

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC 2015 E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA N° 21.315/DF

JUDICIAL REASONING BY THE 2015 PROCEDURAL LAW AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE INJUNCTION N° 21.315 FROM THE BRAZILIAN FEDERAL DISTRICT

Mônica Teresa Costa Sousa¹

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
(Florianópolis/SC, Brasil)

Roberto de Oliveira Almeida²

Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA (São Luís/MA, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito processual civil.

RESUMO: A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) repercute o modo como se concebe a discussão dos temas processuais, em especial a questão relativa à fundamentação das decisões judiciais. A função jurisdicional é dotada de criati-

vidade, cabendo ao magistrado conceber a solução jurídica para o caso concreto sob análise. Tal atividade, contudo, deve ser levada a efeito de forma racional e justificada, o que se verifica a partir da fundamentação das decisões. O CPC/2015 impacta tal princípio a partir do momento em que contempla inúmeros critérios para análise da fundamentação das decisões.

¹ Professora Adjunta na Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Bolsista de produtividade em pesquisa da Fapema (São Luís/MA). *E-mail:* mtcostasousa@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2651036312847509>.

² Advogado. Professor do Curso de Graduação em Direito na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Especialista em Direito Processual Civil. *E-mail:* robertoalmeida00@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5558140846652180>.

Entretanto, a última palavra sobre a legislação federal é do Superior Tribunal de Justiça, que indica, em sua primeira decisão sobre o referido princípio, inclinação para manutenção do atual estado de coisas. Inicialmente, aborda-se a questão relativa ao exercício da jurisdição e a fundamentação das decisões judiciais. Em seguida, pontua-se como o CPC/2015 inovou com relação àquele princípio. Por fim, analisa-se a decisão do STJ no MS 21.315/DF, primeiro caso em que se analisou suposta violação ao art. 489 do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: fundamentação das decisões judiciais; Código de Processo Civil de 2015; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: *The coming into effect of the new Procedural Law (CPC/2015) affects the way the discussion about the procedural themes are conceived specially the aspects of the judicial reasoning. Jurisdiction is a creative function and the judge must conceive the solution to the case under analysis. That activity must be done rationally and in a justified way which can be verified through the reasoning of the decision. The new Procedural Law impacts the way the legal reasoning is conceived by contemplating several hypothesis in which the decisions will not be considered justified. However, the final interpretation of federal law is from the Superior Court of Justice that on its first decision about the judicial reasoning has signaled that the actual state of affairs will be maintained. First, the article discusses the jurisdiction and judicial reasoning. Then, the article describes the judicial reasoning by the new Procedural Law (CPC/2015). At the end, it analyzes the decision made by the Superior Court of Justice (STJ) in the Injunction n° 21.315 from the Federal District.*

KEYWORDS: *judicial reasoning; Procedural Law; Superior Court of Justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Criatividade, racionalidade e justificação da função jurisdicional; 2 Aspectos da fundamentação das decisões no CPC/2015; 3 Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n° 21.315/DF; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Creativity, rationality and justification of jurisdictional activitie; 2 Substantiation aspects on CPC/2015 decisions; 3 Analysis of the Superior Court of Justice decision's in Declarations Appeal on Injunction n° 21.315/DF; Final reasons; References.*

INTRODUÇÃO

A edição de um novo Código de Processo Civil (CPC/2015) implica uma nova forma de pensar as questões da ciência processual e de dar respostas aos conflitos que lhes são subjacentes. Antes mesmo do advento deste CPC/2015, processualistas estavam sendo desafiados

a se apropriar da Constituição Federal (CRFB/1988), de modo a que a leitura e a aplicação das regras do processo estivessem para além dos diplomas instrumentais, estabelecendo-se, assim, um vínculo de intimidade com os valores emanados das normas constitucionais. O compromisso com a concretização dos direitos fundamentais pela ciência processual foi fortalecido com o CPC/2015, com ampla repercussão por todo o Direito.

No catálogo dos direitos e das garantias fundamentais, adquire especial relevância a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB/1988). A Constituição assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a fundamentação das decisões. Trata-se de princípio que visa, por um lado, garantir a efetiva transparência da atuação dos órgãos jurisdicionais e, por outro, evitar arbitrariedades quando da prolação das decisões judiciais. A fundamentação tem por objetivo, igualmente, garantir racionalidade à atividade jurisdicional.

O CPC/2015, a fim de aprofundar o conteúdo desse princípio constitucional, trouxe rol exemplificativo de decisões judiciais não fundamentadas (art. 489, § 1º). O objetivo da legislação processual é estabelecer um padrão mínimo de racionalidade, tendo em vista a prática corrente de prolação de decisões apenas formalmente fundamentadas. Isto é, que possuem o capítulo da fundamentação, mas, efetivamente, em nada justificam o posicionamento adotado pelas cortes.

A despeito do avanço, a plena aplicabilidade do dispositivo e, conseqüentemente, a concretização dessas inovações dependem da interpretação a ser levada a efeito pelos Tribunais. Nesse ponto, especial relevância possui o Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para uniformizar entendimentos sobre lei federal (art. 105, III, *c*, da CRFB/1988). Com efeito, o STJ já enfrentou um caso em que a violação ao art. 489 foi suscitada, tendo apresentado entendimento controverso, sendo este acórdão o principal objeto deste trabalho.

Para enfrentar o debate, optou-se por pesquisa bibliográfica e documental, em que, inicialmente, são delineados aspectos da fundamentação das decisões judiciais, pontuando-se questões relativas à criatividade, racionalidade e justificação da função jurisdicional. Posteriormente, são expostos os avanços no delineamento de tal princípio pelo CPC/2015, bem como as controvérsias em virtude da sua entrada em vigor. Por fim, aborda-se o julgado do STJ sobre a fundamentação das decisões, problematizando os critérios e argumentos jurídicos utilizados no mesmo, sustentando-se, assim, a hipótese de violação àquele princípio, tal como delineado no CPC/2015.

1 CRIATIVIDADE, RACIONALIDADE E JUSTIFICAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A função jurisdicional é dotada de substitutividade³. Trata-se de técnica de composição de conflitos por um terceiro imparcial que substitui a vontade das partes, apresentando a solução para a controvérsia apresentada. À exceção das hipóteses em que realizam composição consensual, não cabe às partes, quando provocada a jurisdição, solucionar o conflito. Isso implica dizer, ainda, que não pode um litigante invadir a esfera jurídica do outro para satisfazer os direitos que reputa possuir.

Tendo em vista que em todo processo há uma relação de direito material controvertida e, ainda, que a jurisdição consiste em técnica de tutela de direitos, cabe ao órgão julgador, quando da solução da questão controvertida, interpretar os enunciados normativos e deles extrair as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos⁴.

A atividade interpretativa não consiste em simples ato (arbitrário) de vontade, por meio do qual o juiz, de forma discricionária, escolhe a solução (interpretação) que reputa mais adequada para o caso concreto⁵. Trata-se de atividade eminentemente criativa, por meio da qual se estrutura uma norma jurídica individualizada, consubstanciada em uma decisão judicial, a regulamentar um caso concreto e estabilizar, em definitivo – quando do trânsito em julgado –, determinada situação jurídica. As atividades jurisdicional e legislativa estão, em alguma medida, vinculadas à observância de parâmetros jurídicos preestabelecidos, ambas podendo se desenvolver com certa liberdade dentro daqueles marcos⁶.

Considerando a existência de discricionariedade judicial, é possível falar que sempre haverá um grau mínimo de liberdade⁷ se o texto normativo a ser interpretado for elaborado de modo fechado, preciso e objetivo, e haverá máxima liberdade quando a solução do caso demandar a integração de alguma lacuna⁸. Com efeito, os sistemas jurídicos contemporâneos têm conferido ao intérprete

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ V. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

um espaço de atuação cada vez mais amplo, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados e, ainda, das chamadas cláusulas gerais, possibilitando ao órgão julgador um amplo poder para dizer o que é o direito⁹.

As cláusulas gerais processuais são dispositivos com grande amplitude semântica, a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional a devida adequação à controvérsia de direito material envolvida. Essa é a relação que deve existir entre direito material e direito processual: uma relação circular, de interdependência, na qual o direito material influencia a criação das normas de direito processual, ao passo em que o direito processual serve à concretização do direito material¹⁰. Tais normas consistem em verdadeira “concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva”¹¹.

Portanto, as escolhas dos intérpretes demandam justificativas. É dizer: a legitimidade das decisões judiciais depende da sua racionalidade e da sua justificação. A racionalidade se relaciona com a capacidade de se demonstrar a conexão com o sistema jurídico e, ainda, a argumentação utilizada para fundamentar a opção pela interpretação possível. A justificação, por sua vez, consiste na necessidade de se explicitar as razões pelas quais uma interpretação foi escolhida entre as várias possíveis¹².

Neste contexto, considerando a atividade interpretativa/criativa dos juízes e, ainda, a necessidade de racionalidade/justificação das decisões é que se apresentam dois aspectos fundamentais da atividade jurisdicional.

A fim de assegurar a racionalidade e a justificação das decisões judiciais, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) previu, no art. 93, inciso IX, o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de mecanismo de controle das decisões judiciais, o que permite, inclusive, a sua impugnação. Pelo referido princípio, todo pronunciamento judicial com conteúdo decisório deve ser fundamentado, sob pena de ser considerado nulo. A racionalidade e a justificação das decisões judiciais asseguram, assim, a

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: Cedam, n. 4, 1960.

¹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 546.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

legitimidade da prestação jurisdicional, dado que não cabe ao Estado de Direito interferir na esfera pessoal dos indivíduos sem justificar sua interferência¹³.

Nas legislações infraconstitucionais, a fundamentação é historicamente considerada parte essencial da decisão (v. art. 458, II, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 489, II, do Código de Processo Civil de 2015), e a sua ausência implica invalidade do pronunciamento. Mas não só. A fundamentação deficiente e, ainda, a ausência de correlação entre os fundamentos apresentados pelo juízo e a decisão proferida também acarretam a invalidade da decisão judicial¹⁴.

Por outro lado, também é assegurada aos magistrados em geral a possibilidade de formar seu convencimento de forma livre e independente. Trata-se da conjugação dos ideais de independência funcional – assegurada constitucionalmente a partir das noções de inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade (art. 95 da CRFB/1988) – com o livre convencimento motivado. Para além disso, a própria Constituição impõe aos magistrados inúmeras vedações, de modo a impedir o comprometimento da sua imparcialidade (art. 95, parágrafo único, da CRFB/1988).

A despeito de a ordem constitucional brasileira ter adotado o princípio da fundamentação das decisões, não é possível falar na existência de um modelo fechado de racionalidade. Não há, tampouco, acordo entre pesquisadores e operadores do Direito sobre qual deva ser o padrão relativo à fundamentação das decisões. Essa ausência de padrão de racionalidade jurídica é definida por José Rodrigo Rodriguez como uma “zona de autarquia”¹⁵. Daí a relevância, quanto ao ponto, dos debates acerca da argumentação jurídica¹⁶.

Considerando uma saída dessa “zona de autarquia”, o CPC/2015 aprofundou o conteúdo do princípio da fundamentação das decisões, elaborando um rol exemplificativo de decisões que podem ser consideradas não fundamentadas (art. 489, § 1º, do CPC/2015), a fim de assegurar a maior

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de direito processual*. 8. sér. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 67.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006; ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004; VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

concretização do mandamento constitucional. Não havia, nas legislações processuais anteriores, qualquer dispositivo equivalente ao atual art. 489 do CPC/2015. Assim, qualquer controvérsia sobre a ausência de fundamentação das decisões somente era dirimida na análise do caso concreto, quando impugnada a decisão supostamente não fundamentada. Com a entrada em vigor do CPC/2015, o julgador se vê compelido a seguir o roteiro do art. 489, § 1º, a fim de evitar a incidência em quaisquer daquelas hipóteses. Incorrendo nos vícios previstos no dispositivo, se estará diante de decisão judicial carente de fundamentação e, portanto, dissonante dos critérios mínimos de racionalidade e justificação agora previstos em lei.

2 ASPECTOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CPC/2015

De início, diz o CPC/2015 que não será considerada fundamentada a decisão judicial que se limite à reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicar a sua relação com o caso em questão (art. 489, § 1º, do CPC/2015). Como anteriormente mencionado, a atividade decisória é eminentemente criativa. A elaboração de pronunciamento judicial perpassa pela leitura e interpretação do texto normativo, correspondência da hipótese ao caso concreto, análise das alegações trazidas pela parte, do conjunto probatório e da extração da norma jurídica. A atividade decisória não é simples leitura/subsunção da norma ao caso concreto, sobretudo pelo fato de que o legislador emprega, em inúmeras ocasiões, textos abertos e conceitos jurídicos indeterminados.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem a efetiva correspondência com o caso concreto também é uma hipótese de decisão judicial não fundamentada (art. 489, § 1º, II, do CPC/2015). Conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais utilizam expressões vagas, que permitem uma ampla margem de interpretação, exigindo do intérprete maior esforço para demonstrar a sua incidência no caso concreto. Os textos normativos estão repletos de conceitos jurídicos indeterminados. São exemplos: “vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, V, do Código de Defesa do Consumidor), “tempo razoável” (art. 6º do CPC/2015) e “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CRFB/1988).

Também não se considera fundamentada a decisão que utiliza fundamentos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III). Não raro, em julgamento de embargos de declaração ou quando da análise de pedido de antecipação de tutela, é possível extrair os fundamentos das decisões e utilizá-los em quaisquer hipóteses similares. O roteiro é conhecido pelos que possuem

experiência na prática forense: breve relatório dos fatos, breve manifestação sobre o cabimento dos declaratórios ou requisitos para concessão da tutela e, por fim, afirmação de que ausentes os vícios da decisão judicial ou os requisitos autorizadores à concessão da medida antecipatória sem que haja qualquer análise do caso concreto.

O CPC/2015 reputa não fundamentada, ainda, decisões judiciais que não enfrentam todos os argumentos capazes de modificar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV). É bem verdade que, para o acolhimento de um determinado pleito do autor, não é preciso que o órgão jurisdicional contemple todos os argumentos trazidos em suas manifestações. É possível que um argumento seja suficiente para formar o convencimento do juízo. Por outro lado, em homenagem ao princípio do contraditório, deve-se contemplar todos os fundamentos articulados pela defesa que sejam capazes de, em tese, modificar o convencimento do magistrado. O inverso também é possível: ao rejeitar os pedidos do autor, deve o juízo contemplar todos os fundamentos por ele trazidos, mesmo que, para formar seu convencimento, não tenha necessitado acolher todos os fundamentos da defesa. O juiz estaria desobrigado a analisar todos os argumentos da tese derrotada apenas quando diante de decisão fundada em julgamento de recurso repetitivo ou assunção de competência, tendo em vista que, quando da formação do precedente, todos os fundamentos determinantes já haviam sido plenamente discutidos¹⁷.

Em se tratando da utilização de precedentes, também não pode o juízo invocá-los ou utilizar enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes (*ratione decidendi*) ou sem demonstrar que o caso se ajusta àqueles (art. 489, § 1º, V, do CPC/2015). A decisão não se fundamenta em simples transcrição de ementa de julgado e muito menos pela simples transcrição de enunciado de súmula. Ora, da mesma forma que se exige do órgão jurisdicional a análise do ato normativo no qual se funda a decisão, é necessário o devido cotejo entre a decisão que formou o precedente ou enunciado de súmula e aquela que se pretende produzir.

De outro lado, para deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, deve o órgão jurisdicional demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015). O dispositivo impõe ao órgão jurisdicional o ônus de operar a

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 337.

distinção (*distinguishing*) entre o caso em questão e as razões determinantes que formaram o precedente, a jurisprudência ou a súmula invocados pelas partes. Na hipótese de se estar diante de casos similares, cujo *distinguish* seja impossível, mas reputando-se a *ratio* do precedente como injusta, ultrapassada ou inadequada, os julgadores deverão operar o *overruling*. Trata-se de técnica de manejo do precedente que enseja a sua superação pelo órgão julgador, observando-se, em todo caso, as questões relativas à hierarquia entre órgão que julgará e órgão que firmou o precedente¹⁸.

Ao diagnosticar os vícios recorrentes na prática decisória, o CPC/2015 gerou reações das entidades representantes da magistratura, especialmente da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra e da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, que enviaram pedido de veto do artigo Presidência da República. O presidente da AMB, João Ricardo Costa, argumentou que o dever de fundamentação das decisões, nos moldes da nova legislação processual civil, comprometeria a celeridade processual e contribuiria para a burocratização do processo¹⁹.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais, nos moldes em que vinha sendo (in)observado, caminhava para seu esvaziamento e para a transformação do Texto Constitucional em letra morta. De rigor, não seria necessário o aprofundamento do princípio pelo CPC/2015, com a elaboração daquele rol. Os exemplos trazidos pelo dispositivo apenas consistem naquilo que razoavelmente se espera de um órgão jurisdicional que motiva suas decisões não cometa. Entretanto, o aperfeiçoamento se fez necessário diante do atual estado de coisas.

Corriqueiras são as decisões judiciais não fundamentadas. Formalmente, é bem verdade, a vasta maioria possui um ou mais capítulos dedicados à fundamentação. Falta, contudo, a fundamentação substancial. A fundamentação que permite ao jurisdicionado saber que teve a oportunidade de contribuir para a formação do convencimento do magistrado. É essa a fundamentação – que contempla os argumentos das partes, que ajusta a hipótese normativa ao caso concreto, que distingue ou aplica corretamente enunciado de súmula ou precedente judicial ao caso em questão – que concretiza uma das garantias

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

¹⁹ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. AMB, Anamatra e Ajufe pedem vetos ao novo CPC. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=20242>>. Acesso em: 19 set. 2016.

fundamentais do processo civil brasileiro: o princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/1988).

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático, pressupondo participação. Garantir a participação consiste em permitir às partes tomarem conhecimento de tudo o que ocorre no processo, reagir às decisões judiciais, manifestar-se em juízo e, sobretudo, poder influenciar nas decisões dos magistrados. O poder de influência se relaciona com o expresso enfrentamento, pelo órgão jurisdicional, das razões jurídicas invocadas pelas partes. Essa é a dimensão substantiva do princípio do contraditório.

Há algo de errado em um sistema que exige, para o acesso aos Tribunais Superiores, o prequestionamento de determinada matéria (análise explícita do tema pela decisão recorrida), mas permite aos magistrados não enfrentarem os argumentos deduzidos pelas partes²⁰. Está em crise um sistema que permitia aos magistrados desconsiderarem, sem qualquer justificativa, os precedentes de Tribunais Superiores suscitados pelas partes, ou que súmulas fossem invocadas pelo órgão julgador sem o devido cotejo entre os motivos determinantes e os do caso concreto.

É bem verdade que, em algumas passagens, o dispositivo ainda possibilita interpretações controvertidas. Pode-se questionar, por exemplo, se, em casos repetitivos, não estariam os juízes autorizados a utilizar a fundamentação de outras decisões (art. 489, § 1º, III, do CPC/2015). Ou se todos os precedentes e enunciados de súmula suscitados pela parte, ainda que manifestamente inaplicáveis ao caso em questão, deveriam ser cotejados pelo órgão julgador. Nesse ponto, ganha importante relevo o princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015), a ser observado por todos os sujeitos que participam do processo. Não deve o advogado, pena de inviabilizar a atividade jurisdicional, suscitar toda sorte de precedentes e de fundamentos jurídicos, ainda que manifestamente incabíveis.

Também é possível se questionar quantas decisões formariam a jurisprudência e como se poderia dizer que esta é majoritária, já que faltam critérios para tal (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015). Trata-se de questionamento

²⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC - Doutrina selecionada*. Parte geral. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. p. 319-343.

que ganha especial relevância diante da problemática construção do sistema de precedentes judiciais e de direito jurisprudencial brasileiro.

A construção racional das decisões judiciais legitima e justifica a atividade jurisdicional. Decisões não fundamentadas equivalem à negativa de prestação, a ensejar violação à inafastabilidade da jurisdição, bem como ao direito de ação e de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Contudo, o verdadeiro alcance do dispositivo dependerá da sua plena aplicação pelos Tribunais. Merece especial atenção o Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela interpretação de lei federal. Relevante, pois, a análise de como este Tribunal tem interpretado o dispositivo.

3 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.315/DF

Três meses após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – responsável pela uniformização de interpretação de lei federal – se deparou com a necessidade de analisar suposta violação ao art. 489 em sede de embargos de declaração. O recurso foi oposto em face de decisão que indeferiu a petição inicial no Mandado de Segurança nº 21.315, oriundo do Distrito Federal, de competência do STJ.

Essa é a ementa do julgado:

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 art. 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 art. 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 nº 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 aclaratórios 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 inquirir tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl-MS 21.315/DF, 1ª Seção, Relª Min. Diva Malerbi – Desembargadora Convocada do TRF 3ª da Região, J. 08.06.2016, DJe 15.06.2016)

No caso em tela, foi proferida decisão de indeferimento da inicial ao argumento de que haveria litispendência entre o mandado de segurança e outra ação ordinária em trâmite perante a 9ª Vara Federal do Distrito Federal. A litispendência consiste no trâmite, simultâneo, de demandas idênticas (iguais partes, causa de pedir e pedido), o que é vedado pela lei processual (art. 337, §§ 1º e 2º, do CPC/2015). Essa decisão foi proferida de forma não unânime, porquanto o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apontara, em seu voto, a falta de identidade entre os dois processos, razão pela qual discordara da Relatora. Eis o voto-vencido:

1. Senhor Presidente, a identidade entre mandado de segurança e ação ordinária é excepcional, excepcionalíssima, só ocorre excepcionalmente.

2. Neste caso, considero que não tenha ocorrido, porque a ação ordinária trata da inocorrência dos ilícitos e este Mandado de Segurança trata da inadequação da designação de dois eminentes Procuradores para integrarem a comissão processante. Portanto, quanto ao objeto e quanto a *causa petendi* imediata há uma discordância. A ação ordinária afirma que não houve o ilícito e o mandado de segurança diz que o processo punitivo está mal instaurado.
3. Então, acredito que devemos ir ao mérito, Senhor Presidente, com todo o respeito, devemos ir ao mérito.
4. Peça vênua para ficar vencido.

Diante da decisão de indeferimento da inicial, a parte impetrante opôs embargos de declaração, alegando omissão e contradição da decisão que indeferiu a inicial, porquanto não teria contemplado circunstâncias que ensejariam a distinção do mandado de segurança da ação ordinária, não caracterizando, assim, a litispendência.

Esse recurso foi rejeitado ao argumento de que o juiz não seria obrigado a analisar todos os argumentos suscitados pela parte, mas somente aqueles capazes de infirmar a posição adotada. Assim ficou consignado no sucinto voto condutor do acórdão nos embargos de declaração, cujo conteúdo é praticamente idêntico à ementa:

Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 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.

No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a Ação Ordinária nº 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.

Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios 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 inquinar tal *decisum*.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

Tal precedente, contudo, incorre em grave equívoco passível de comprometer o entendimento sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e, ainda, ensejar o esvaziamento do referido princípio.

O Superior Tribunal de Justiça de há muito entende não ser necessário o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes em suas manifestações, mas apenas aqueles relevantes e imprescindíveis à solução da demanda (v. REsp 1343065/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques; no mesmo sentido, AgRg-AREsp 594.615/PA. Rel. Min. Humberto Martins). Trata-se de entendimento consolidado à luz do CPC/1973, cujos fundamentos e princiologia estão distantes, sobremaneira, da legislação processual vigente.

A se considerar o entendimento fixado no MS 21.315/DF, em nada teria o CPC/2015 inovado em sede de motivação das decisões judiciais, o que, definitivamente, não é verdade. Ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça, no precedente, fez uma leitura parcial e isolada do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, sem contemplar as demais normas fundamentais do novo diploma processual.

O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 reputa não fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar o posicionamento adotado pelo julgador. A lógica, portanto, é a seguinte:

havendo cumulação de fundamentos e sendo apenas um deles suficientes para que se acolha o pedido, basta que o julgador analise esse fundamento para acolher a tese da parte, seja ela autora ou ré. Entretanto, quando se está diante da negativa do pedido do autor, deve o julgador analisar todos os fundamentos da demanda. O mesmo ocorre quando se rejeita o pleito da defesa: deve-se refutar todos os argumentos ali suscitados²¹. O problema decorre da adoção desvirtuada do posicionamento para que se possa rejeitar a tese suscitada pela parte sem sequer contemplar a totalidade dos argumentos por ela aduzidos, conforme levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no precedente em questão.

O sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem interesses não cooperativos de todos os sujeitos do processo. O juízo preocupa-se com a otimização numérica dos seus julgados e as partes com a finalidade de obter êxito no litígio. A partir desse contexto é que os processualistas passaram a se preocupar com a mitigação desses comportamentos não cooperativos. Não se trata mais, apenas, da cooperação/colaboração das partes com o juiz. O que se faz, agora, é uma releitura democrática da cooperação em perfil participativo, que considera o contraditório como garantia de influência na formação das decisões judiciais e não surpresa das partes quando da sua prolação²².

Tradicionalmente, o princípio do contraditório (CRFB/1988, art. 5º, LV) é concebido sob as dimensões formal e material. Formalmente, analisa-se o contraditório a partir da garantia de participação das partes em todas as fases do processo. Sob a perspectiva material, para que haja concretização do contraditório, não basta assegurar às partes a participação do processo. É preciso garantir o poder de influência das partes nas decisões judiciais²³.

O CPC/2015 concebe o contraditório sob a perspectiva da influência e não surpresa, a teor do disposto em seu art. 10, que diz que o “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar [...]”. Isto é, toda decisão submetida a julgamento deverá passar pelo crivo do contraditório. Não se coaduna com o princípio democrático a ideia de atos repentinos, inesperados,

²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 336.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 60.

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. p. 68.

de qualquer órgão estatal, em especial aquele responsável pela concretização do Direito²⁴.

Essas dimensões dos princípios do contraditório e da cooperação ganham especiais contornos com a entrada em vigor do CPC/2015. E é com base nesses fundamentos que devem ser interpretadas as hipóteses do art. 489, § 1º. Os fundamentos das decisões que possibilitam aos jurisdicionados saberem se, de fato, o julgador possibilitou o exercício da garantia de influência e participação. Ainda que repete indevidos todos os argumentos suscitados pela parte ou que entenda que tais argumentos não seriam capazes de modificar o seu entendimento, o órgão jurisdicional ainda assim deve informar o porquê da irrelevância de tais fundamentos. Não basta, portanto, mencionar vagamente que não possui qualquer obrigação de contemplar todos os fundamentos trazidos pela parte.

É nesse ponto que o CPC/2015 provoca – ou deveria provocar – uma mudança no posicionamento parcialmente correto do Superior Tribunal de Justiça: mesmo que entendidos como incapazes de modificar o posicionamento do julgador, este deve, necessariamente, informar o porquê da desnecessidade de enfrentar tais argumentos.

Deve-se ressaltar que a exigência de fundamentação das decisões possui duas funções: endoprocessual e extraprocessual²⁵. A endoprocessual consiste na circunstância de a fundamentação permitir que as partes tomem conhecimento das razões que levaram àquela decisão e realizem o controle por meio dos recursos legalmente previstos. A extraprocessual possibilita o controle da decisão pela via democrática, pelos demais jurisdicionados. Sob outra perspectiva, a decisão judicial consubstancia um duplo discurso²⁶: um para as partes do processo e outro para a formação de um precedente, que servirá à coletividade.

Pois bem. O que se vê, nesse caso, é uma inobservância à função endoprocessual da decisão, dada a recusa em enfrentar os argumentos trazidos pela parte que, indubitavelmente, seriam capazes de infirmar o posicionamento adotado. Viola-se o contraditório, impede-se a efetiva participação e o poder de influência na decisão judicial. Por outro lado, se descure o juízo da função extraprocessual da decisão judicial. É que, para os demais jurisdicionados, o

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 68.

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015. p. 315.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 206, 2012.

precedente construído sinaliza na manutenção de um estado de coisas que o CPC/2015 visava modificar.

Outro aspecto controverso do acórdão em questão está relacionado com a violação ao art. 489, § 1º, III, do CPC/2015. É que o voto proferido no julgamento desses embargos de declaração serviria a qualquer outro caso similar, consistindo em fundamentação genérica. Veja-se que o órgão julgador se limita a indicar a hipótese de cabimento dos embargos de declaração, a mencionar equivocadamente que o julgador não precisa responder às questões das partes, reafirmando o decidido pela Corte e decidindo que os declaratórios não servem para veicular inconformismo da parte quanto às decisões judiciais.

Não há, no julgamento dos declaratórios, qualquer cotejo dos argumentos trazidos pelo embargante que, sim, parecem ser aptos a infirmar o posicionamento adotado. Trata-se de questão complexa, decidida em votação não unânime, com fundamentos veiculados em embargos de declaração que teriam o condão de infirmar a posição adotada. Entretanto, se limitou o Tribunal a proferir lacônica decisão em desfavor do embargante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, a princípio, se elogiou a inovação do CPC/2015 no que tange à garantia de fundamentação das decisões judiciais; por outro lado, o que se verifica é que a sua plena aplicabilidade depende, como sói ocorrer, do entendimento dos Tribunais, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, que detém a última palavra na interpretação de lei federal.

Neste trabalho, colocou-se em discussão o precedente do Superior Tribunal de Justiça que, de forma pioneira, interpretou e aplicou o art. 489 do CPC/2015 para rejeitar embargos de declaração opostos, problematizando-se a questão relativa à fundamentação das decisões judiciais.

Para tanto, foram delineados aspectos dessa garantia constitucional, pedra de toque da função jurisdicional, ao lado de outras tantas normas fundamentais. Nesse particular, no contexto brasileiro, a fundamentação das decisões judiciais ganha especial relevância, sobretudo diante da arraigada cultura da primazia do princípio do livre convencimento. Assim, a fundamentação das decisões judiciais desempenha o importante papel de garantir a justificação, racionalidade e legitimidade dos pronunciamentos judiciais.

A entrada em vigor do CPC/2015, um sopro de renovação em um sistema de justiça repleto de decisões com déficit de fundamentação, representou, por

um lado, o protagonismo das garantias processuais de extração constitucional e, por outro, gerou toda sorte de manifestação contrária por parte de órgãos da magistratura, denotando uma altíssima resistência dos principais intérpretes e aplicadores do Direito a um dos grandes avanços da legislação processual.

Como se demonstrou pela pesquisa supracitada, a palavra final quanto à plena aplicabilidade do dispositivo ficará a cargo dos Tribunais. Em um primeiro momento, o que se extrai do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é que em nada o CPC/2015 teria inovado em sede de fundamentação das decisões, isto é, como se este tivesse adotado, sem ressalvas, o posicionamento anterior já preconizado por aquela Corte, o que, sem sombra de dúvidas, não é verdadeiro.

O precedente analisado neste artigo contraria, abertamente, inúmeros preceitos da novel legislação processual civil. De início, é possível falar na violação ao contraditório, em especial na sua dimensão material (art. 9º e 10 do CPC/2015), vez que o Superior Tribunal de Justiça não assegurou à parte do processo o poder de influenciar na decisão judicial, ignorando, por completo, argumentos por ela aduzidos.

Em seguida, deturpando a interpretação do art. 489, § 1º, informou ser desnecessário enfrentar todos os argumentos suscitados pela parte, bastando, para tanto, que a decisão seja suficientemente motivada. Contudo, como já exposto, essa interpretação é equivocada na medida em que a fundamentação suficiente deve ser levada em conta para fins de acolhida do pedido da parte, não de rejeição do mesmo. Para rejeitar o pleito da parte, o órgão jurisdicional deveria ter analisado os demais argumentos da parte, porque, em tese, seriam capazes de infirmar o seu posicionamento.

Nesse ponto, o princípio da fundamentação das decisões faz par com o princípio do contraditório. A Corte, ao entender pela irrelevância de alguns argumentos suscitados pela parte, deveria ter fundamentado a sua decisão de desconsiderá-los, não bastando, para tanto, afirmar laconicamente que a decisão restava suficientemente motivada.

Por fim, outra violação encontrada ao princípio da fundamentação tal como posto na nova legislação processual civil decorre da circunstância de a decisão não analisar, detidamente, as circunstâncias do caso concreto em seu pronunciamento, o que caracteriza a decisão genérica coibida pelo art. 489, § 1º, III, do CPC/2015.

Estamos diante de um processo de construção judicial das inovações trazidas pelo CPC/2015, ainda havendo muito a clarear, significar e concretizar, devendo os Tribunais atentarem não só aos aspectos do art. 489, § 1º, de forma isolada, mas a todas as suas normas fundamentais, em especial aquelas relativas ao contraditório, à cooperação e à boa-fé processual, sob pena de a nova lei processual civil não concretizar os postulados que considera fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. AMB, Anamatra e Ajufe pedem vetos ao novo CPC. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=20242>>. Acesso em: 19 set. 2016.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo. Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: Cedam, n. 4, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 206, 2012.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC – Doutrina selecionada*. Parte geral. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. p. 319-343.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Submissão em: 28.09.2016

Avaliado em: 24.01.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.01.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 30.05.2017