pelo fortalecimento do princípio democrático. Com o seu fortalecimento, instrumentos veiculadores de garantias de democracia direta e indireta como plebiscito, referendo e iniciativa popular são consagrados (art. 14, CF/88). Ademais, registra-se a busca pela efetividade dos direitos insculpidos, especialmente, na Constituição da República. A teoria dos direitos fundamentais passa a ser referência. O legislador passa a ser visto como objeto de deveres e não somente de limites.

É nesse contexto histórico que o princípio da fundamentação ganha força, como instrumento de garantia processual que objetiva conceder além da segurança jurídica, transparência e publicidade, visando ser, ainda, veículo que assegura os postulados constitucionais do contraditório, ampla defesa, democracia, devido processo legal, entre outros, posto que a fundamentação das decisões judiciais se configura como forte instrumento de combate a arbitrariedades e abusos no exercício da atividade jurisdicional.

Assim, como expressão constitucional também do princípio democrático, viga do Estado democrático de direito, o princípio da fundamentação apresenta-se como fundamento

¹⁶Curso de direito constitucional. Pág.580-593, 2008.

de um novo modelo decisório, amparado em conceitos modernos já citados como o da transparência e publicidade, ciente do papel de que o magistrado não é mais o protagonista intocável da condução do processo e promotor do acesso à justiça, como bem explicita Lênio Streck¹⁷, mas, sim, personagem processual tão relevante quanto os demais, sinalizando uma nova postura na sua atuação, pautada no dever de explicitação, motivação e fundamentação. Não há prejuízo. Tampouco retrocesso.

Com a apresentação do contexto histórico e social que norteou a evolução constitucional e estatal a inspirar a introdução do princípio da fundamentação no discutir jurídico, este poderá ser trazido sob um ponto de vista específico.

3. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA CIÊNCIA DO PROCESSO

A ciência do direito processual civil foi idealizada para legitimar e garantir ideais de justiça na solução e pacificação de conflitos. Contudo, a forma de proporcionar esses fins foi deveras modificada ao passo da história. Não existia planejamento ou uniformidade.¹⁸

Dentro desse cenário inicial, a doutrina processualista aponta alguns momentos de relevo, reunindo características que preponderaram em determinados períodos e que podem ser destacadas para ajudar o estudioso a entender a sua evolução. Em linhas superficiais, contribuíram decisivamente para a formação do novo código processual, pois antecederam e justificaram tudo aquilo que se conhecia acerca da ciência do processo, para findar no atual momento processual, também intitulado de neoprocessualismo. São as chamadas fases metodológicas do processo civil.

A primeira delas é a fase do praxismo ou sincretismo. Didier¹⁹ a classifica como sendo o embrião de tudo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material. O primeiro era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas ou com fundamentos acadêmicos. O direito processual não era um ramo autônomo do direito e, tampouco, havia estudos para uma pretensa autonomia científica. Sua derrocada iniciou com os

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. V.1. 15 ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

estudos dos alemães da natureza jurídica da ação e do processo, no século XIX, pois notou-se que os conhecimentos eram eminentemente empíricos, sem nenhuma consciência de princípios ou suporte teórico.

A segunda fase foi chamada de processualismo ou autonomismo. A maior preocupação do período concentrou-se na afirmação científica do processo. Durante praticamente um século foram debatidas as grandes teorias processuais, em especial sobre a natureza jurídica da ação e do processo. A discussão sobre as condições da ação e os pressupostos processuais ganhou relevo. Em contrapartida, foi marcado pelo culto exagerado às formas processuais, com o intuito de enfatizar a autonomia científica. Em suma, demarcaram-se as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais.

A terceira fase foi denominada de instrumentalismo, na qual, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, é estabelecido entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Nessa etapa, busca-se aperfeiçoar e suavizar a ênfase que foi dada à precedente ao tecnicismo e formalismo. Surge ao negar o caráter puramente técnico do processo, demonstrando que este não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir uma finalidade, dentro de uma ideologia de acesso à justiça e paz social. É uma fase crítica, pois o processualista moderno sabe que a sua ciência atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, contudo, o sistema ainda é falho na sua missão de produzir justiça.

Apesar de mantidas as conquistas das etapas precedentes, a ciência processual teve de avançar, e avançou. Fala-se, então, de um neoprocessualismo, que seria o estudo e aplicação do direito processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Tem como principal objetivo construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. É o processo de mero instrumento do direito material que realiza a justiça material de modo a atender brevemente os interesses do jurisdicionado. Contudo, para atingir tal finalidade, se fez necessário a modificação e a criação de alguns institutos processuais, de forma que o novo método processual, além de indagar por tutela efetiva, também busque pela celeridade e pela adequação. Com isso, foi utilizado a aplicação dos princípios constitucionais para conferir efetividade e não menos importante, buscando-se a evolução do processo, dar-se fim ao formalismo excessivo, pois este cria barreiras as normas que se encontram em harmonia com os valores constitucionais.

A ciência processual não vivenciou esse momento de novidade sozinha. Em termos constitucionais, fortalecia-se o primado do neoconstitucionalismo. Como buscava concretizar os direitos fundamentais, tornando os valores incrustados na Constituição como realidade, serviu de alicerce para impulsionar ainda mais a revolução processual. O avanço no objeto de estudos dos neoconstitucionalistas corroborava para fortalecer ainda mais o neoprocessualismo, uma vez que, com a limitação do poder político e a efetiva implantação do Estado democrático de direito o processo como um todo era favorecido.²⁰

Tão importante quanto as teorias mencionadas, ascendia o intitulado pós-positivismo²¹ com o fracasso das já superadas correntes filosóficas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. O primeiro também é chamado de direito natural e ocupou espaço de destaque desde a antiguidade até o século XIX, marco de surgimento do positivismo jurídico.

No jusnaturalismo, defendia-se o reconhecimento de um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorriam de uma norma jurídica emanada do Estado. O direito natural seria respaldado por decorrer da vontade de Deus e na ordem natural das coisas. Por outro lado, o positivismo jurídico ganhou força após as revoluções burguesas do século XIX, alicerçado na concepção de que a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, e em assim sendo, o direito restringia-se ao conjunto de normas em vigor, fruto da produção estatal, responsável por tornar imutável os valores mais importantes daquela sociedade. Por fim, pretendia ainda promover o reencontro da ética com o Direito, afirmando a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios.²²

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente forma sucumbe. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram espaço para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Aproveitando-se dessa fragilidade exsurge o pós-positivismo, como expressão da designação provisória e genérica de um ideário difuso, pautado, especialmente, na relação entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos direitos fundamentais. O Direito, a partir de então, não poderia retornar ao jusnaturalismo, com seus

²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

²¹ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do direito. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 245-264, abr./jun. 2010. Disponível <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198684/000888831.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015

²² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59

fundamentos vagos, imprecisos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. De igual, o positivismo também não era suficiente. O império da legalidade com seu Estado de Direito estava em crise, junto com o formalismo exacerbado, intrínsecos ao positivismo jurídico. Enquanto o neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito; entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

É essa a evolução da ciência do processo que irá proporcionar a edição de um novo Código de Processo Civil, produto de anos de debate e amadurecimento acerca dos rumos dessa nova roupagem à dogmática processualista, dotado de grande influência filosófica do pós-positivismo e profundamente norteado pelo neoconstitucionalismo, como todo e qualquer ramo do direito.

3.2 DOS MOTIVOS DO CPC 2015

Geralmente, as normas são organizadas em códigos para tornar a sua aplicação mais harmoniosa e sistemática, preservando com maior fidelidade a essência dos valores que preponderaram na sua criação, ou seja, a intenção do legislador.

Estabelecendo-se um paralelo com a ciência processual é notório que todo o sistema civil tem por finalidade proporcionar à sociedade o reconhecimento, a realização e a tutela de direitos ameaçados ou violados de cada um dos jurisdicionados.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico ressenete de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em utopia, sem a garantia de sua correlata consubstanciação.²³

O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente enquanto pode. Contudo, após profundas alterações, em que pese terem sido recebidas com fervor pela comunidade jurídica, enfraqueciam a unicidade e sistematicidade processual, gerando, por vezes, conflitos entre as normas.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visaram atribuir-lhe alto grau de eficiência.

²³ Nesse sentido, cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

Logo, o novo Código de Processo Civil, na teoria, tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.²⁴

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Em linhas gerais, as falhas do atual código processualistas nortearam a Comissão elaboradora a superá-las, podendo ser destacados enquanto objetivos no novo diploma: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal, em uma clara demonstração da presença do neoconstituiconalismo no âmbito processual; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, tornando o processo mais efetivo; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, com o intuito de afastar o tecnicismo e o formalismo exacerbado – demonstrando mais uma vez a atual fase metodológica (neoprocessualismo); 4) estímulo à observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, uma vez que decisões diametralmente opostas praticadas em situações similares por magistrados gera insegurança jurídica, apesar de que, talvez, esse tipo de postura seja um problema muito mais cultural do que legislativo, o novo CPC dispõe que os Tribunais devem uniformizar e respeitar sua jurisprudência, ademais, o mecanismo de julgamento de demandas repetidas é ampliado, conferindo tal poder aos Tribunais de segunda instância também; 5) maior autonomia para o magistrado no que diz respeito ao julgamento parcial de mérito e possibilidade de redistribuição pelo juiz dos ônus da prova, conforme peculiaridades do caso, fato que poderá contribuir para aumentar a celeridade processual; 6) introdução das questões prejudiciais nos limites da coisa julgada, prestigiando, mais uma vez a coerência, celeridade e economia processual; 7) dever dos juízes e tribunais de observar a ordem *cronológica* de conclusão para julgamento das causas, regra que irá contribuir para diminuir o subjetivismo e arbitrariedades durante o ato de julgamento; 8) contagem dos prazos em dias úteis e não mais corridos, desejo histórico da maior parte dos advogados; e, 9) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão e unicidade.²⁵

Afastando qualquer tipo de análise com a pretensão de esgotar o assunto, são essas as principais razões que contribuíram para a criação de um novo diploma processualista.

²⁴ Nesse sentido, cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

²⁵ Idem

4. O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Plínio Melgaré²⁶, fundando-se na doutrina de Ronald Dworkin, importante autor contemporâneo no que pertine aos debates relativos aos princípios jurídicos, distingue estes das regras jurídicas em alguns campos ou searas. Inicia destacando que a regra é um critério normativo abstrato, cuja estrutura lógica de aplicação insere-se no campo do binômio tudo/nada, ou seja, estipulados os fatos dados pela regra, ou ela será válida ou inválida, situação na qual sua resposta em nada será considerada. Os princípios, por sua vez, não transitam no disjuntivo campo do tudo ou nada. Não é necessário, em situações de conflito, que o princípio destoante seja considerado inválido. A sua não incidência no caso em apreço não o desqualifica para nortear outros comportamentos.

Outras distinções também merecem apontamentos, tais como: a) ao passo que as regras são ou não aplicadas em sua totalidade, os princípios são dúcteis, isto é, apresentam-se com um grau de plasticidade, sendo mais ou menos concretizados em decorrência de sua substantiva dimensão valorativa, assim, as regras aspiram a dar de um modo objetivo a resposta para os casos previstos, enquanto os princípios indicam materialmente o caminho a ser seguido; b) quanto ao critério da generalidade e abstração, os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto, geral, enquanto as regras seriam específicas, pontuais; c) quanto ao grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma, os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração, por outra banda, as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.²⁷

De modo diametralmente oposto, faz-se oportuno também analisar as similitudes entre os princípios e as regras, posto que ambos são vistos como espécies de normas, uma vez que prescrevem dever ser, valendo-se assim de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina -se algo), a permissão (faculta -se algo) e a proibição (veda -se algo).

É certo que a doutrina há muito encarrega-se de distinguir e de aproximar os referidos institutos a depender da conveniência didática ou da corrente filosófica, contudo, é pacífico que

²⁶ MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 97-112, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/981/R163-07.pdf?sequence=4>. Acesso novembro/2014.

²⁷ MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. Pág. 84-86. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy merecem especial atenção quando do estudo do tema.

Nesse sentido, como já enfrentado, apesar de apresentarem posições específicas em alguns conceitos, é cediço que a pesquisa dos dois, só corrobora para o entendimento de que as constituições, hoje, são compostas de regras e de princípios. Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações.

Feita essa pequena distinção, necessária para a melhor compreensão do princípio da fundamentação das decisões judiciais, passa-se ao enfrentamento do aludido em linhas particulares.

4.2 DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Código de Processo Civil de 1973, embora alterado por mais de 40 anos, não conseguiu de forma eficiente e harmoniosa insculpir na praxe processual o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Antes de aprofundar-se sobre os contornos do princípio em epígrafe, prudente afigura-se entender a distinção entre o dever de fundamentar e o de motivar.

Carlos Aurélio Mota de Souza²⁸ defende que existem distinções entre os institutos. A motivação seria a discussão e análise dos motivos, causas, as razões, as circunstâncias dos fatos, que ensejam o Estado-juiz a posicionar-se.

Nesse contexto, a motivação abrange a livre convicção fundamentada (ou persuasão racional), pela qual o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Aqui, indicar os motivos revela claramente que é nesta fase que o juiz forma seu convencimento (determina qual é a decisão), que deve declarar no dispositivo da sentença ou demais decisões. Em suma, motivar seria explicitar ou justificar os motivos ou as razões determinantes de ações.

²⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em novembro/2015.

Por outro lado, o processo de fundamentação significa o ato de escolha do argumento em que se alicerça uma tese. Na teoria da decisão judicial, é o seu juízo fundante, o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões. Nelson Nery Júnior²⁹ traz interessante visão ao pontuar que fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal. Desse modo, o juiz analisa as questões, motivos postos a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.

Motivação é perquirir, indagar as situações descritas, as origens, causas. Fundamentar é escolher, dentre elas, aquelas que são aptas a subsidiar, fundar, embasar, respaldar a solução adotada para a controvérsia.

Preenchidos os esboços iniciais, reforça-se que a maior vitória dos defensores do dever de fundamentação das decisões exsurgiu da expressão constitucional positivada no artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988, responsável por determinar que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.³⁰

É inegável que o dever de motivação ganhou muita força, ocupando espaço de relevo nas discussões que tinham por escopo a busca de um processo mais justo, célere e transparente.

Nas precisas lições de Humberto Theodoro Júnior³¹, o dever do juiz de fundamentar todas as suas decisões (e não apenas as sentenças) é um consectário do devido processo legal e, especialmente, da garantia do contraditório, entendida como direito de influir efetivamente no desenvolvimento do processo e na formação do provimento judicial.

Além disso, assegura o princípio da segurança jurídica, uma vez que possibilita não somente à parte sucumbente, mas como ao próprio Tribunal e sociedade compreender a exata dimensão da justiça da solução apontada no caso concreto, através da decisão judicial.

Nesse sentido, para cumprir esse mandamento constitucional, cabe ao juiz levar em conta os argumentos de defesa das partes, dando resposta adequada àqueles que acaso sejam desacolhidos, na fundamentação do ato decisório.

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.1, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242896>. Acesso em novembro/2015

Essa postura, de certo modo, confronta-se com o chamado princípio do livre convencimento do magistrado, cristalizado pela norma extraída do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, ao passo que este determina que o juiz apreciará livremente a prova, atentando aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Na prática, muito em razão do pensamento arraigado na cultura jurídica de que o magistrado detém o papel de protagonista judicial, tanto os juízes de primeiro grau como os membros do Tribunais enxergavam esse comando com desconfiança, convictos de que o exercício do ato de decidir por si só já os legitimava a dizer quando, como e quais eram as situações que demandavam maior cuidado na fundamentação ou sequer enfrentamento meritório. Tratava-se de uma discricionariedade judicial de impossível controle pela via recursal.

Assim, ao invés de ser visto como corolário de um processo isonômico, os Tribunais em sua grande maioria utilizavam-se da interpretação aparentemente mais conveniente para seus membros quanto ao artigo 93, IX, da CF, qual seja, a de que o dever de enfrentar todas as teses apresentadas pelas partes dizia respeito a juízo discricionário decidido exclusivamente segundo critérios subjetivos de cada magistrado.

Exemplo cristalino do mencionado encontra-se no estudo da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que há muito compreendia que era dever do magistrado fundamentar suas decisões, conforme os casos do AI 791.292-QO-RG³², Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. No mesmo sentido, ³³HC 102.580, ³⁴AI 737.693-AgR, AI 697.623-AgR-ED-AgR,

Em julgamentos mais antigos, o entendimento também era observado no Supremo Tribunal Federal, consoante aresto extraído em que já se apresentava a denominada motivação

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. **O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.**

³³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102.580. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010 **O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.**

³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.

per relationem (STF), qual seja, ³⁵MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário. No mesmo sentido ³⁶AI 814.640-AgR, HC 92.020, HC 100.221.

Com isso, nota-se, em verdade, uma inversão da vontade do legislador. A norma foi criada para veicular novas garantias, novos direitos, enquanto a sua materialização na prática foi distinta, instrumentalizando obscuridades e omissões não condizentes com o Estado democrático de Direito.

É nessa atmosfera de discussões que o Projeto de Novo Código de Processo Civil ratifica o artigo 11, por exemplo, seco em dispor que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Uma leitura superficial poderia conduzir o intérprete à mais uma reprodução legal desnecessária de um comando constitucional já consagrado. Contudo, conforme a teoria de que o legislador não adota palavras ou expressões inócuas, a atenção deve ser redobrada.

A constante inobservância do dever imposto pelo artigo 93, IX, da CF, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial.

Desta feita, acertada a preocupação de positivá-lo expressamente no novo diploma processual, visto que ainda sofremos forte influência dos ideais do positivismo jurídico, mesmo que agora sob nova roupagem.

Os operadores do direito no Brasil, mesmo os mais novos, muitas vezes, ainda enxergam a norma produzida pela atividade legislativa com maior força hierárquica do que postulados teóricos implícitos ou até mesmo expressos, mas por diferentes instrumentos.

Nessa toada, alguns autores defendem³⁷ até mesmo o fim do livre convencimento do magistrado, vez que inúmeras expressões que faziam alusão ao livre convencimento ou livre apreciação foram expungidas da redação final.

³⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. **Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação per relationem**, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário.

³⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AI 814.640-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; HC 92.020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 8-11-2010; HC 100.221, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-5-2010, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010; HC 101.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 4-6-2010; HC 96.517, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; RE 360.037-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007; HC 75.385, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 7-10-1997, Segunda Turma, DJ de 28- 11-1997.

³⁷STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworckiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

Diante dessa nova apresentação, talvez, o respeito ao cidadão enquanto destinatário do princípio da fundamentação das decisões judiciais pode ser que seja visto de forma diferente, vez que foi uma das gratas novidades da redação da Lei 13.105 de 2015.

5. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489 DO CPC DE 2015

5.1 ANÁLISE POSITIVA

Para alguns, uma das melhores novidades trazidas pelo recém aprovado diploma processualista, para outros, um apanhado de inconstitucionalidades. O artigo 489³⁸ da aludida Lei reflete com maestria a polêmica sobre a obrigatoriedade do dever de motivação das decisões ou do respeito ao princípio da fundamentação das decisões.

A Constituição Federal tem como dois dos seus fundamentos, a cidadania e a dignidade humana, e em seu bojo, contempla dispositivos expressos para assegurar aos brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil, os meios para que tais fundamentos sejam alcançados. Os Princípios Constitucionais vinculados ao Direito Processual Civil não deixam lacunas quanto a isso. Devem ser garantidas o direito ao devido processo legal, ao contraditório, ampla defesa, isonomia, inafastabilidade da jurisdição e outros.

Como preleciona Nelson Nery Júnior³⁹, embora a Constituição Federal tenha por regra ser descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres, há de se observar que a ausência de motivação é tida por vício de tão significativa gravidade que levou o legislador

³⁸Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

constituinte a abandonar a técnica de elaboração do texto constitucional, fazendo constar em seu próprio bojo a respectiva pena, em caso de inobservância da regra, de nulidade do ato.

Decisões desprovidas de fundamento, ou, ainda, cuja motivação não permite à sociedade em geral compreender a *ratio decidendi*, a razão de decidir, não são raras, quando também se mostram contrárias aos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito.

As decisões de apreciação do recurso de *embargos* de declaração são rotineiramente restringidas a “*não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade na sentença recorrida*” e “o inconformismo da parte deve ser enfrentado pela via processual adequada” quando seria bem necessária apenas uma observação atenta do problema para permitir a apuração da solução ou do vício.

Em discussão recente em março de 2015⁴⁰ sobre os possíveis vetos da Presidente Dilma referente ao Novo Código de Processo Civil, levantou-se o tema sobre a especificidade da fundamentação das decisões no art. 489 por vários juristas e advogados, entre alguns dos defensores estavam Alexandre Câmara, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Lênio Streck, advogado e professor, e Lúcio Delfino, doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

Alexandre Câmara apontou que a fundamentação completa irá evitar recursos e, com isso, a anulação de decisões não fundamentadas. Lênio Streck afirmou que o dever do juiz de enfrentar todos os argumentos das partes é coisa antiga, já utilizada em outros países como a Alemanha. “Não é verdade que o NCPC torna o sistema mais lento. Ele tornará o sistema mais sério e responsável. Na Europa, que é primeiro mundo, a fundamentação detalhada é um direito humano-fundamental”.

Lúcio Delfino esclareceu o motivo. “Pode doer a alguns mais sensíveis, mas o dispositivo legal é uma resposta amarga para abusos judiciais (ausência de fundamentação significa isso mesmo: abuso) verificado dia a dia na praxe judiciária”, complementou.

O artigo 93, IX da Constituição Federal é a garantia constitucional de que as decisões devem ser devidamente fundamentadas, preservando a segurança jurídica e o respeito à legislação infraconstitucional. Somada ao art. 489, é a prova de que o Poder Judiciário está caminhando para efetivar os Princípios Constitucionais e os Direitos.

⁴⁰ <http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc> - **Advogados e juízes disputam vetos de Dilma em novo CPC. Março.2015**

Escusar-se de observar preceito de tamanha relevância (motivar com profundidade as decisões) significa, em outras palavras, não cumprir com maestria e correção o importante dever atribuído ao judiciário.

5.2 ANÁLISE NEGATIVA

Para os críticos da sanção desse dispositivo legal, especialmente, para a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho⁴¹ — Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB e a Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe, que manifestaram-se publicamente de forma contrária ao dever de motivação, os principais argumentos para a alegação de inconstitucionalidade residem nos argumentos a seguir: 1) suposta ofensa à independência funcional dos magistrados; 2) pretensão prejuízo à duração razoável do processo; 3) restringiria o mandamento constitucional elencado no artigo 93, IX, da CF; 4) tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só a Constituição, segundo afirmam, poderia realizar; 5) aumento da burocracia processual.

Passa-se, agora, ao enfrentamento de cada um dos argumentos. Em primeiro lugar, alegam os críticos que o dispositivo em apreço ofende a independência funcional dos magistrados, contudo, não fora tolhida nenhuma prerrogativa dos magistrados ou sequer ameaçada de forma indevida. O que fora verificado, ao revés, diz respeito ao exercício legítimo de um dever em desfavor dos mesmos com o intuito de se proporcionar direitos aos cidadãos. Resta afastado, portanto, qualquer crítica à independência dos magistrados, visto que permanece incólume.

De igual modo, devem ser refutadas as alegações que atribuem ofensa à duração razoável do processo, posto que computar no prazo razoável do processo uma atividade tão essencial à atividade judicial como a adequada justificação de uma decisão é equívoco de natureza lógica. Seria o mesmo que considerar prejudicial à celeridade do processo a produção de uma prova relevante e necessária à resolução do litígio ou qualquer outro ato essencial ao deslinde da controvérsia. Isso sem mencionar que motivação dessa natureza, avessa a abstrações, tem maior aptidão de cumprir seu escopo subjetivo, convencendo a parte que sucumbiu do acerto da decisão e desestimulando-a, portanto, a impugná-la. Em sentido contrário, decisão obscura ou infundada estimula injustamente o protelar injusto da celeuma.

⁴¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em novembro/2015.

Ato contínuo, ainda de acordo com as mencionadas entidades de classe, o artigo 489 do Novo CPC restringiria desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação (art. 93/CF). Da análise que se depreende do mencionado dispositivo, contudo, a conclusão a que se chega é em sentido diametralmente oposto ao teor dessa crítica. O que fez o legislador, tão somente, a partir da observação do que sói ocorrer na realidade, foi estabelecer hipóteses não taxativas em que não se considerará motivada a decisão, porque em tais casos é suprimida do conhecimento das partes uma informação relevante a respeito da formação do convencimento judicial.

O legislador, assim, no exercício das atribuições que lhes são próprias, procurou dar concretude aos princípios da motivação e do contraditório, que informam o devido processo legal e constituem alicerce do Estado democrático de direito. Não se retira com isso, ao contrário do sustentado, qualquer autonomia do Poder Judiciário para a interpretação do artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Um último comentário deve ser feito sobre as críticas tecidas aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo art. 489 do novo CPC, segundo os quais não se reputa motivada decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, e que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Para a Anamatra, se tais dispositivos entrarem em vigor, “o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo ‘identificar’ seus fundamentos determinantes”.

Deixando de lado que a subsunção já se encontra há muito superada enquanto técnica de aplicação do direito, fato é que os magistrados, ao utilizarem determinada “súmula de jurisprudência”, para que suas decisões sejam reputadas fundamentadas, tem o dever de demonstrar as razões da sua aplicação ou não ao caso concreto, o que implica a necessidade de analisar as particularidades de cada caso, do paradigma e do caso em exame. O enunciado de uma súmula, como se sabe, não tem origem na vontade soberana dos tribunais, mas sim na reiteração de julgamentos de casos semelhantes. O que o inc. V, portanto, está a exigir é que o magistrado demonstre que o caso sob julgamento guarde semelhança com os casos julgados que deram origem à súmula que se pretende aplicar. Além disso, caso se considere que o entendimento jurisprudencial aplicável em princípio ao caso encontra-se superado, tem o magistrado o dever de demonstrar quais as razões que o levaram a não o aplicar ao caso

concreto. Só assim serão atendidas as funções da motivação, na medida em que a parte que sucumbiu terá condições de se insurgir contra essa decisão para demonstrar que a superação apontada pelo juiz não encontra correspondência na realidade e, por esta razão, não se justifica.

É importante destacar que a tão propalada independência funcional dos juízes não lhes autoriza a julgar com base em seu livre convencimento sem levar em consideração de forma justificada o que dispõe os tribunais superiores. Isso não significa aceitar todas as súmulas não vinculantes de tais tribunais, mas fundamentadamente aceitá-las ou rebatê-las. Observar o que estatui esses tribunais tem sempre grande relevância, na medida em que isso assegura benefícios para todo o sistema jurídico, como, por exemplo, a promoção da isonomia e da previsibilidade de uma determinada interpretação jurisprudencial, outra forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.

Por fim, também não merece prosperar o argumento de que o dispositivo em tela conflui para o aumento da burocratização processual, mas, sim, ao contrário, uma vez que impede que decisões desnecessárias sejam proferidas em razão da nulidade dos pronunciamentos incompletos e arbitrários.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A edição do novo Código de Processo Civil surge em um momento oportuno. O diploma atual fornece há anos indícios de que necessitava ser substituído, consoante já citado. Apesar disso, a alteração poderia ter avançado mais.

Conforme destacado nos capítulos anteriores, o diploma substituto não conseguiu dissociar-se do instrumentalismo e do ainda patente protagonismo judicial, verificados em capítulos dedicados, por exemplo, às tutelas de urgência e evidência.

Em contrapartida, são inegáveis as melhorias encontradas no âmbito da celeridade, efetividade e do acesso à justiça.

O Princípio da fundamentação, embora já existisse, ganhou maior destaque no contexto do novo código, pois foi dada ênfase à sua aplicação e compreensão de uma forma antes não trabalhada.

O CPC de 2015 almeja mostrar que hoje se vive uma nova realidade social, quando comparada à sua pretérita edição, natural sinal do dinamismo das relações sociais. Um processo que corresponda às exigências dessa nova realidade deve ser um processo eficiente. E para isso, o Estado valoriza a dialeticidade, debatendo, utilizando e respeitando ideias contrárias para

percorrer os caminhos necessários para se chegar a uma solução. A dialética defende o raciocínio e o diálogo, pois com eles pode contrapor questionamentos, propiciando novas soluções. O princípio da fundamentação pode ser apontado assim como veículo para se prestigiar a dialeticidade.

Nesse sentido, requer que o Estado, através do juiz, ao acolher os argumentos suscitados na fase processual, deva discutir tudo que tenha ligação com o objeto que foi levado aos autos. O Juiz deixa um pouco o papel de apenas reproduzir o que aconteceu no mundo fático, para, junto com as partes, de modo colaborativo, democrático, criar a solução para o caso concreto, inclusive se esta não esteja prevista na norma inicialmente. O contexto social jurídico atual não precisa de um juiz que não tenha o interesse em analisar criticamente o litígio ou, por outro lado, que apenas preocupe-se com a celeridade processual e “metas” de prazos para julgamento estipuladas pelos órgãos de gestão do Poder Judiciário. Um processo que cumpre esses prazos administrativos internos não é necessariamente zeloso.

Um processo célere atende, a princípio, o ordenamento, desde que, contudo, seja respeitador dos demais valores. Não adianta ser diligente se ineficiente ou injusto.

Desse modo, a pretensa ofensa à duração razoável do processo e ao aumento da burocracia são falácias que não merecem prosperar. Uma decisão que analisa corretamente as questões postas é muito mais célere do que aquela incompleta, infundada, que será objeto de impugnações e nulidades.

A exigência da fundamentação de um pronunciamento estatal que decide controvérsias é imperativo categórico de qualquer manifestação minimamente respeitosa do contraditório, da segurança jurídica e da efetividade da própria tutela jurisdicional. Não há inconstitucionalidade em veiculá-lo. Não há ofensa à independência dos magistrados, mas, sim, o contrário, vez que irá contribuir ainda mais para legitimar, se aplicado corretamente, as decisões proferidas pelos juízes.

Criticá-lo é maldizer uma garantia essencial para uma ciência processual contemporânea a um Estado democrático de direito, alicerçado no postulado democrático e fundado na força normativa da Constituição.

A decisão bem fundamentada se aproxima da realidade democrática, valoriza a participação das partes, enaltece a cooperação para o deslinde e para a solução dos litígios, configurando, assim, garantia não só dos jurisdicionados, mas também, de todos os cidadãos, operadores do direito e sociedade.

Expurgar o dever de fundamentar é retroagir. Não há processo justo, consentâneo do devido processo legal que não se preocupe em efetivar direitos, desse modo, a busca deve ser em ampliar o alcance e instrumentalização destes e não a redução do seu campo de atuação, permitindo que decisões sejam tomadas de forma obscura e destoantes de um processo transparente.

É claro que alterações legislativas isoladas, desacompanhadas de uma reflexão teórica que proporcione o debate, não irão evitar injustiças e autoritarismos. A letra seca da lei não altera comportamentos, condutas ou fatos. A maturidade coletiva, sim, pois essa, mesmo que lenta e gradual, direciona o poder Executivo, subsidia a gestão do Poder Judiciário e induz o Legislativo.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**. Derecho y razón practica. México: Fontamara, 1993^a: 99.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993^b: 141.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em novembro/2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: “A constitucionalização do direito”. 2007, p.203-249; 216..

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL de 2015. Exposição de motivos. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. **O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102.580. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010. **O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. **Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação per relationem, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 814.640-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; HC 92.020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 8-11-2010; HC 100.221, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-5-2010, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010; HC 101.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 4-6-2010; HC 96.517, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; RE 360.037-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007; HC 75.385, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 7-10-1997, Segunda Turma, DJ de 28-11-1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. V.1. 15 ed. Salvador: Juspodvim, 2013

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1995

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 97-112, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/981/R163-07.pdf?sequence=4>. Acesso novembro/2015.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 245-264, abr./jun. 2010. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198684/000888831.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em novembro/2015

STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.1, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242896>. Acesso em novembro/2015.