

O DEVER DE ENFRENTAR TODOS OS ARGUMENTOS DAS PARTES NAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DUTY-BOUND TO CONFRONT ALL ARGUMENTS OF THE PARTIES IN JUDICIAL DECISIONS AS GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS

Deilton Ribeiro Brasil¹

Alexandre Tadeu Constant de Oliveira²

RESUMO

Segundo recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça inobstante a previsão do artigo 489, §1º, IV, CPC/2005, a decisão judicial não necessita enfrentar todos os argumentos alegados pelas partes. A posição do STJ é injustificável perante o CPC e desrespeita o legislador democraticamente instituído. A fundamentação possui efeitos além da lide e presta satisfação à sociedade e a democracia. A ausência do dever de fundamentação referente a todos os argumentos ofende aos direitos fundamentais pela Teoria de Robert Alexy. A ofensa fica evidenciada na medida em que há manifesto prejuízo da argumentação e do discurso prático racional. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Todos os argumentos das partes; Fundamentação judicial; Teoria da Argumentação; CPC/2015; Direitos Fundamentais

ABSTRACT

According to a recent understanding of the Superior Court of Justice, despite the provision of 489, §1, IV, article, Code of Civil Procedure, the legal decision does not need to address all the arguments alleged by the parties. The position of the Superior Court of Justice is unjustifiable before the Code of Civil Procedure and disrespects the democratically established by the legislator. The reasoning has effects beyond the conflict and provides satisfaction to society and to the democracy. The absence of the duty bound to confront all the arguments of the parties infringes the fundamental rights according to Robert Alexy's theory or argumentation. The offense is evidenced to the extent that there is manifest prejudice to

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA). Email: deilton.ribeiro@terra.com.br

² Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG (UIT). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Email: leonardoconstant@hotmail.com

rational argumentation and practical discourse. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by descriptive-deductive method which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: All arguments of parties; Legal Rationale; Theory of Argumentation; Procedure Code of 2015; Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a necessidade fundamentação sobre todos os argumentos erigidos pelas partes foi recorrente no processo civil brasileiro, com um embate entre doutrina e jurisprudência que parecia terminar com edição do Código de Processo Civil de 2015.

Diferentemente do que se esperava, a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça logo na primeira oportunidade sobre a questão da necessidade fundamentação, especificamente quanto ao artigo 489, §1º, IV do CPC/2015, asseverou que aquele dispositivo coaduna com a jurisprudência pacificada há muito naquele órgão e obviamente despertou irresignação no meio jurídico.

Se antes, o Código de Processo Civil de 1973 não previa um dispositivo específico sobre a nulidade de fundamentação e dava guarida, ainda que inconstitucional e antidemocrática, ao entendimento de que seria desnecessária a fundamentação de todos os argumentos erigidos pelas partes quando o julgador já estivesse com a convicção formada, o CPC/2015 possui dispositivo (e ferramenta) para combater esta arbitrariedade, que lamentavelmente foi desvirtuado no julgado.

Este artigo se propõe, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy³, a demonstrar que mais que a ofensa ao processo nos limites da lide e seus efeitos endoprocessuais, a negação a consideração dos argumentos erigidos pelas partes ofende aos direitos fundamentais e a democracia, no ideal de justiça erigido por um povo, no qual as visões devem ser consideradas, desde que situadas no campo da possibilidade, com base na teoria da argumentação e do discurso prático racional.

O texto foi desenvolvido em três partes, além da introdução, da metodologia e das considerações finais. Numa primeira parte do desenvolvimento denominada A Decisão como Corolário da Democracia, demonstrou-se que a decisão é uma manifestação de democracia

³ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

que extrapola o processo e representa uma satisfação à sociedade, dada pelo poder estatal judiciário que foi estabelecido pelo povo, ao qual se deve esta satisfação de forma integral.

Na segunda parte do desenvolvimento, intitulada a necessidade de enfrentamento dos argumentos na fundamentação da decisão no processo civil brasileiro foi informado e devidamente contextualizado o texto do julgado do Superior Tribunal de Justiça de nº 21.315 - DF (2014/0257056-9), Embargos Declaratórios em sede de Mandado de Segurança, a decisão objeto da discussão.

Na terceira parte do desenvolvimento, foi feita a análise sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008) especificamente na sua aplicação da teoria do discurso prático racional e da teoria argumentativa, de forma a demonstrar a importância da fundamentação para a efetividade dos direitos fundamentais como corolário da democracia.

Dessa forma, a metodologia utilizada se baseia na análise documental do acórdão que julgou os Embargos Declaratórios em sede de Mandado de Segurança de nº 21.315 - DF (2014/0257056-9), julgado em 24 de março de 2016 e que foi o primeiro julgado a enfrentar a questão da nova determinação de fundamentação prevista no CPC no artigo 489, § 1º, IV. A decisão deste acórdão causou grande repercussão no meio jurídico já que deu uma interpretação polêmica a citada disposição do NCPC.

A partir da pesquisa teórico-bibliográfica, lastreada na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e os diversos doutrinadores teóricos da justiça que permeiam por sua obra, bem como por outros doutrinadores, este artigo busca demonstrar que a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça é uma demonstração de ofensa não só ao legislador ordinário, como já vastamente discutido em artigos, como aos direitos fundamentais a democracia e ao acesso a justiça e devido processo legal.

Inicialmente, objetivou-se estabelecer a importância da fundamentação da decisão não só na lide, entre as partes, mas também como resposta de um poder democraticamente instituído a sociedade, amparada na visão do referencial teórico.

Em seguida, foram prestadas as devidas considerações à decisão do Superior Tribunal de Justiça, sob o viés da teoria processual, tentando contextualizar a experiência da legislação anterior e a expectativa dos juristas a respeito da posição daquele órgão superior, bem como apresentar o seu posicionamento.

Num terceiro momento o artigo procura contextualizar com base na teoria dos direitos fundamentais, especialmente na questão da argumentação, demonstrando a

importância da argumentação como meio de conexão dos direitos fundamentais ao processo de decisão e a produção de justiça nos limites constitucionais.

Desta forma, a pesquisa buscou demonstrar que a efetividade dos direitos fundamentais está necessariamente atrelada a harmonia e respeito entre a argumentação das decisões judiciais e seus fundamentos para acatá-las ou não, na produção de decisões racionalmente e substancialmente coerentes com o sistema judicial aberto a moral, atendendo a sociedade na busca pela justiça idealizada por esta mesma sociedade.

Ao final foram apontadas algumas considerações a respeito dos temas abordados a partir do referencial teórico, com algumas conclusões sobre o tema.

2 A DECISÃO JUDICIAL COMO COROLÁRIO DA DEMOCRACIA

Do ponto de vista processual a decisão é uma etapa do processo judicial e, ainda que ultimação das construções de fases anteriores, não é mais que isso. Porém, para além da processualística, a decisão é uma expressão de democracia, ou melhor, é a ultimação da própria democracia e pode ser tida como corolário do processo judicial.

Esta perspectiva tem na decisão a máxima expressão da democracia, pelo menos a partir do pressuposto que numa sociedade civilizada a justiça é ministrada em bases legais democraticamente criadas.

Ao se analisar um processo judicial, se verifica o auge da sociabilidade e do cultural ao qual o ser humano alcançou. Ao se considerar que as soluções pacíficas de controvérsias são o grande desafio de uma sociedade e ao mesmo tempo demonstram o seu grau de civilidade e sofisticação, a decisão de um processo judicial representa um grande refinamento de uma sociedade.

Não obstante a natureza de uma Constituição de se organizar racionalmente o Poder e o Estado, a Constituição Federal de 1988 também atingiu objetivos na seara dos direitos fundamentais, tanto no aspecto individual, quanto no social. Sem dúvida, o longo texto respondia às preocupações em um tempo sucessor de um contexto no qual muitas destas garantias e direitos foram olvidados.

Mas, mais que uma preocupação sazonal, a Constituição Federal expressou as reivindicações mais básicas e essenciais da vida em coletividade. Assim, seu texto

promulgado manifesta harmonicamente o específico de qualquer texto constitucional, a saber, a organização do Poder e do Estado, com um conjunto de direitos individuais e fundamentais, que terão o condão de articular o Estado para que este não venha ultrapassar os limites aceitáveis para a construção do bem público quando de sua intervenção junto aos indivíduos/cidadãos.

Assim, a Constituição Federal de 1988 destacou-se como instrumento promulgado para orientar o exercício legítimo do poder, cujos limites seriam pelo próprio poder admitido em prol da justiça, da equidade e da promoção do bem coletivo. Para além, destacou-se como um legítimo texto no qual se expressa uma substancial defesa aos valores da dignidade da pessoa humana e das liberdades individuais. Tudo com o escopo de ser uma Constituição notadamente marcada pelo jurídico, pelo social e pelo senso de justiça.

Dentre estes tantos direitos fundamentais, a Constituição Federal salientou alguns em espécie. No âmbito deste artigo, convém apontar o destaque dado pelo texto constitucional aos “direitos fundamentais de caráter judicial”, ou mais simplesmente, aos “direitos fundamentais do e para o processo”, doutrinariamente conhecidos como “Garantias Constitucionais do Processo”.

Seguindo a já consagrada expansão, na Europa, de garantias processuais constitucionais, especialmente a dogmática constitucional alemã, a Constituição Federal de 1988 consagrou um expressivo elenco de direitos voltados ao campo do processo, destinados a defender o basilar princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e para alcançar o que se designará como “devido processo legal”, conforme inteligência do inciso LIV do artigo 5º do texto constitucional⁴.

Nesse contexto, a garantia do devido processo legal passa necessariamente pela obtenção de decisões corretas, coerentes ou constitucionalmente possíveis e ou necessárias. A própria Constituição Federal destaca a importância da fundamentação como ligação entre a democracia e a justiça, ao determinar em seu artigo 93, IX a devida fundamentação, sob a pena de nulidade.

Na verdade, a fundamentação é um consectário do Estado Democrático de Direito, como assevera Nelson Nery Júnior⁵, e mesmo que não houvesse a expressa disposição

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

constitucional nesse sentido, não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.

A fundamentação de uma decisão judicial é a sua razão de ser, e nela deve ficar clara que as alegações das partes e suas provas efetivamente interferiram e influenciaram no livre convencimento judicial⁶. Como lugar do debate no momento decisivo, a fundamentação tem sua importância ainda mais elevada, pois lá residem razões pelas quais os argumentos são ou não acolhidos e no pós-positivismo jurídico, a sua importância é tamanha que reflete na aceção de justiça, e chega ao campo da moral.

Especificamente sobre a fundamentação cabe ressaltar sua dupla função, a primeira inicialmente tida como consectária do processo judicial em si, para que se dê seguimento a este, com o entendimento das partes e eventual manejo de recursos, como esclarece Fredie Didier Júnior⁷:

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.

Além dessa função endoprocessual, tem-se a fundamentação a função democrática, que revela o trabalho do poder judiciário instituído pelo povo, obrigatoriamente vinculado a considerar os argumentos do jurisdicionados e lhes dar o devido tratamento. Esta função é denominada exoprocessual, que é definida ainda na doutrina de Fredie Didier Júnior⁸:

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 artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.

A negativa à obrigatoriedade de fundamentar além de ofender ao processo em si, prejudicando, sob o ponto de vista endoprocessual, a solução da lide no âmbito das partes

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 168, fev.-2009, p. 55.

⁷ DIDIER JÚNIOR, 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: 26 abr. 2018.

⁸ DIDIER JÚNIOR, 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: 26 abr. 2018.

envolvidas, possui um efeito social na medida em que ofende a democracia sob o a função exoprocessual, já que priva o cidadão do devido processo legal imposto constitucionalmente pelo legislador democraticamente eleito.

O impacto social de uma decisão transcende a lide e as partes, sendo muita mais um dever social sua fundamentação e sua correlação com o desejo da sociedade, sendo descritos de forma segura por Michele Taruffo⁹, que assevera que:

os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior, mas também a opinião pública compreendida seja em seu complexo, seja como opinião de quaisquer das pessoas. A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica ‘privada’ do controle exercido pelas partes e a ótica ‘burocrática do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica ‘democrática’ do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada.

Efetivamente no pós-positivismo é imprescindível à devida fundamentação, pois representa não o atendimento a determinação da lei, mas o atendimento à lei dentro dos ditames Constitucionais e frente o caso concreto e sua peculiaridades. Assim, cumpre ao Juiz uma postura mais participativa no processo no sentido de conhecer as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais¹⁰ (MARINONI, 2006).

Destarte superando o princípio da supremacia da lei, que tinha na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais, e integrando às normas produzidas os desígnios do povo democraticamente estabelecidos.

Assim, se no positivismo jurídico já se tinha a obrigatoriedade de fundamentar para adequar à norma o caso concreto na melhor solução pela lei, com um trabalho quase declarativo do magistrado, no pós-positivismo há que se conhecer o caso concreto e dentro dos limites estabelecidos pela lide, pela lei e pelos Direitos Fundamentais, criar uma norma capaz de responder ao anseio de justiça frente às nuances do caso concreto.

⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 407.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, *passim*.

O Estado Democrático de Direito tem na fundamentação seu baluarte desde que nela se reflita a democracia e o direito, ou seja, desde que os argumentos sejam considerados sob o viés democrático representado pelo direito estabelecido por representantes eleitos, ou seja, desde que obedecidos o contraditório e a ampla defesa, ambos legalmente estabelecidos e constitucionalmente efetivos.

Baseado nesta assertiva é que a fundamentação da decisão é um direito fundamental do cidadão, concorda José Joaquim Gomes Canotilho¹¹:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação –, mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade de motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários.

Desta feita se tem um arcabouço demonstrativo do quão é fundamental a fundamentação completa da decisão, seja no aspecto endoprocessual, como possibilidade das partes de exercício de direitos e seja no aspecto exoprocessual, que reflete a importância democrática da fundamentação na consideração e desconsideração dos argumentos.

Sob o aspecto exoprocessual será analisada a posição da decisão em questão, pela perspectiva da teoria de direitos fundamentais em seus efeitos, mas antes será destacada a posição do dispositivo legal que foi abordado na decisão ante o ordenamento jurídico como fator inovador e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No Brasil, a mudança do Código de Processo Civil - CPC de 1973¹² pelo CPC de 2015¹³ representaria a inovação em termos processuais e democráticos, e as modificações referentes à fundamentação das decisões estavam entre as mais aguardadas. O CPC/2015

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013, p. 1.324.

¹² BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹³ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html>. Acesso em: 29 abr. 2018.

prometia um avanço significativo no ideário de justiça e principalmente de contraditório, que era a modificação nos termos em que as decisões seriam tomadas.

De fato, o texto trouxe novidade sobre a decisão no artigo 489 do CPC de 2015 reproduziu a tradicional divisão da sentença entre relatório (exposição dos fatos e razões que as partes alegaram e da história relevante do processo), fundamentação e dispositivo (a parte na qual a lide é resolvida, provendo-se ou não o pedido), mas foi além e nos incisos I a VI do § 1º deste artigo determinou-se que as decisões judiciais passariam a ter requisitos legais para caracterizar a sua correta fundamentação.

Por si só se trata de um dispositivo emblemático, pois denota enorme preocupação do legislador com a satisfação da prestação jurisdicional, ao mesmo tempo com o atendimento ao devido processo legal, coadunando com a fundamentalidade do dever de fundamentação.

Este dever já presente mesmo antes do CPC/2015, sempre foi negligenciado pela jurisprudência e talvez tenha sido necessário incluir os dispositivos mencionados até para que se fosse cabível o recurso frente à lamentavelmente comum hipótese de ausência de fundamentação.

Sob a justificativa de celeridade e do livre convencimento motivado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores criou uma desnecessidade de fundamentação que passou a tolher a democracia, vez que permitia ao Juiz escolher um argumento como motivador para a sua decisão e justificá-lo, sem a necessidade de explicar porque os demais argumentos não foram considerados. A despeito de diversos argumentos protelatórios e ou descabidos, a justificativa através da fundamentação dos argumentos descartados é tão importante quanto à fundamentação da tese vencedora, é o fechamento do ciclo democrático jurídico.

A prevalência da desnecessidade fundamentação de todos os argumentos erigidos pelas partes prevaleceu nos Tribunais, chegando a níveis absurdos, como no julgado dos Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5¹⁴ no qual o Ministro Gomes de Barros simplesmente determina que a doutrina se amolde ao pensamento do Superior Tribunal de Justiça. A doutrina, ao contrário, verifica que a fundamentação é o corolário do devido processo legal, como na doutrina de Leonardo Greco¹⁵:

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5** Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003 Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 271.

A fundamentação não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas.

Mas ao contrário do que a doutrina sempre apregoava o que prevalecia era a máxima que o juiz não está obrigado a apreciar todos os fundamentos trazidos pelas partes, quando o fundamento por si adotado é suficiente para justificar o resultado alcançado, e suas variantes, que insistentemente permeavam recursos que por sua vez eram simplesmente descartados, ora em nome da própria lei ora em nome da celeridade, do livre convencimento motivado.

É contra esta prática que insurgiu o legislador ao propor no CPC/2015 os requisitos de validade da fundamentação. Seria a restauração da democracia em âmbito processual, posto que atendesse ao anseio previsto na Constituição democraticamente construída.

Especificamente quanto ao inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC, a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar, em tese, a conclusão do julgador representou o resgate à democracia processual, impondo a efetividade para o contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais, atendendo plenamente ainda ao mandamento do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988.

Resta clara a necessidade de fundamentação para atendimento do devido processo legal e da democracia para além das partes, como satisfação do desejo de justiça de toda a coletividade, consoante Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes¹⁶, coautores do anteprojeto:

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda (...). Impõe-se assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e no resultado do processo. (...) Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.

Porém, no primeiro julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o referido dispositivo houve uma manifestação no mínimo absurda sobre a necessidade de fundamentação, já que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 489, § 1º, IV do Código de Processo Civil de 2015 estaria em consonância com a Jurisprudência do Tribunal e

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 168, fev.-2009.

que pelo dispositivo o Juiz não necessitaria enfrentar todos os argumentos alegados pela parte quando já tivesse formado seu convencimento¹⁷:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do [CPC](#), destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.
2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo artigo 489 do [CPC/2015](#) veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.
3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.
4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes declaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinare tal *decisum*.
5. Embargos de declaração rejeitados.

A decisão merece todos os reparos possíveis, a começar do item 04 da ementa, pois é patente o cabimento dos Embargos, eis que expressamente previstos no artigo 1022, parágrafo único II como o recurso apto a ensejar a discussão atinente ao artigo 489, § 1º, incisos I a VI do Código de Processo Civil de 2015.

Porém o que interessa no presente texto é o item 02 da ementa, uma vez que a decisão, acatada à unanimidade pela primeira sessão do Superior Tribunal de Justiça assevera que uma lei nova (estava em vigência há menos de uma semana), com dispositivos novos, dos quais o discutido dispositivo que exige a fundamentação dos argumentos estaria, na verdade, apenas a confirmar a jurisprudência produzida pela lei anterior, que era exatamente o contrário do estabelecido no dispositivo.

A referida decisão, a despeito de sua completa distorção interpretativa do dispositivo ao negar sentido claro à norma do legislador ordinário, ofende ao direito fundamental

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no **Mandado de Segurança nº 21.315 - DF (2014/0257056-9)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21315&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>. Acesso em: 26 abr. 2018.

constitucionalmente estabelecido, que visa resguardar o direito fundamental a fundamentação das decisões, negando o próprio devido processo legal, bem como o processo democrático.

Neste sentido, esclarece José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸:

A fundamentação das decisões - o que, repita-se, inclui a motivação, mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade de motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários.

Partindo-se que a fundamentação é imprescindível e nela se encontram os argumentos prevalentes por força do óbvio, há que se constar nela os argumentos descartados e as justificativas dos descartes, em estrito cumprimento ao dever de fundamentação e em especial a preservação dos efeitos dos direitos fundamentais, vez que se traduzem na hipótese de justiça democraticamente erigida pela parte e que merece a explicação pelo não acolhimento.

Neste ponto, o da necessidade de fundamentação pela simples satisfação dos interesses de justiça das partes e de resposta do judiciário, o posicionamento de Lênio Streck¹⁹ é esclarecedor:

[...]

Portanto, há apenas seis hipóteses em que o juiz está autorizado a não aplicar a lei e, no caso em concreto, interpretação diversa da disposição do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC viola a integridade do Direito. Há um vício hermenêutico claro no acórdão, ao deixar entendido que *os argumentos das partes perdem importância quando o julgador já tem formada a convicção*. Logo, qual é o motivo para as partes argumentarem? Como assim?

[...]

Tem-se que num Sistema Jurídico democraticamente estabelecido, a necessidade de satisfação da argumentação é uma finalidade em si, e isso deve ser atendido na fundamentação sob a pena de ofensa ao direito fundamental de acesso a justiça.

4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013, *passim*.

¹⁹ STRECK, Lênio Luis. **Um Encontro de titãs**: Kelsen, Hart & cia. analisam acórdão do STJ. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj#top>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em análise pode ter diversos vícios, como foram apontados, mas o desprezo pelos argumentos das partes, ainda que os mais singelos tomem a real dimensão de ofensa à democracia e aos direitos fundamentais se analisados pela perspectiva exposta na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, especialmente na análise que este autor faz ao discurso prático racional e a teoria da argumentação, quando trata dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais.

Desta forma, à luz dessa teoria pode-se verificar o impacto do descarte injustificado de argumentos das partes, cidadãos em juízo, sobre a busca pela justiça na sua acepção democraticamente construída por um povo. Pode ser verificada ainda a indisponibilidade do Estado em analisar a versão de um partícipe do processo em sua visão de justiça no amplo campo do discurso prático racional na busca pela solução da lide.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça nos embargos declaratórios merece uma discussão mais profunda, pois além de implicar em clara interpretação *contra legem* e também de ofender ao comando do legislador, implica em negação a Direito Fundamental e seus reflexos, pois impede o acesso à justiça em tese argumentativa, alijando à parte o direito fundamental constitucionalmente previsto ao devido processo legal. A decisão representa a negativa ao acesso a argumentação como pode ser explicado pela abordagem de Robert Alexy²⁰ na sua teoria dos direitos fundamentais.

De fato, ao analisar a questão da fundamentação das decisões judiciais sob a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, verifica-se que há irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do Direito e este fato traz consequências ao sistema jurídico, das quais três interessam ao presente artigo: 1ª) Limitação de conteúdos do direito ordinário. O Sistema Jurídico tem natureza substancialmente determinada pela Constituição, pois alguns conteúdos são impossíveis e outros necessários; 2ª) O Sistema Jurídico se torna aberto em virtude das normas de direitos fundamentais, pois estas se constituem em princípios que serão sopesados, num processo que apesar de racional, não possui uma única solução; e 3ª) Como os conceitos básicos dos Direitos Fundamentais são dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, este sistema se torna aberto à moral.

Desta forma, com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy abre-se o grande problema da jurisdição constitucional que é encontrar o equilíbrio entre a competência

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 8.

do Tribunal Constitucional e do Legislador²¹, já que o sistema jurídico, mormente suas limitações extremas do que é necessário e do que é impossível ante as determinações fundamentais, tem entre estas a amplidão do possível. E este sistema se encontra aberto moral e a única forma de se preencher esta abertura é através da teoria do discurso prático racional.

Ainda segundo Robert Alexy²², o discurso prático racional é realizado na argumentação prática-racional visando evitar que a decisão seja baseada apenas no vasto campo da moral, procurando com argumentação racional baseada na lei, na jurisprudência e na dogmática, construir um discurso argumentativo nos moldes preconizados pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e que representam o democrático ideal de justiça do povo.

A sua teoria permite que haja um sincronismo entre o sistema jurídico e o ideal democrático, desde que observados os limites de cada poder, com o legislador e o judicante não extrapolando os seus respectivos limites, mas sim atuando nos respectivos limites. Este sincronismo somente é obtido ante a racionalidade da fundamentação jurídica, partindo que não há substância moral que ofereça uma única resposta a cada questão moral, possibilita-se um procedimento com regras e condições de argumentação e decisão prática²³.

Tem-se que a valoração da argumentação é elevada, pois se torna ferramenta de obtenção de justiça, eis que baseada no discurso jurídico é um caso de discurso prático geral caracterizado por uma série de condições restritivas, as quais a argumentação jurídica se encontra submetida, vinculando-se a lei, ao precedente e a dogmática²⁴.

Analizando sobre este prisma, é imprescindível que a processualística priorize a argumentação na busca pelo resultado possível mais adequado ao caso concreto, sendo certo que as normas processuais devem abarcar as condições de argumentação mais amplas possíveis, e todas devem ser consideradas.

Neste sentido, os argumentos erigidos de parte a parte no caso concreto representam mais que a posição por eles defendida, representando a sua versão à possibilidade interpretativa da norma aberta a moral, ou seja, representam a visão de um cidadão integrante de uma sociedade que participou da criação de um sistema jurídico democraticamente estabelecido. Este sistema jurídico não pode, pois, ao ser acionado, negar-se a examinar esta

²¹ ALEXY, op. cit. p. 8.

²² *Ibidem*, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 8-9.

²⁴ *Ibidem*, p. 8-9

visão, pena de alijar um integrante desta sociedade do devido processo legal, negando-lhe o acesso à justiça.

Este argumento, desde que constante do amplo espectro de entendimentos possíveis sob o limite moral argumentativo deve ser considerado na decisão, por mais que se aproxime do limite do desnecessário ou do impossível, uma vez que a visão democrática é imperativa e admite as alegações dentro da teoria de argumentação. Em outras palavras, a considerar a teoria de direitos fundamentais, dispensar argumentos sem fundamentação seria descabido num Estado Democrático de Direito, pois também ofenderia a Democracia.

A grande contribuição de estudar a tese argumentativa, que foi negada na decisão, se revela quando se verifica que a partir da abertura moral do sistema jurídico, qualificada pela racionalidade proposta por Robert Alexy em sua teoria de direitos fundamentais, revela a moral da sociedade no entendimento da legislação ordinária baseada pelos mandamentos Constitucionais. Mas tal fato somente é possível através de argumentos produzidos numa racionalidade e deduzidos e acolhidos, aceitos ou não, mas acolhidos pelo Judiciário. E é neste ponto que se revela a necessidade fundamentação de todos os argumentos sob a pena de nulidade, consoante preconizado pelo artigo 489, § 1º do CPC/2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em análise neste artigo é totalmente descabida já num sistema positivista, ante a própria negação da aplicação ao texto da lei. Num sistema Constitucionalmente estabelecido e no qual o pós-positivismo e os direitos fundamentais querem ser reconhecidos a decisão passa a ser incompatível com o próprio sistema jurídico, eis que a validação da decisão que não combate todos os argumentos possivelmente modificadores, ainda que em tese, do juízo, nega a democracia e os direitos fundamentais.

Utilizando a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008) verifica-se a real dimensão que uma decisão deste porte pode ter, implicando em muito mais que um julgamento equivocado, mas na negação a democracia e aos direitos fundamentais, pois permite que sejam desprezados pontos de vista diferentes sem o devido exame. Num regime democrático, a posição defendida numa alegação, desde que possível ante aos mandamentos

constitucionais, deve ser enfrentada e afastada de forma fundamentada, para que a fundamentação seja alcançada como direito fundamental.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça permite que o Juiz deixe de considerar argumentos e é, portanto, contrária à própria teoria dos direitos fundamentais, uma vez que ao deixar de avaliar um argumento que esteja no espectro do “possível”, priva um cidadão de ver sua tese de justiça valorada pelo Estado e, em última instância, impede o acesso à justiça.

A decisão sem uma fundamentação que contemple todos os argumentos erigidos pelas partes é nula pelo referido dispositivo legal do artigo 489, § 1º, IV do CPC/2015, já que ao contrário da decisão, não atendeu ao comando do legislador ordinário. Mas também é nula por ofender ao comando constitucional, por ofender os direitos fundamentais e a democracia estabelecidos no seu texto.

Por isso, o Processo Civil será compreendido em uma moldura: deve ser adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva), quando as regras do Processo Civil devem ser emanadas adequadamente à tutela dos direitos fundamentais (conferir artigo 536, §1º) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (direito objetivo), determinando que o legislador sempre venha a criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, seja em sua garantia, seja em sua efetivação. Consagrou-se este movimento pelos princípios/garantias constitucionais tornados normas, princípios que são parâmetros mais flexíveis e que, agora, são incluídos definitivamente positivados no ordenamento processual.

É neste diapasão, que se permite ler todo o desenvolvimento conceitual e teleológico da Exposição de Motivos do CPC/2015 (*In*: FUX; NEVES, 2015). Na Exposição, a Comissão de Juristas asseverou que um processo eficiente necessariamente é instrumento de direito material. Mas, *a fortiori*, a Exposição determina que o processo eficiente é, primordialmente, harmônico com as garantias fundamentais e constitucionais de um Estado Democrático de Direito, mediante o aperfeiçoamento de institutos processuais determinada a concretizar os princípios constitucionais.

O processo constitucional realiza a mais alta aspiração de um Estado Democrático de Direito, a saber, a sintonia fina de todo ordenamento jurídico com a Constituição Federal. Nela, identificam-se os valores basilares, princípios de uma sociedade que se quer justa e solidária. Fundamental para que isso se realize é a definitiva compreensão que todos são responsáveis pelo adimplemento destes valores. Por isso, não pode ser a decisão judicial

desprovida da fundamentação de todos os argumentos das partes, cujo fim máximo é efetivar esta corresponsabilidade, a participação democrática e a busca da justiça.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.html>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003> Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF (2014/0257056-9)**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21315&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013, p. 1.324.

DIDIER JÚNIOR, 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: 26 abr. 2018.

FUX, Luiz (Coord); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org). **Novo CPC Comparado**. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 271.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

STRECK, Lenio Luis. **Um encontro de titãs**: Kelsen, Hart & cia. analisam acórdão do STJ. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj#top>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 407.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 168, fev.-2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 168, fev.-2009, p. 55.

Submissão: 29.05.2019

Aceitação: 24.04.2019