

CONTORNOS DA FUNDAMENTAÇÃO NO CPC BRASILEIRO DE 2015¹

Beclaute Oliveira Silva*

DICIONÁRIO

As palavras são certas.
Seus significados, precisos.
Até saírem do dicionário
E caírem, ingênuas,
Em minha mente confusa...
Pobres palavras...
Para dar vida a meus pensamentos,
Liquefazem-se...,
Construindo sentidos
Totalmente imprecisos
Em meu dicionário!
Beclaute

Sumário: Introdução. 1. Fundamentação da decisão judicial como garantia constitucional. 2. Fundamentação da decisão judicial, conceito jurídico indeterminado? 3. O legislador e a concreção da fundamentação. 4. Análise do art. 489, §1º, do CPC (Lei n 13.105/2015). 5. Conclusão? 6. Referências.

INTRODUÇÃO

¹ Artigo publicado originariamente na obra: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Doutrina Seleccionada* - Procedimento Comum: Coleção novo CPC. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 447-461.

* Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Professor Adjunto IV de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Alagoas (Mestrado e Graduação). Professor Titular de Direito Processual do CESMAC e da UNIT (Especialização e Graduação). Membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO), da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).



CPC consagra um dispositivo bem interessante referente à fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de determinação do que seria uma decisão não fundamentada. A prescrição está contida no art. 489, §1º, do novel código, que assim dis-

põe:

§ 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.

No presente ensaio, a fundamentação da decisão judicial e a sua contradição serão objeto de análise, dando-se ênfase ao novo contorno em que o ato ilícito não fundamentar entra neste contexto. Para isso se demarcará a categoria fundamentação como categoria esperada pelo legislador constituinte, suas consequências no ordenamento jurídico pátrio, além da inserção do cerco conceitual do que seria não fundamentar. Trata-se de uma aproximação sobre o tema, sem pretensão de exauri-lo, já que ele demanda análise mais pormenorizada.

1. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O sistema jurídico pátrio, desde o período colonial, elegeu a necessidade de fundamentar a decisão judicial como elemento necessário da sentença. Isso já se acha explicitado nas Ordenações Filipinas, que se transcrevem:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absorver, ou a confirmar ou a revogar.²

Indica o texto acima transcrito que a fundamentação se prestava para dar conhecimento aos interessados das razões da decisão, a fim de que o interessado verificasse se convinha ou não recorrer. Observa-se aqui uma nítida preocupação, no sistema, com o respeito ao contraditório e com a publicidade das decisões.

É claro que a exigência também tinha nítida função fiscalizadora dos atos dos mandatários do Rei, julgadores, já que judicar era função atrelada ao Poder Central. Daí o advérbio “especificamente”, enfatizando a necessidade de pormenorizar as razões da decisão.

A exigência de fundamentar acompanhou a história processual pátria. O CPC revogado estabelecia isso em várias ocasiões (art. 131 do CPC, art. 273, §1º e 4º, do CPC, 458, II do CPC etc.), tendo sido considerada, no sistema constitucional passado, como cláusula constitucional implícita, decorrente do Estado de Direito.³

Esta garantia passou a ser expressa com o advento da

² Ordenações Filipinas, Livro III, título LXVI, n. 7.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

Constituição de 1988, que no art. 93, IX, prescreve: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Assim como nas Ordenações Filipinas, a publicidade e a fundamentação andam juntas em nossa Constituição. Assim, além do aspecto endoprocessual da fundamentação, há o caráter extraprocessual, que visa legitimar as decisões do Poder Judiciário, funcionando como um controle democrático difuso, na visão de Michele Taruffo.⁴

Além disso, como defendido em obra anterior,⁵ a exigência de fundamentação compõe o antecedente de norma de estrutura que impede a edição de Emenda Constitucional que, revogando o art. 93, IX, da CF/88, implique mácula ao equilíbrio entre os Poderes (art. 60, §4º, III, da CF/88), já que, se o Magistrado ficar dispensado de fundamentar, estará acima da lei. Ter-se-ia, no Judiciário, um Poder acima dos demais. Esta é uma das razões que lançam a garantia da fundamentação da decisão judicial como uma cláusula pétreia. Mas, não só. Sua existência concretiza o valor constitucional justiça e segurança jurídica, além das garantias do devido processo legal, acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), juiz natural, contraditório, ampla defesa etc.⁶

Por essas razões, revela-se de suma importância, para a estrutura funcional do sistema vigente, a manutenção e o aprimoramento da referida garantia. Trata-se de um imperativo que impõe tanto ao Legislativo como ao Judiciário velarem para que a exigência da motivação seja efetivada em seu mais alto grau de otimização. O CPC atual cumpre o aludido papel com a

⁴ TARUFFO, Michele. Note sulla Garanzia Costituzionale della Motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LV: 29-38. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, p. 30-31.

⁵ SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental da motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 145-148.

⁶ SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental da motivação da decisão judicial*. *Op. cit.*, p. 99-133.

prescrição do art. 489, §1º.

Fique claro que a garantia não só se dirige à sentença, mas a todo ato decisório do Poder Judiciário, culminando com a própria Constituição, resultando na pecha de nulidade ao seu desrespeito.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO?

A fundamentação da decisão judicial é algo tão comezinho no direito processual que até parece ser uma categoria semanticamente fechada, tendo seus contornos totalmente delimitados, necessitando-se, para esclarecer eventuais dúvidas sobre seu conteúdo, nada mais que um dicionário. Ledo engano!

No pensamento de Karl Engisch, um conceito juridicamente indeterminado seria aquele que possui em certa medida um conteúdo incerto. No conceito juridicamente indeterminado haveria núcleo determinado e uma zona de incerteza, em que reinam as dúvidas sobre a exata dimensão e limite do conceito.⁷

A indefinição do conceito decorre de uma imprecisão semântica. Muitas vezes o léxico não consegue abarcar as diversas facetas de um objeto. Nesses casos, fixa-se o núcleo e deixa para o caso concreto a delimitação dos contornos efetivos do conceito. Assim, o conceito juridicamente indeterminado é semanticamente determinável, no plano pragmático. Talvez uma melhor definição fosse o conceito juridicamente determinável, já que se for indeterminado, jamais seria passível de determinação. Feitas estas sucintas considerações, passa-se a verificar os contornos que a expressão fundamentação possui.

Pode-se afirmar que fundamentar explicita a ideia de conferir fundamentos, alicerces, fundar. Indica a ideia de que a decisão tem solidez, densidade. Não se abala com vergastas

⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Trad. José Baptista Machado. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001, p. 208-209.

eventuais. Permanece firme, já que (pro)fundamente!

Mas fundamentar também evoca a ideia de motivar, apresentar os motivos, as razões, as causas para a decisão. Entretanto não é qualquer razão ou motivo. A fundamentação só se contenta com um firme lastro na ordem jurídica de onde a decisão provém. Não pode ser simplesmente um “eu quero”, típico do discurso político, mas um “eu sei”, embora queira dizer, claro, um “eu quero”. A fundamentação, neste contexto, deve se manifestar como razão, embora evoque um ato de vontade, de escolha.⁸ Isso fica patente na obra de Hans Kelsen, que afirma ser o ato de aplicação um ato de vontade, permeado pela inteligência.⁹

No contexto de fundamentar, ainda, ingressa a questão da explicação (*ex + plicare*), que etimologicamente significa extrair, retirar, pôr para fora (*ex*) as dobras (*plicas*). Só se (a)plica o que antes se (ex)plica. Interessante, neste contexto, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O termo aplicabilidade tem origem, etimologicamente, no verbo *applicare*, que, por sua vez, resulta de *ad-plicare*. *Plicare* significa dobrar e o sufixo *ad* é uma preposição de acusativo que acompanha as circunstâncias de lugar, proximidade, tanto no sentido espacial (onde) quanto no sentido temporal (quando). Daí o sentido original de *applicare* reportar-se à ideia de *enroscar*, *juntar* numa certa direção, envolvendo, em consequência, uma finalidade. Na linguagem jurídica, por isso, aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade exige, assim, interpretação.¹⁰ (O original está destacado).

Mas não é só. Fundamentar é também justificar. O radical “jus” ou “ius” não aparece à toa no termo, pelo contrário,

⁸ A ideia de que o discurso jurídico é um eu quero travestido de um eu sei é de Torquato Castro Júnior. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPE, vertida em Conferências.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Jose Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 469-471.

¹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 14.

comunica sua exata dimensão. Sempre bom lembrar que o termo *ius* tanto serve para designar o direito, como também enquanto radical da expressão *iustitia*. Neste caso, a fundamentação ganha outro contorno. Ela não se contenta apenas com as meras razões, pois exige que o julgador demonstre que a decisão tomada é a que melhor se a(jus)ta ao caso, tal qual a “régua de lesbos”¹¹, que alegoricamente Aristóteles usa para expressar a justiça no caso concreto, também denominada por ele como equidade.¹² Não se trata aqui de alusão ao jusnaturalismo. Pelo contrário, foi opção expressa de nosso sistema jurídico que determinou como meta da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88). Tal comando se dirige aos Poderes do Estado, inclusive ao Judiciário, que tem na fundamentação a oportunidade de demonstrar que sua decisão é justa, ou seja, que segue os ditames perseguidos pela ordem jurídica, a qual determina que no ato de aplicação o Magistrado deve observar os fins sociais a que a lei se destina, bem como as exigências do bem comum (art. 5º da LINDB, antiga LICC).

Outra questão que a fundamentação lança é a necessidade de demonstrar. E isso remete à prova. Ou seja, fundamentar exige demonstração tanto do direito, como do fato. Demonstra-se argumento com outro argumento. Essa assertiva tanto serve para o direito como para o fato. O argumento que serve para demonstrar fato denomina-se prova. Sem adentrar em pormenores, o presente articulista trabalha com a ideia de que fato é relato linguístico do evento.¹³ Assim, a prova é um relato que fala de outro relato, ou seja, argumento que se refere a outro argumento.

Deve-se registrar também que a lei enuncia que a decisão será fundamentada quando ela não for omissa, contraditória ou

¹¹ Instrumento de medida utilizado pelos gregos para mensurar superfícies irregulares. Tal régua se ajustava ao objeto, e não o objeto à régua.

¹² ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Trad. Julio Palli Bonet. 1ª ed., 4ª reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998, p. 238, 264-265.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 85-90.

obscura. Exige-se, desta feita, que ela seja completa, consistente e clara. No Código de Processo Civil, há a obrigatoriedade de o Magistrado manifestar-se sobre todos os argumentos das partes que infirmem ou confirmem a tese que adotou para resolver o caso. Outra importante inovação.

Nesta análise, percebe-se que o termo fundamentar evoca a ideia de fundamento, de motivo ou de razão, de explicação, de justificação e de demonstração. Mais. A lista não é exaustiva. Para cada significado a que a expressão remete, há referência a outros conceitos que necessitam de densificação. A fundamentação é categoria que não existe abstratamente só. Ela positiva valores (justiça, segurança jurídica etc.), mas necessita sempre do concreto. E a concreção sempre exige complementação, que normalmente não é determinada, mas determinável.

Por essa razão, apesar de fundamentar se apresentar aparentemente como um termo semanticamente fechado, ele demanda concretização que perpassa categorias complexas que o tornam aberto. Deve-se salientar, no entanto, que a abertura ou o fechamento sempre irão depender do caso em análise. Fundamentar uma sentença que extingue a execução por pagamento ou que homologa um acordo não se compara àquela que decide sobre a construção ou não de uma hidrelétrica na bacia do Amazonas.

3. O LEGISLADOR E A CONCREÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

Através do PC, surgiu no texto que estipula o que não é uma decisão fundamentada uma tentativa de indicar caminhos para a efetividade da fundamentação. Aqui duas perguntas se lançam: a) o legislador tem competência para efetivar tal limitação? b) se é competente, o rol estipulado é taxativo?

Passa-se à análise das questões propostas.

3.1. (IN)COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA DEFINIR ABSTRATAMENTE DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA

Até hoje, coube ao Poder Judiciário, destinatário da norma de estrutura que ordena a fundamentação, definir os contornos de uma decisão fundamentada.¹⁴ Para isso, muitas vezes, fez-se uso da denominada, mas rechaçada por muitos, fundamentação *per relationem*, que ocorre quando o julgador, em vez de construir as razões que o levaram a decidir acerca de uma questão em sentido amplo, prefere se reportar a decisão anteriormente produzida.

A casuística da fundamentação *per relationem* pode ser assim resumida: a) o Tribunal adota como seus os fundamentos da decisão de 1º grau rechaçada; b) o Magistrado adota como seus os motivos apresentados por outro juízo – inclusive os que remetem à jurisprudência ou à súmula; c) o Magistrado adota como suas as razões produzidas por qualquer das partes ou manifestação do Ministério Público;¹⁵ d) decisão em juízo de retratação; e) a hipótese do art. 285-A do CPC.¹⁶

Há decisões do STF consagrando a aludida prática, como se percebe do disposto nas seguintes ementas:

Ementa: Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O

¹⁴ Deve-se registrar que a administração, no processo administrativo, também tem o dever de fundamentar. Alerta-se que, com o advento da regra do art. 15 do CPC, as estipulações contidas neste documento aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo. Neste caso, as regras de fundamentação aqui lançadas se aplicam ao processo administrativo. No entanto, este tópico não é objeto de análise neste trabalho.

¹⁵ PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 116.

¹⁶ "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada." Redação estipulada pela Lei nº 11.277/2006.

art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791292 QO-RG/PE – Pernambuco. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 23.6.2010. DJe. 149. Divulg 12.8.2010. Public 13.8.2010. Ement. Vol. 2410-06, PP. 01289. RDECTRAB v. 18, n.203, 2011, p. 113-118).

Ementa: Habeas corpus. 2. Homicídio e estupro. Pronúncia. Recurso em sentido estrito. Juízo de retratação (CPP, art. 589). 3. Alegada ausência de fundamentação. Não ocorrência. Motivação *per relationem*. Validade. 4. Ordem denegada. 5. Revogação da prisão por excesso de prazo. Superveniência de sentença condenatória. Prejuízo. Rel. Min. Gilmar Mendes. (HC 112207/SP, 2ª Turma. Julgamento 26.6.2012. Processo Eletrônico. DJe.-188. Divulg. 24.9.2012. Public. 25.9.2012).

Ementa: Habeas Corpus. Colégio Recursal de Juizado Especial. Apelação. Não provimento. Remissão aos fundamentos da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. O §5º do art. 82 da Lei n. 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX da Constituição do Brasil. Ordem denegada”. (HC 86.533-0 – SP; Relator Min. Eros Grau, v.u., j. 8.11.2005; DJ 2.12.2005, p. 13).

Alejandro Nieto, apesar de rechaçar a prática da fundamentação *per relationem*, lamenta que a Suprema Corte de seu País – a Espanha – não a considere um vício relevante da fundamentação.¹⁷

A orientação do Supremo Tribunal Federal que reputa satisfeita a exigência constitucional de fundamentação satisfeita pela via *per relationem* pode vir a criar um impasse acerca da atuação do legislador ordinário quanto à sua vedação. Afirma-se

¹⁷ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 286-289.

isso porque o disposto no art. 489, §1º, do CPC tem como um dos fins acabar com a aludida prática.

Deve-se destacar que tal dispositivo poderá ser reputado incompatível com a Constituição, já que estabelece parâmetros e limites para o julgador, não presentes no texto supremo. É um argumento. No entanto, parece plausível o movimento inverso. Ou seja, é plenamente possível a estipulação de indicativos que maximizem uma garantia fundamental, principalmente quando esta encerra, como demonstrado, uma regra semanticamente aberta. No caso, o legislador, que aplica e, por isso, interpreta a Constituição, está se valendo dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, especificamente, o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva, que consiste em “atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”.^{18 19}

Interessante notar que o legislador não pretende dizer o que é fundamentação. Apenas aponta para o que não considera uma decisão fundamentada. Cria para isso uma norma de estrutura que irá balizar a conduta do Magistrado, no ato de produzir a decisão judicial.

Antes não havia tal parâmetro, ficando ao Judiciário a aptidão de, no caso concreto, estabelecer o que era ou não uma decisão fundamentada. Permanece assim. O que houve é que agora o legislador está, no CPC, ampliando semanticamente o espectro do que seria uma decisão fundamentada, atentando para uma melhor e máxima efetivação da garantia constitucional, otimizando-a.

Desse modo, por reputar que a norma não tem o condão de limitar o alcance do que é fundamentar, mas apenas conferir ao aplicador uma maior e melhor forma de realizá-lo no ato de

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 215.

¹⁹ Prefere-se ao termo extrair a expressão construir, já que norma não é extraída do texto, mas construída pelo intérprete.

concretização, é que considera constitucional a ideia estipulada no art. 489, §1º, do CPC. Frise-se ainda que tal atuação diz respeito à regulação de processo, pois estabelece o modo como a decisão judicial será concretizada, estando o Congresso Nacional a fazer uso da competência estatuída no art. 22, I, da CF/88.

Superada esta etapa, passa-se à próxima. Ou seja, a discussão se o rol estabelecido no art. 489, §1º, do CPC é taxativo ou exemplificativo.

3.2. ROL DO ART. 489, §1º, DO CPC (EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO?)

O legislador lançou uma lista de situações em que, segundo indica, haverá inexistência de fundamentação, logo deverá ser anulada. O termo “não” ingressa com uma função concretizadora interessante, já que retira do espectro da fundamentação decisões antes reputadas, no caso concreto, fundamentadas.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que a fundamentação, por se dar no plano concreto, como já visto, não pode ser demarcada totalmente no plano abstrato. Abstratamente só é possível, para o caso, indicar algumas pistas, mas não estabelecer, *a priori*, o que é uma decisão fundamentada. Delimitar o conceito de decisão fundamentada implicaria tolher a garantia constitucional, o que seria vedado, no caso, já que a aludida regra constitucional não se mostra de eficácia contida ou restringível – aquelas normas em que o texto constitucional autoriza o legislador ordinário a conter a sua eficácia.²⁰

Por essa razão, andou bem o legislador ao indicar situações que implicariam não fundamentação. Ele não limita o conteúdo semântico da fundamentação, mas aponta para aquilo que não seria, para o legislador pátrio, uma decisão não

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

fundamentada. Mais. Toma por critério uma regra de interpretação constitucional importante, já que, como relatado, materializa e potencializa ao máximo o preceito constitucional. Não deixa de ser uma delimitação semântica. Porém a delimitação tem por função conferir maior efetividade.

Deve-se destacar ainda que a estipulação delimitadora em nenhum momento tem a pretensão de ser exaustiva, já que indica casuisticamente o que é uma decisão não fundamentada. Não exaure as possibilidades, porquanto a fundamentação ou a sua negativa só serão vistas no caso concreto. Noutras palavras, no caso concreto o aplicador poderá encontrar outras situações que não realizam o preceito constitucional e, por isso, nulas. A regra do art. 489, §1º, do CPC não é uma camisa de força, mas oferece uma importante ferramenta facilitadora para a atuação dos Magistrados, como também de todos os que atuam no processo, no intuito de identificar uma decisão não fundamentada, bem como possibilitar aos órgãos do Judiciário construir decisões fundamentadas.

Feitas tais considerações, analisa-se, no próximo item, o rol lançado pelo legislador.

4. ANÁLISE DO ART. 489, §1º, DO CPC

Como já demarcado, o legislador, no intuito de conferir maior efetividade ao comando constitucional que institui a obrigatoriedade de fundamentar, indicou, em rol exemplificativo, situações em que, *a priori*, será reputada decisão fundamentada. Para isso se lançam algumas situações, que serão, sucintamente, objeto de análise.

4.1. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, I, DO CPC

Estipula o art. 489, §1º, I, do CPC que não será fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou

à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. O aludido dispositivo assinala a necessidade de o Magistrado explicar os motivos que o levaram a utilizar o aludido preceito legal. Ou seja, exige-se que o julgador motive de modo pormenorizado a subsunção, isto é, por que um preceito serve para regular determinada situação.

Um alerta deve ser dado, entretanto. Tal prescrição deve ser analisada sempre no caso concreto, já que haverá situações em que a mera menção ao texto legal será suficiente para satisfazer o comando constitucional, máxime quando se está diante de uma conciliação ou de uma extinção de execução, por conta da satisfação da obrigação, como na hipótese do art. 924, II, do CPC. Em casos como esse, basta uma fundamentação concisa. Assim, malgrado a estipulação legal, deve-se atentar que às vezes não se faz necessário, ou melhor, não é possível ir além do sentido estatuído de forma objetiva no preceito legislado.

4.2. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, II, DO CPC

Conforme prescrição do art. 489, §1º, II, do CPC, não será fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. A prescrição aqui se aplica sem restrição, já que, se se trata de conceito jurídico indeterminado, a determinação só poderá ocorrer no caso concreto, e isso reclama densificação.

A concreção exige a necessária justificação, sob pena de arbitrariedade. Aqui a “régua de lesbos” cai como uma luva, já que o ajuste que se dá é o do caso à norma. O método é indutivo.

Pode-se afirmar que se tem aqui uma situação de concreção semântica, muito comum quando a lei se utiliza de conceitos como moralidade, interesse público, boa-fé, melhor interesse do incapaz, plausibilidade, relevância de fundamentos, meios necessários etc. Sempre bom lembrar que o conceito jurídico indeterminado é determinado no caso. A indeterminação semântica

determina-se no plano pragmático.

4.3. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, III, DO CPC

Dispõe o art. 489, §1º, III, do CPC que não haverá fundamentação toda vez que o julgador “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Claramente o legislador visa coibir a denominada motivação genérica.

Deve-se advertir que fundamentação genérica não se confunde com fundamentação repetida. Nada impede que o Magistrado, em situações idênticas, como acontece em demandas de massa, faça uso de fundamentação já lançada em causa idêntica. Isso atende à máxima aristotélica que estipula: mesma razão, mesma solução. Tal prática realiza o preceito constitucional da segurança jurídica.

Presta-se, entretanto, o dispositivo para evitar fundamentações como: “estando presentes os fundamentos, defiro a liminar”. Práticas como essa são lamentáveis e agridem frontalmente a determinação que manda fundamentar.

4.4. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, IV, DO CPC

A estipulação contida no art. 489, §1º, IV, do CPC, que reputa não fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, é talvez uma das mais interessantes inovações do texto sob análise.

Aqui se deve lançar uma advertência. Se o magistrado acolher prescrição, ele deve enfrentar todos os argumentos lançados pelo autor que rechacem a ocorrência da aludida exceção. Neste caso, não necessita adentrar em outras questões deduzidas pela parte para justificar a procedência do pedido.

Com relação a esse tópico, deve-se registrar a mudança veiculada pela Lei nº 13.256/2016, que estipulou nova redação

para o art. 1.038, §3º do CPC. A redação originária estipulava: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrárias”. Já a nova redação estabeleceu: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.” Note-se que o legislador reformador preferiu uma prescrição mais precisa (... ”todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrárias”), por outra mais vaga (... ”fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”). Essa mudança acaba por dar maior flexibilidade ao aplicador, na hora de realizar a regra da fundamentação pormenorizada. A redação embora seja lamentável, não afasta a necessidade de uma justificação adequada, sobe pena de macular o preceito constitucional que visa concretizar.

Deve-se interpretar o art. 489, §1º, IV, bem como o art. 1.038, §3º, ambos do CPC, em consonância com a regra que prescreve a necessidade de fundamentação.

Registre-se, por fim, a necessidade de se concretizar a congruência entre a decisão e a atividade das partes. Realiza de forma enfática o contraditório, pois proíbe que o Magistrado faça tábula rasa dos argumentos lançados pelas partes. Efetiva assim o papel da parte como agente apto a interferir na produção judicial do direito, fato este visto por Hans Kelsen como função primordial do advogado, que, ao propor norma, exerce função política no processo.²¹

4.5. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, V, DO CPC

Na redação do art. 489, §1º, V e VI, do CPC, o legislador lança sua preocupação para uma realidade que vem reclamando cuidado redobrado, já que trata da aplicação de precedentes e de súmulas.

Agora a preocupação é lançar algumas poucas

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 472-473.

considerações sobre o disposto no inciso V, que estipula não ser fundamentada a 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”.

O sistema pátrio tem, em regra, sua pauta na lei, sendo sua aplicação norteada pelo modelo de pensamento dedutivo. Neste contexto, o precedente e a súmula, normalmente, se apresentam como sendo uma demarcação semântica do texto legislado, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional.

Assim, a aplicação do precedente e da súmula requer a identificação das razões que indiquem o ajuste do caso ao preceito construído a partir deles.²²

Faz-se necessário atentar para uma mudança de paradigma, já que, como alertado no item 4.2., o modo de ajuste terá de se valer também do método indutivo. Aqui o Magistrado será chamado a fazer uso da justiça concreta, tal qual preconizado por Aristóteles, que alude à já mencionada “régua de lesbos”.

Nada impede, entretanto, em questões massificadas, que tal justificativa seja sucinta.

4.6. HIPÓTESE DO ART. 489, §1º, VI, DO CPC

A hipótese prevista no inciso VI do já mencionado artigo remonta, como já ressaltado, à questão do precedente e da súmula. Aqui, entretanto, visa regular a questão da não aplicação da súmula ou do precedente. Assim, prescreve que não será fundamentada a decisão 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

²² Para aprofundar o tema, indica-se o excelente trabalho de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012).

superação do entendimento”.

Uma questão deverá ser levada em consideração. Toda súmula e/ou precedente é vinculante? O texto leva a crer que sim. Mas deve-se ter em mente que há precedentes persuasivos. Um exemplo é uma decisão veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre danos morais, que seria precedente vinculativo para a justiça comum e federal, mas seria persuasivo para a justiça do trabalho. Percebe-se que há uma mudança de paradigma, já que o precedente e a súmula terão o condão de regular as situações de forma abstrata e geral, como os preceitos veiculados pela lei.

É bem verdade que, em regra, como já explicitado, o precedente e a súmula apenas demarcam semanticamente algo já estatuído pela lei ou pela Constituição, embora possa ser criado sem que haja texto positivo expresso, como, de certa forma, ocorreu com a regulação do direito de greve dos servidores públicos.

O preceito em comento exige que o aplicador indique as razões que o levaram a não aplicar a súmula ou precedente. Duas situações podem acontecer. O caso não se ajusta ao preceito veiculado no precedente ou na súmula, ou, na segunda situação, simplesmente eles estão ultrapassados.

Interessante notar que em nosso sistema, que tem como lastro a construção de súmulas e precedentes a partir de textos legislados, em regra, a mudança pode não implicar mudança dos veículos introdutórios primários de normas jurídicas, mas de mudança de sentido, no plano pragmático, de texto legal que permanece vigente. Veja-se, por exemplo, a mudança ocorrida no caso da prisão do depositário infiel ou em casamento entre pessoas do mesmo sexo. O texto de direito positivo não mudou, mas mudou completamente a orientação dos órgãos judicantes.

Tais situações refletem de modo evidente a necessidade de justificar o porquê de não se fazer uso da súmula ou de precedente.

5. CONCLUSÃO?

O texto chega ao seu fim, porém longe de uma conclusão, já que o tema não pode ser esgotado nas quadras do presente artigo. Muitas reflexões ainda estão por vir, pois a temática reclama maturação. Agora, apenas uma aproximação. O debate está apenas começando. Parabéns ao legislador por lançar a fagulha de uma grande mudança de paradigma. Fechando o texto e abrindo o debate, pode-se afirmar que a análise posta teve por objetivo, ainda que sucintamente, expor a questão de o CPC indicar o que é uma sentença não fundamentada, com o intuito de, delimitando semanticamente o não, alargar, do ponto de vista da maior efetividade, a garantia constitucional que exige a fundamentação da decisão judicial.

Tal proposta, entretanto, não é isenta de senões, principalmente no que diz respeito à quantidade de embargos de declaração que poderão advir a respeito de decisão que supostamente venha a ofender alguns dos aludidos preceitos. Esta preocupação é real. Caberá aos órgãos judicantes dimensionar, na medida do possível, o alcance dos aludidos comandos.

Deve-se destacar também que as regras que indicam o que é uma sentença não fundamentada necessitam de densificação no caso concreto e, por isso, veiculam conceitos juridicamente indeterminados. Quer-se dizer com isso que só no caso concreto se pode afirmar se há ou não deficiência na fundamentação, mesmo com a alocação de situações hipotéticas que impliquem não fundamentação.

Pode-se afirmar assim que não se solucionam problemas do plano concreto com abstrações. São planos diferentes. Problema no plano concreto só se resolve no plano concreto. Porém, nada impede que o legislador indique caminhos. É o que se apresenta. Os aludidos preceitos fornecem atalhos para se identificar uma decisão não fundamentada. Mas nem todo atalho leva ao

caminho certo. Só quando se chega ao lugar pretendido é que se pode afirmar que o atalho funcionou ou não.

Por tais razões, as regras que estipulam o que é uma decisão não fundamentada, de cunho exemplificativo, fornecem pistas que poderão indicar, em boa parte dos casos, uma decisão não fundamentada. No entanto, como diz o compositor Caetano Veloso, a verdade pode pregar peças, pode iludir: “você diz a verdade, a verdade é seu dom de iludir” (*Dom de iludir*, Caetano Veloso).



6. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Trad. Julio Palli Bonet. 1ª ed., 4ª reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário – Fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Trad. José Baptista Machado. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Jose Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito*.

- In Temas de Direito Processual* (Segunda Série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental da motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TARUFFO, Michele. Note sulla Garanzia Costituzionale della Motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LV:29-38. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.