



A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO – LEI 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, ART. 489 - NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN - LEY 13.105, DE 16 DE MARZO DE 2015, ART. 489 - NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Tuanny Alves Hirai¹

RESUMO

Nem sempre houve o dever da fundamentação nas decisões judiciais, deixando os magistrados livres para decidirem conforme seu entendimento, sem que as partes soubessem o que o levou a determinada decisão. A Constituição era totalmente omissa quanto à exigência de fundamentar, tão logo em 1850, criou-se um decreto a fim de sanar tal omissão, ocorre que com o passar dos anos vendo a importância da fundamentação que o Decreto nº 737 trazia, as normas passaram a se modificar a fim de se adequar ao tal dito fundamento. Chegou-se em um ponto que se percebeu que a fundamentação, ou seja, a transcrição da norma para o caso concreto já não era mais tão eficiente quanto se imaginava, eis que as decisões facilmente poderiam ser discutidas em instância superior por haverem matérias amplas sobre o caso. Percebendo tal importância as normas foram se aperfeiçoando, até chegar em 1988, ano no qual a nossa atual Constituição Federal da República foi promulgada, trazendo em seu Artigo 93, inciso IX, aduziu que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário teriam suas decisões fundamentadas. Atualmente, percebendo que apenas a fundamentação não era o suficiente para sanar eventuais discussões sobre as decisões do magistrado, o Novo Código de Processo Civil, sustentou em seu Artigo 489 a importância da Argumentação, sendo este o objeto principal deste Artigo, a importância da argumentação nas decisões judiciais.

Palavras-chave: Fundamentação; Argumentação; Racionalização;

RESUMEN

No siempre hubo el deber de la fundamentación en las decisiones judiciales, dejando a los magistrados libres para decidir según su entendimiento, sin que las partes supieran lo que lo llevó a determinada decisión. La Constitución era totalmente omisa en cuanto a la exigencia de fundamentar, tan pronto en 1850, se creó un decreto a fin de sanar tal omisión, ocurre que con el paso de

¹ Hirai, Tuanny Alves - Graduanda do Curso Direito do Centro Universitário Uninter - RU 280127

los años viendo la importancia de la fundamentación que el Decreto nº 737 traía, las normas pasaron a modificarse para adecuarse a dicho fundamento. Se llegó a un punto que se percibió que la fundamentación, o sea, la transcripción de la norma para el caso concreto ya no era tan eficiente como se imaginaba, he aquí que las decisiones fácilmente podrían ser discutidas en instancia superior por haber materias amplias sobre el caso. Al percibir tal importancia, las normas se fueron perfeccionando, hasta llegar en 1988, año en el que nuestra actual Constitución Federal de la República fue promulgada, trayendo en su Artículo 93, inciso IX, adujo que todos los juicios de los órganos del Poder Judicial tendrían sus decisiones fundamentadas. En la actualidad, percibiendo que sólo la fundamentación no era suficiente para sanar eventuales discusiones sobre las decisiones del magistrado, el Nuevo Código de Proceso Civil, sostuvo en su Artículo 489 la importancia de la Argumentación, siendo éste el objeto principal de este Artículo, la importancia de la argumentación en las decisiones judiciales.

Palabras clave: Justificación. Argumentación. Racionalización.

1 INTRODUÇÃO

O Constituinte Originário dispôs no artigo 93, inciso IX, que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, serão fundamentados. O presente dispositivo é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Historicamente, como será pontuado no presente trabalho, nem sempre as decisões dos magistrados foram fundamentadas, ao contrário, a fundamentação era desestimulada por dar azo à interposição de recursos.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o qual perdurou até março de 2016, entendia-se que a simples aplicação da lei ao caso concreto, bem como referenciar determinada jurisprudência ou súmula de tribunais, mostrava-se suficiente para justificar a decisão.

No entanto, as mudanças sociais, políticas, jurídicas e culturais empreendidas na sociedade nos últimos anos, fizeram com que essa forma de pensar fosse sendo alterada, pois na concepção atual de Estado Democrático de Direito, não se permite mais fundamentações rasas, pautadas apenas em referências a lei ou a jurisprudência.

O Novo Código de Processo Civil, no artigo 489, buscou alinhamento com essas novas concepções trazendo não somente novas determinações sobre a fundamentação, mas, mesmo que implicitamente, a necessidade de argumentação.

Percebe-se que tal tema implicará em modificações de pensamentos na magistratura brasileira, por se tratar de um tema muito recente não se faz demasiadamente notório, porém, já se nota a complexidade do mesmo, eis que os magistrados estão procurando adequar sua forma de julgar com a nova legislação imposta.

Assevera-se que o estudo da Argumentação pode ser feito sob o viés das Teorias das Decisões Judiciais, contudo, não é esse o objetivo do presente trabalho, o qual busca apenas demonstrar a diferença entre fundamentação e argumentação, institutos legitimadores das decisões judiciais e presente no artigo 489 do Novo Código de Processo Civil.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal brasileira de 1988 destacou, em capítulo nominado Direitos e Garantias Fundamentais, uma série de direitos e garantias constitucionais do processo, tais preceitos foram inseridos pelo legislador do Novo Código de Processo Civil dos artigos 1º ao 12, deixando claro que a mencionada lei será ordenada, disciplinada e interpretada segundo os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição.

Pode-se observar que tais dispositivos vêm assegurar o princípio da dignidade humana, haja vista que suas normas asseguram decisões justas aos litigantes, observando o devido processo legal.

O devido processo legal é o princípio *mater* de onde advêm inúmeros outros princípios, como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade das partes, a vedação das provas ilícitas, a imparcialidade, a decisão fundamentada, entre outros, todos visando um processo justo.

A fundamentação das decisões judiciais é uma importante expressão no âmbito do reconhecimento dos direitos fundamentais, haja vista vivermos em um Estado Democrático. Trata-se de um direito indispensável para assegurar as partes o reconhecimento dos motivos, das razões que levaram o juiz a julgar de tal maneira.

Um renomado autor que nos explica bem este dever do magistrado é Nelson Nery Junior (1999. p.175), conforme trecho a seguir:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação.

Vê-se, facilmente a relação não só da fundamentação, mas da fundamentação, da motivação e da argumentação que deverá ser exposta pelo magistrado. Assim, para se ter uma decisão justa, o juiz é totalmente vinculado a expor sua motivação, bem como atender aos demais requisitos elencados no Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil.

3 BREVE HISTÓRICO SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em uma época não distante de nossa atual realidade, os magistrados não necessitavam fundamentar suas decisões, havia requisitos obrigatórios formais que deveriam ser observados no que tange a prolação da sentença, como, por exemplo, a língua que deveria ser escrita, a posição em que o juiz deveria proferi-la, fosse de pé ou sentado, o local, dia, horário, ser de fácil compreensão, entre outras exigências formais. No entanto, não havia obrigação de expor os motivos pelos quais o juiz decidia de tal forma, embora tivesse que decidir de forma tecnicamente compreensível. Nesse sentido, as lições do erudito jurista português Manuel Hespanha (2015, p. 28-30):

Estes requisitos são, sobretudo requisitos formais, relativos a leitura das sentenças (recitativo, C.7,44, 1 a 3), à língua (grego, latim, vernáculo, C.7, 45,12) em que deviam ser escritas ou até à posição em que o juiz as devia dar (de pé, sentado). Também era relevante o lugar e o tempo em que as sentenças eram dadas. Não o podiam ser em tempo feriado, de noite, num lugar indigno (lupanar ou taberna).

Os juízes decidiam conforme a sua vontade, não havia uma preocupação em expor o motivo que o levou a julgar de tal maneira, muito pelo contrário, para os juízes era demasiadamente plausível a omissão dos fundamentos, evitando a invalidação de suas decisões com o argumento de que foram equivocados e/ou errôneos os motivos que o levaram a proferi-la. Uma decisão fundamentada erroneamente poderia acarretar ao magistrado multa, conforme esclarece Hespanha no trecho a seguir:

[...] E o Julgador, que poser fentença deffinitiva contra fôrma deita Ordenação, se no caso tiver alçada, pagará vinte cruzados; e se houver delle apellação, ou agravo, pagará dez cruzados para a parte, em cujo prejuízo for posta a dita sentença definitiva. [...]

Se não bastassem as infundadas decisões que geravam demasiados recursos confusos, aqueles magistrados que se atreviam a fundamentar suas decisões não eram bem recepcionados pelos demais, já que a grande maioria não tinha esse hábito, principalmente pelo temor de serem penalizados por uma má fundamentação em uma decisão. Assim, não tinham grande apreço aos que se arriscavam.

As decisões para chegarem ao ponto que as encontramos atualmente, passaram por transformações inimagináveis, como o Tribunal da Rota Romana, em que era feito um relatório para as partes, com o que havia de controverso nas razões apresentadas por ambos, e este poderia vir apartado da decisão, assim, as partes facilmente identificariam o ponto no qual discordam e poderiam aplicar o melhor recurso ou resposta. Hespanha (2015, p. 31, 38) nos torna clara esta ideia:

Enquanto o Tribunal da Rota Romana – que serviu de exemplo de organização formal das decisões e das sentenças – excluía a

motivação do corpo da sentença, remetendo-a para um documento preparatório que estabelecia os pontos controvertidos e informava disso as partes (relatório), noutras regiões as próprias sentenças incluíam uma fundamentação, embora breve.

Em se tratando do nosso país, constata-se que a primeira Constituição outorgada em 1824, pelo Imperador D. Pedro I, dispunha em seu artigo 152 que os jurados deveriam se pronunciar sobre o fato e os juízes aplicariam a Lei, sem fazer qualquer menção a necessidade de tais decisões serem argumentadas, motivadas ou fundamentadas.

Com a omissão da Constituição de 1824, preocupado em regulamentar o Código Comercial, determinando a ordem do *Juizo no Processo Commercial*, foi criado no ano de 1850, o Decreto nº 737, que em seu artigo 232, dispunha sobre a sentença definitiva:

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

Dessa forma, o magistrado se viu na obrigação de motivar o seu julgado, realizando um embate entre fundamentos do pedido e fundamentos da contestação. Devendo, ademais, declarar o uso ou estilo em que se fundou para proferir sua sentença, sendo sua responsabilidade a aplicação correta da lei.

No ano de 1891, após a derrocada da Monarquia, surge a primeira Constituição Republicana, que trazia no seu artigo 61, referência à competência dos juízes e Tribunais dos Estados, mas não tecia qualquer determinação quanto a fundamentação das decisões.

Revogada a Constituição de 1891, foi promulgada em 1934, a terceira Constituição Brasileira inspirada na Constituição Alemã de Weimar, com intensa conotação social. Previu um capítulo próprio para referenciar os Direitos e Garantias Fundamentais e no artigo 113, inciso XXXVII, dispunha que nenhum juiz deixaria de sentenciar por motivo de omissão na lei e em tal

caso, deveria decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade. Apesar de haver direitos e garantias fundamentais, não havia ainda a obrigatoriedade na Constituição no que tange a exposição do dever da fundamentação da decisão.

No ano de 1937, foi outorgada a Constituição “Polaca”, inspirada na autoritária Constituição Polonesa, que não fazia qualquer menção ao dever de fundamentação.

Contudo, ante a inércia da Constituição no requisito da motivação das decisões, em 1939, surgiu o primeiro Código de Processo Civil, que no intuito de regulamentar os requisitos das decisões, aduziu:

Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

No ano de 1946 é promulgada nova Constituição, mas, assim como a anterior, não fazia qualquer menção à fundamentação das decisões judiciais, embora seja apropriado dizer que, o Código Civil de 1939 continuava em vigor, suprimindo a omissão do Constituinte Originário.

Em sequência a nossa análise histórica, em 1965, com a Lei 4.738 de 14 de julho de 1965², Artigo 11, dispunha que concluso os autos dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz ou tribunal teria o prazo de 5 (cinco) dias para proferir a decisão, indicando na sentença ou no despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

A partir do ano de 1973 até o ano de 2016, o Código de Processo Civil vigente era a Lei nº 5.869, de 11.1.1973, que regulamentou de forma ampla,

² Art. 11. Conclusos os autos dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz ou tribunal terá o prazo de 5 (cinco) dias para proferir a decisão. § 1º O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não alegados pelas partes. § 2º O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

porém não específica, a fundamentação nas decisões judiciais. Tal regramento, preceituava que o juiz informando os motivos os quais lhe convenceram, poderia apreciar livremente as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que as partes não houvessem alegado.

Neste mesmo Código de 1973, no Artigo 458, II, encontrava-se descrito como requisito essencial da sentença, os fundamentos que levaram o juiz analisar as questões de fato e de direito.

Tão logo, o Artigo 165 do Código de Processo Civil de 1973⁶, dispunha que deveria haver observância ao Artigo 458, com relação as sentenças e acórdãos proferidos nos autos. Assim, as decisões passaram obrigatoriamente a ser fundamentadas.

A Constituição promulgada em 1988 previu em seu Artigo 93, inciso IX³, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade. Logo, deveria haver a transcrição da lei na decisão proferida, bastando o legislador transcrever a lei que o motivou a proferir tal decisão que esta se considerava fundamentada, portanto, válida.

Nota-se com esta linha do tempo que princípio da fundamentação não nasceu de uma hora para outra, mas se aperfeiçoou com o tempo, principalmente diante das exigências sociais.

O Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, traz, além do princípio da fundamentação o da argumentação, com o objetivo de imprimir mais clareza às decisões judiciais, suprimindo as incertezas da motivação final de sentença que levam as partes à interposição de recursos.

³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

4 A DISTINÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO

Para que a decisão de um juiz brasileiro fosse constitucionalmente alocada, era preciso que ele a fundamentasse com uma lei, uma súmula, uma jurisprudência ou outra norma válida, porém, a simples fundamentação acarretava um grande problema devido as várias interpretações que as decisões poderiam ter, observando-se que, apenas o ato de fundamentar não era suficiente para resolver os conflitos do nosso judiciário.

Durante muitos anos, o argumento de autoridade foi a principal forma utilizada pelos magistrados para a tomada de decisões, pois o julgador primeiro tomava a decisão e depois buscava no aparato legal ou judicial a sua fundamentação. Inexistia preocupação em discorrer sobre o caminho que o levou a chegar a determinada decisão.

O Novo CPC, no artigo 489, almeja que o magistrado não apenas fundamente, mas argumente, ou seja, trace os caminhos teóricos que o levaram a tomada de decisão, legitimando-a, impedindo a ocorrência de argumentos de autoridade.

Segundo Marina Gascón Abellán (2016, p. 41, 42), o juiz deve apresentar seu raciocínio, sendo o papel central deste o de explicar todo o seu caminho até a sua decisão, o juiz deixa de ser apenas o meio de se aplicar a lei aos casos, agora ele tem um dever muito mais importante do que este, ele deve provar sua legitimidade expondo seu caminho até chegar a determinada decisão, devendo tornar a decisão totalmente racional. Vejamos o trecho a seguir da doutrinadora Argentina, sobre o que a mesma dispõe do significado das teorias da argumentação:

Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario ermerar la argumentación

para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la "boca que pronuncia las palabras de la ley" sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez, antes, al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo. Este es el sentido de las teorías de la argumentación.

Em uma primeira visada, pode parecer que o legislador do Novo CPC apenas tratou da fundamentação no artigo 489, mas, realizando uma leitura mais acurada, verifica-se a incidência direta da exigência de argumentação para a validade das decisões.

Analizando o referido artigo do Novo Código de Processo Civil, o professor da Universidade de La Plata (Argentina) e grande estudioso da Argumentação Jurídica, Amós Arturo Grajales, salienta ser o artigo 489 um dos casos específicos que dizem muito mais do que seu conteúdo normativo, vez que altera a forma como os julgadores atuam, vejamos tal trecho:

En algunas oportunidades las normas dicen mucho más que su específico contenido normativo. El artículo 489 del CPCB es uno de estos casos. Es posible advertir la reforma de diversos Códigos sin que ello implique un cambio radical en el modo de ver y entender el fenómeno jurídico sobre el que se encuentra legislando. El caso de inclusión de nuevos Códigos o la incorporación de determinados institutos jurídicos a cuerpos normativos ya existentes en nada alteran la sustancia de lo que entendemos por el fenómeno jurídico. Pero ciertas veces como en este caso del CPCB se advierte que el cambio va más allá de una modernización de determinada rama del derecho. El artículo 489 que tomo por caso cambiará más que el mero papel o registro electrónico donde se asienta la sentencia, su extensión o su forma, cambiará al operador jurídico que la redacta y a los operadores jurídicos que tengan interés directo o indirecto en ella. O mejor dicho: ellos deberán cambiar si pretenden ejercer su profesión o función de acuerdo a la normativa vigente. (GRAJALES, 2015, p. 70)

Dessa forma, impende concluir que, embora o artigo 489 não traga especificamente a palavra argumentação, tal determinação pode ser obtida e

subtendida da leitura do parágrafo primeiro do mencionado mandamento legal, parágrafo que será analisando no item seguinte.

Diferente da fundamentação que se limita a transcrição da norma ao caso, a argumentação tem como objetivo racionalizar as decisões judiciais, ademais ser possível ao julgador decidir de forma que não precise de uma lei específica para cada caso, podendo usar várias normas ao mesmo tempo, havendo racionalidade em suas aplicações, fazendo com que a decisão torne-se totalmente eficaz e com cada vez menos possibilidade de discordância das partes, evitando a interposição de recursos a fim de reformar a decisão do juízo *a quo*.

Diante desse novo quadro, observa-se uma maior amplitude e releitura do artigo 93, inciso IX da Constituição, que na sua compreensão abrange a fundamentação e argumentação como fundamentados de validade das decisões proferidas em um Estado que busca ser Democrático de Direito, não sendo admitidas decisões que simplesmente buscam fazer subsunção do fato a uma norma ou a uma jurisprudência, sem traçar todo o caminho percorrido para a tomada desse posicionamento, alterando, assim, definitivamente o modo de pensar e de agir do magistrado brasileiro.

5 ANÁLISE DO ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os elementos essenciais da sentença, vêm elencados no artigo 489, são eles: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

O relatório, conforme o inciso I preceitua, deverá conter os nomes das partes, a identificação do caso, detalhando os pedidos e a contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

Realizada a suma dos pedidos, bem como da contestação e demais atos processuais, facilmente se identificarão os pontos controvertidos, facilitando para as partes os pontos em que se atentou o magistrado com mais ênfase.

Uma sentença que não possua relatório, segundo a doutrina majoritária, pode ter nulidade absoluta, o relatório é elemento essencial da sentença, devendo o magistrado sempre se atentar quanto a este requisito.

Feito o relatório do processo, o magistrado deverá analisar os fundamentos das questões de fato e de direito, conforme preceitua o inciso II do mencionado artigo.

Por fim, no inciso III, a sentença deverá conter o dispositivo, que é a conclusão, a decisão do magistrado.

Embora todos os elementos sejam importantes, o presente trabalho se volta a uma análise da fundamentação e argumentação de todas as decisões judiciais, não somente das sentenças, concretizando o mandamento constitucional previsto no artigo 93, inciso IX.

Isso significa que o magistrado após realizar o relatório e antes do dispositivo, analisará as questões de fato e de direito percorrendo um caminho argumentativo para proferir a sua decisão.

Adverte-se, como já observado no item anterior, que a análise não poderá ser apenas a reprodução da norma ao caso concreto, pois o magistrado deverá apontar esta relação com a causa ou com a questão decidida. Em tempos atrás ele poderia simplesmente se limitar a falar: “aplico ao caso Y o artigo X!”, mas agora, ele deverá explicar o motivo da aplicação do artigo X ao caso Y, qual foi o seu entendimento para que chegasse a aplicação desta norma.

Verifica-se, dessa forma, a racionalização da decisão, transcrevendo-se às partes todas as motivações, com suas fundamentações e argumentos eleitos para a tomada do *decisum*.

O parágrafo primeiro, do artigo 489, dispõe que:

-

§ 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.

Ao transcrever que não se consideram fundamentadas as decisões que se limitam à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, o legislador de forma implícita requer que o julgador faça a racionalização da aplicação da norma com o caso concreto, não podendo deixar implícito seus motivos para que as partes do processo interpretem de várias outras formas o seu pensar.

No inciso II do parágrafo, a letra de lei aduz que o simples fato de empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, não é o suficiente para que seja considerada fundamentada a decisão, entra então o dever da argumentação do juiz.

Vejamos para Fredie Didier, a que se referem os conceitos jurídicos indeterminados:

Nessa tarefa de aplicar o ordenamento, averiguando se, efetivamente, houve subsunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos que trazem expressões vagas, de conteúdo sem âmbito aberto. Falamos dos textos normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim entendidos aqueles com postos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.

Os enunciados normativos estão repletos desses conceitos vagos: "tempo razoável" (art. 6º, CPC), "bem comum" (art. 8º, C P C), "excessivamente onerosa" e "extrema vantagem" (art. 478, Código Civil63), "proceder de modo temerário" (art.8º, V, C PC), "interesse público" (art. . 178, I, e art. 947, § 2º, ambos do CPC), "preçovil" (art. . 891, CPC), "grande repercussão social" (art. 947, C PC),

"repercussão geral" (art. 102, § 3º, C F), dentre outros exemplos." (ob cit. p. 330).

Não há óbice para que o julgador aplique conceitos jurídicos indeterminados, mas para isso ele deve transcrever o caminho que o levou a tal aplicação, justificando, pois, o seu entendimento.

Torna-se nula também a decisão em que o magistrado invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, conforme inciso III, do artigo em questão. Sabemos que atualmente existem modelos genéricos para várias situações, como por exemplo, o Artigo 186 do Código de Processo Civil⁴, mas o magistrado não pode se dar ao luxo de aplicar uma decisão genérica apenas, ele deverá motivar, fundamentar e argumentar a aplicação de tal norma para o caso concreto.

Sabemos que as partes em suas petições não medem esforços para ao menos tentar convencer o julgador de que estão com total razão, para isso argumentam todos os seus pedidos e contra pedidos. O magistrado ao não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, lhe convencer de uma decisão contrária, torna sua decisão questionável, por consequência nula.

Novamente surge o dever da racionalização do juiz na decisão, quando no inciso V, o legislador trouxe que não será considerada fundamentada, 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.

Neste sentido alude Fredie Didier sobre tal fato dizendo que é muito comum que as decisões que invocam precedentes judiciais se limitando a apenas transcrever as respectivas ementas em seus julgados, mas agora com o dever da fundamentação tal comodidade torna-se impossível, eis que o

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

magistrado deve explicar a sua comparação do caso que julga naquele momento com um caso diverso:

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação. (ob cit. p. 339)

Já no inciso VI, encontramos a menção de não serem consideradas fundamentadas as decisões que deixarem 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. Assim como no inciso V, em que o magistrado não pode aplicar precedente sem justificar tal aplicação, o inciso VI aduz que o magistrado não pode deixar de aplicar tal precedente sem racionalizar os seus motivos.

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

Ainda quanto à ponderação nos esclarece tal assunto o autor Fernando Andreoni Vasconcellos (2015):

Nesse cenário, a ponderação mencionada no novo dispositivo deve ser entendida em um sentido mais amplo, como uma exigência de reflexão em torno dos argumentos deduzidos pelas partes, para se verificar qual é a cadeia de argumentos mais racional, razoável e adequada à Constituição, para ser indicada como a que prevaleceu diante do conflito normativo.

Por fim, o § 3º do Artigo 489, diz que “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”, ou seja, o julgador não pode analisar apenas alguns aspectos trazidos no caso concreto, deixando de analisar outros

segundo o seu entendimento, deve sempre demonstrar sua boa-fé ponderando ambas as partes e analisando todas as provas e argumentos que lhe foram submetidos à análise.

A aplicação da boa-fé é um princípio que deve nortear a vida do cidadão e dos operadores do Direito, o que inclui o julgador. Neste sentido Ricardo Alexandre da Silva (2015) nos traz que:

[...] para extrair o sentido da decisão o intérprete deverá agir com a consciência de quem labora em conformidade com o Direito. Isso significa que a boa-fé subjetiva inviabiliza interpretações dos pronunciamentos judiciais contrárias ao Direito.

Por sua vez, a interpretação em consonância com o princípio da boa-fé na sua dimensão objetiva significa que o intérprete deverá adotar critérios interpretativos aceitáveis na comunidade jurídica e capazes de refletir os padrões de lealdade e racionalidade vigentes na sociedade, de modo que a obediência ao princípio inviabiliza interpretações que deturpem o sentido do que fora decidido.

Após análise acurada do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, no qual preceitua as hipóteses em que não serão consideradas fundamentadas as decisões, resta claro que uma decisão deve levar consigo o argumento do juiz.

Falamos que fundamentar é a arte de aplicar a lei ao caso concreto, então a argumentação vem a ser a importância de dar um enfoque, uma explicação, ou ainda uma racionalização para a relação entre o caso e o fundamento.

Com o novo regramento legal e a busca do cumprimento dos princípios constitucionais, os magistrados não deverão apenas fundamentar as decisões judiciais, passando a terem o dever de argumentar, racionalizando, pois, suas decisões.

6 CONCLUSÃO

A fundamentação não é usada desde sempre, ela foi surgindo com o passar do tempo e a modificação das normas, assim como surge neste momento a argumentação.

Por se tratar de um tema que surgiu recentemente no Brasil, ainda não encontramos muitas bibliografias nacionais relacionadas ao assunto, porém, há uma vasta fonte de doutrinas estrangeiras, eis que os mesmos já utilizavam da argumentação nas decisões.

Faz-se importante a compreensão da distinção da fundamentação com a argumentação, haja vista que tal mudança no Código de Processo Civil alterou não apenas a letra da lei, mas também a forma que os magistrados devem julgar, bem como de toda a sociedade jurídica, que devem se adequar às novas exigências não podendo igualar as teorias como se uma só fosse.

Com o Novo Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015, o magistrado querendo que sua decisão permaneça válida, está totalmente vinculado a argumentar a mesma, pois além de fundamentar transcrevendo a norma para o caso concreto, ele é obrigado a racionalizar a decisão, expondo todo o caminho pelo qual percorreu, quais foram seus pensamentos, quais as provas levadas em consideração, quais que para ele foram inúteis e o porquê de sua inutilidade, enfim, o magistrado deverá decidir o mais nitidamente possível, para que as partes se sintam seguras da sua decisão, não havendo interesse, a matéria e dúvidas a serem sanadas em eventual recurso.

Portanto o Novo Código de Processo Civil não exagera em considerar nula uma decisão não fundamentada com os argumentos necessários, pois se assim não o fizesse, seria uma decisão cheia de dúvidas, de incertezas, levando as partes obrigatoriamente a interporem recursos para que tal decisão venha a ser analisada em outro órgão com os parâmetros necessários e exigida por nosso ordenamento jurídico.

O presente trabalho não se propôs a fazer uma análise da argumentação frente às teorias das decisões judiciais, tema deveras interessante, profundo e necessário para um desenvolvimento mais aprofundado da temática. Objetivou-se, apenas realizar um apanhado demonstrando a importância e a diferença entre fundamentação e argumentação, passando, assim, a tornar as decisões mais justas e racionais em um Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón, FIGUEROA, Alfonso J. Garcia. **La Argumentación en El Derecho, algunas cuestiones fundamentales**. Editora Palestra Editores, 2016.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, F. A. (Org.). **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015
- BRASIL. Lei n. 4.738, de 14 de julho de 1965. Estabelece novos casos de inelegibilidades, com fundamento no artigo 2º da Emenda Constitucional número 14. Publicado no Diário Oficial da União de 19 de Julho de 1965.
- BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Brasília, 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2015.
- FUX, Luiz. (Coord.); NEVES, D. A. A. (Org.). **Novo CPC comparado: código de processo civil: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, inciso por inciso, alínea por alínea**. 2. ed., rev. São Paulo: GEN, Método, 2015
- JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Processo Civil 2**. Bahia, Editora Jus PODIVM – 10ª Edição.
- MARINONI, Luiz Guilherme; **Curso de Processo Civil I**, Editora RT – Revistas dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, D. (Coord.) **Revista jurídica – Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, 74 set/out 2016. Ano XIII. Página 92.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira; **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 230.
- SIVOLELLA, Roberta Ferme; A sentença e a fundamentação substantiva no novo CPC. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-163, jan./mar. 2016
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: RT, 15ª Edição, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Primeiros comentários ao novo Código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1740 p.