IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

DANIELA MARQUES DE MORAES

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-395-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Processo civil. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos a presente publicação, fruto das pesquisas apresentadas a partir dos trabalhos aprovados no Grupo de Trabalho Processo Civil I do IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente nos dias 9, 10, 11, 12 e 13 de novembro de 2021.

A quarta edição do encontro virtual teve como tema central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities" e foi fruto de uma parceria entre o CONPEDI, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Widener University/Delaware Law School, Universitá Degli Studi di Perugia, Universidad de Alicante e o mestrado profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. O evento teve o intuito de oportunizar a divulgação de pesquisas realizadas em instituições nacionais e internacionais, mesmo diante da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19, assegurando a concretização de discussões plurais e democráticas entre as pesquisadoras e os pesquisadores.

No GT Processo Civil I, foram apresentados 11 resultados de pesquisas, por meio de artigos que discutiram temas caros ao sistema de justiça:

1. A NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL NOS PROCESSOS POR QUESITOS, de autoria de Amanda Ferreira Dos Passos, Sandoval Alves da Silva e Rodrigo Lins Lima Oliveira;

2. COISA SOBERANAMENTE JULGADA E QUERELA NULLITATIS INSANABILIS: um estudo sob a ótica da segurança jurídica, de Fabrício Veiga Costa e Danilo de Matos Martins;

3. AS TENDÊNCIAS RESTRITIVAS DA LEGITIMAÇÃO DE AGIR NO PROCESSO COLETIVO E SEUS IMPACTOS NA SISTEMATIZAÇÃO DE UM CÓDIGO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO DEMOCRATIZADO, de autoria de Fabrício Veiga Costa e Talita Sebastianna Braz Santos;

4. PROCESSO ESTRUTURAL: DA IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO JULGADOR, de Lillian Zucolote de Oliveira e Luiz Alberto Pereira Ribeiro;

5. A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL PELA FAZENDA PÚBLICA NO CPC/15, de autoria de Alexander Perazo Nunes de Carvalho e Victor Felipe Fernandes De Lucena;

6. ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, de Walter Lucas Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira;

7. COLISÃO DE NORMAS E REFLEXOS SOBRE TRANSPLANTES JURÍDICOS DE OUTROS ORDENAMENTOS: PONDERAÇÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE, de autoria de Walter Lucas Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira;

8. POR UMA RELEITURA/REVISÃO DA SÚMULA 467 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de Antonieta Caetano Goncalves, Ricardo Tadeu Dias Andrade e Thiago de Miranda Carneiro;

9. ASPECTOS JURÍDICOS DO EXAME DE DNA: uma prova (ir)refutável?, de autoria de Vanessa Pinzon e André Luís Soares Smarra;

10. O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SUA PERSPECTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de José Bruno Martins Leão e Albino Gabriel Turbay Junior;

11. A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS A PARTIR DE UMA RELEITURA DA COERÊNCIA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA, de autoria de Vanessa Silva Leite, Vinícius Luz Torres Silva e Rafael da Silva Menezes.

O Grupo de Trabalho contou com dois blocos que apresentações, tendo sido todas as pesquisas, além de bem apresentadas, colocadas em discussão, momento no qual foi possível estabelecer o debate horizontal sobre cada um dos assuntos, com as contribuições que, certamente, engrandecerão as etapas futuras das explorações dos temas para que as investigações sejam aprofundadas.

Importante frisar o compromisso e a sensibilidade das e dos integrantes do GT quanto ao impacto da pandemia na estrutura e nas dinâmicas do sistema de justiça, resultante de novas práticas jurídicas, e que foram exploradas nos artigos apresentados.

Desejamos aos leitores desta publicação, uma excelente e prazerosa leitura! Os trabalhos apresentados que não integram esse volume foram selecionados para publicação em um dos periódicos do Index Law Journals.

Profª. Drª. Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (PPGPJDH da Universidade Federal do Tocantins – UFT /Esmat).

ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CRITICAL ANALYSIS ON THE MOTIVATION AND RATIONALE OF THE JUDICIAL DECISIONS RELATED TO PERSONALITY RIGHTS

Walter Lucas Ikeda [1]
Rodrigo Valente Giublin Teixeira [2]

Resumo

O artigo 489 do CPC veio densificar a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, estabelecendo rol de hipóteses que a decisão não será considerada fundamentada, o objeto da pesquisa seria entender o que seria uma decisão adequadamente fundamentada. A metodologia utilizada é a dedutiva, essencialmente bibliográfica. Os resultados da pesquisa apontam que o dever de fundamentação é indispensável não apenas para as partes processuais, mas para toda a sociedade, ressaltando a importância da pesquisa para o desenvolvimento da discussão política e processual dos direitos para a sociedade, como os direitos de personalidade.

Palavras-chave: Dever de fundamentação, Direitos de personalidade, Soberania popular, Fundamentação e motivação, Fundamentação e argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

The article 489 of the CPC came to densify the constitutional guarantee of the grounds for judicial decisions, establishing a list of hypotheses that the decision will not be considered grounded, the object of the research would be to understand what would be a properly grounded decision. The methodology used is deductive, essentially bibliographical. The research results show that the duty to provide reasons is indispensable not only for the procedural parts, but for the whole society, emphasizing the importance of research for the development of the political and procedural discussion of rights for society, such as personality rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Duty to substantiate, Personality rights, Popular sovereignty, Rationale and motivation, Rationale and argumentation

---

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Bolsista CAPES. Professor de Direito junto à Unifamma. Advogado.

[2] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da UniCesumar. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. Advogado

1. INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional de Direito Brasileiro trouxe diversas garantias aos cidadãos, e entre elas, pode-se destacar a fundamentação das decisões judiciais, que se constitui como elemento indispensável à garantia da segurança jurídica e o Estado de Direito. Neste contexto, busca-se analisar o dever de fundamentação em suas bases, e a sua regulamentação no Código de Processo Civil (CPC).

O dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto tanto na Constituição como no Código de Processo Civil constitui garantia e direito não apenas *inter partes*, mas um direito de toda a sociedade, permitindo que tanto os atores processuais quanto as partes possam participar do controle das decisões judiciais.

Diante deste cenário surge uma indagação, e que será o nosso objeto de pesquisa, o que é uma decisão fundamentada? A pergunta pode parecer simples, mas há muitos pontos sensíveis neste contexto, por exemplo, uma decisão em que a autoridade explique o porquê decidiu de uma certa forma não necessariamente é fundamentada, pois deve ser analisado quais os fundamentos indicados de sua justificativa, e o artigo 489 do Código de Processo Civil elenca um rol de situações em que a decisão não será considerada fundamentada.

E um ponto que não pode ser deixado passar ao largo do debate é o parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, ao eleger a ponderação como técnica de decisão judicial quando houver colisão de normas, e neste ponto, após a análise do dever de fundamentação em suas bases, passar-se-á à análise deste parágrafo em conjugação com a colisão de direitos da personalidade.

A justificativa da pesquisa é visível quando se observa a quantidade de pesquisas senso realizadas sobre a decisão judicial, ativismo judicial e judicialização, tornando a presente pesquisa um elemento que vem a contribuir com a discussão com a comunidade acadêmica.

A metodologia proposta para o presente trabalho é a dedutiva, utilizando-se da conjugação de premissas teóricas para formação de análises e sínteses do assunto, recorrendo-se às fontes essencialmente bibliográficas, como artigos publicados em periódicos, livros e trabalhos acadêmicos.

O objetivo geral do trabalho será o de analisar o dever de fundamentação enquanto direito fundamental dos atos processuais e de toda a sociedade, funcionando como mecanismo de garantia do Estado de Direito, para tanto, elegem-se dois objetivos específicos: a) a análise do dever de fundamentação na ótica constitucional e processual; e b) em segundo momento, a

análise da fundamentação da decisão judicial no espectro do parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil, verificando sua incidência com os direitos de personalidade.

O trabalho é dividido em duas seções, a primeira intitulada Do dever de fundamentação, em que se abordará as balizas do dever de fundamentação; e a segunda seção que é intitulada Da colisão entre direitos da personalidade e o artigo 489 do Código de Processo Civil

2. DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O ponto de partida para a análise do que é uma decisão fundamentada é o artigo 489, do CPC, que se alinha ao que postula o artigo 93, IX, da Constituição Federal (CF). O artigo da legislação processual inova o ordenamento jurídico quando estabelece um rol exemplificativo de decisões que não são consideradas fundamentadas, ressaltando-se que o CPC de 1973 já mencionava da obrigatoriedade de motivação das decisões, mas de forma bem mais esparsa e diferente do que o CPC de 2015 trouxe.

No que tange à fundamentação da decisão judicial, não se pode deixar passar ao largo de se propor uma acordo semântico entre fundamentação e argumentação. A fundamentação seriam os elementos, os substantivos colocados dentro de um circuito dialógico processual; já o argumento seria o adjetivo, a valoração desses substantivos que os atores processuais utilizam para fortalecer os fundamentos (SCHMITZ, 2015).

Outro acordo semântico necessário para a temática é a da diferença entre fundamentação e motivo, que no CPC/73 foram tratados como sinônimos. O motivo não se confundiria com a fundamentação, pois apesar de também ser substantivo, seria a causa determinante de atos e ações, ou seja, seria a organização dos fatos e fundamentos jurídicos que levaram ao ato decisório (SILVA, 2014, p. 1418).

O artigo 93, IX, da CF já tratava do dever de fundamentação das decisões judiciais, e o artigo 489, do CPC buscou regulamentar este direito e dever constitucional, a fim de que o direito constitucional esculpido pudesse ter maior concretude prática e densificação:

> Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto (CANOTILHO, 2007, p. 1201).

Com efeito, a regulamentação do direito-dever constitucional de fundamentação das decisões confere força normativa ao preceito constitucional, “como a situação que por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p.14), assim, densificando o comando da lei maior.

Quanto ao dever constitucional de fundamentação das decisões, trata-se de um direito dos cidadãos e um limite de abuso de poder pelas autoridades, configurando-se como direito fundamental que recebe instrumentais para aplicação prática, pois poderá o jurisdicionado demonstrar de forma mais concreta a violação ao seu direito de receber uma decisão fundamentada e sem arbitrariedade, pois: “a motivação, em realidade, apresenta função dúplice, uma vez que é limite ao julgador e direito fundamental do jurisdicionado.” (MOTTA, 2012. p. 26).

O CPC de 2015 não trouxe apenas questões meramente técnicas ao processo judicial, mas uma gama de novos paradigmas que se alinham com a tábua de valores constitucionais, prezando pela participação democrática de todos os atores processuais na construção da decisão judicial, como se observa, por exemplo, no artigo 10 do CPC, que proíbe decisão surpresa (LEAL, 2002).

Esta mudança de paradigma processual acompanha um contexto histórico e político da sociedade, refletindo as conquistas institucionais e de direitos da população. Neste ponto, podemos mencionar, por exemplo, que a Constituição Política do Império do Brazil, de 1824, estabelecia o dever de motivação escrita da prisão, destacando a punição, quem a ordenou e quem a requereu.

Já a Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, tratava do dever de motivação por lei anterior e que os acusados tivessem plena defesa, indicando-se também o dever do Presidente motivar o veto a projeto de lei. Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, o dever do presidente foi alargado com a obrigação de relatar os motivos do estado de sítio.

As bases constitucionais foram mantidas com maior ou menor concretude nas constituições 1937, 1946 e 1967 que foram marcadas, cada qual, por contextos políticos e econômicos próprios; e o texto das constituições anteriores foram carreados à Constituição de 1988 em que foi consagrado o artigo 93, IX, que coloca o dever de fundamentação sob pena de nulidade.

> Apenas para se ter uma ideia do novo contexto que se inaugura com a Constituição Federal de 1988 que prima, repita-se, pela instalação de verdadeiro (não falso, muito menos utópico) Estado Democrático de Direito, desde logo lembramos que o legislador constitucional fez questão de alargar o direito ao contraditório a todo e qualquer tipo de processo, situação noviça até então em cartas constitucionais brasileiras, eis que nos diplomas anteriores (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967) havia alusão a tal garantia constitucional tão somente para os processos de natureza penal e administrativa. Nessa linha, o processo civil passou a ser albergado – de forma explícita – pelo contraditório aplicável a um Estado Democrático de Direito. (...) Não se pode, portanto, pensar que as codificações (assim como qualquer legislação infraconstitucional) fiquem imunes se o paradigma constitucional for alterado. Há, em suma, necessidade de conformação do direito às opções postas na Constituição, postura esta que demanda a interpretação de todo sistema legal guiada pelo farol constitucional, notadamente quando se pretende plasmar na nação um verdadeiro Estado Democrático de Direito amparado em diploma constitucional (MAZZEI, 2015, p. 35-63).

A fundamentação adequada da decisão judicial é uma forma de controle constitucional da aplicação das leis e condição de validade da decisão judicial, tendo em vista que a Constituição fala em nulidade da decisão não fundamentada, e não em inexistência, garantindo a efetivação de outros direitos fundamentais como o contraditório e o devido processo legal (GRINOVER, 1990, p. 5-20).

Entre as garantias constitucionais que se asseguram no dever de fundamentação, pode-se destacar a segurança jurídica e o devido processo legal, pois uma decisão adequadamente fundamentada encontrará limites a eventuais arbitrariedades pessoais, respaldando o cidadão de previsibilidade na aplicação da lei ao caso concreto, e garantindo-se que o processo observará todos os ritos necessários para o devido processo legal, que se encontram na fundamentação (SCHMITZ, 2015, p.182-183).

Nesse sentido, pontua-se que as observações das garantias processuais aos atores processuais vão ao encontro da soberania popular e de um Estado Democrático de Direito que respeite sua constituição, pois a garantia da fundamentação é a garantia de que os preceitos constitucionais são cumpridos (STRECK, 2015), vale dizer, não há espaço para tiranos no exercício da função pública, incluindo a jurisdição (NOJIRI, 1998).

Quando se pensa no exercício do poder soberano, o Judiciário teria precipuamente o poder de resolver os conflitos sociais, mas o espírito do CPC enriqueceu a função do Judiciário com cores democráticas, exigindo deste poder a função de desenvolvimento do direito, democratizando o debate e abrindo o circulo hermenêutico a todos os atores (MARINONI, 2016), não se deixando olvidar que os destinatários da fundamentação judicial

não se limitam às partes daquele caso concreto, mas toda a sociedade, pois há destinatários primários e secundários da decisão judicial.

Com efeito, a decisão judicial e sua fundamentação encontram nos atores processuais seu primeiro destinatário, indicando-se a garantia de todos os direitos fundamentais das partes e da justiça normativa do caso concreto, e em segundo momento, a sociedade como destinatária secundária, construindo-se o respeito aos precedentes judiciais, a unidade do direito e a demonstração de respeito às normas constitucionais (MITIDIERO, 2014).

Nesse sentido, destaca-se que a partir do momento em que a fundamentação da decisão judicial não tem como únicos destinatários as partes processuais, o tema da fundamentação da decisão judicial se apresenta como elemento que interessa toda a sociedade. Podemos colocar esta proposição em teste, pois se a hipótese fosse de que a fundamentação da decisão judicial interessaria tão somente às partes para fins de recursos, não existiria razão para que o próprio Supremo Tribunal Federal realizasse exposição de sua fundamentação quando, por exemplo, julgasse um caso por seu plenário.

A vivência em um Estado Democrático Constitucional verdadeiro implica na prestação de contas permanente que as autoridades devem aos cidadãos no uso do poder soberano, pois todo o poder decorre do povo. O dever de fundamentação vai além da proposta teleológica normativa, uma decisão detalhada na sua fundamentação atinge o grau de prestação de contas do Estado com o cidadão (STRECK, 2014, p. 615).

Ainda é salutar indicar que a leitura do dever de fundamentação também não pode servir como oportunidade de abuso das partes, como o caso daquele que invoca uma infinidade de teses jurídicas a fim de protelar ou dificultar a solução do litígio, devendo o magistrado ter sensibilidade e diálogo com os atores processuais, destacando-se a qualidade que se exige de uma decisão saneadora que fixe de forma clara e objetiva os fatos controversos e o ônus da prova destes fatos, para que ao final da demanda enfrente as teses que realmente podem influenciar na demanda do litígio, fundamentando seu indeferimento ou ainda mencionando sua irrelevância para o caso (SILVA, 2012).

Nesse sentido, ainda deve ser pontuado que existe um senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1982) de que a autoridade não precisa se manifestar sobre todas as alegações dos atores processuais, bastando suas razões de convencimento, ou seja, “imagine-se que motivar uma decisão seja escolher argumentos que beneficiem a parte vencedora, pouco importando o que foi alegado e produzido pela parte vencida.” (LUCCA, 2015. p. 227-228), postura que destoa do comando constitucional e da regulamentação proposta pelo CPC.

Também não se pode mais cogitar na hipótese do julgador integralmente neutro, trata-se de uma utopia, todas as pessoas têm experiências de vida que lhe concede preconcepções valorativas da realidade, impossibilitando falar que a decisão acertada é tanto mais justa quanto neutra, sendo a decisão adequada aquela fundamentada no ordenamento jurídico vigente (MARTINS JUNIOR, 2016, p. 225).

Esta perspectiva de pensamento é duramente criticada por Lenio (STRECK, 2014), pois o direito ainda não foi capaz de enfrentar a filosofia da linguagem, e se apega ainda aos padrões do século XIX e XX como condição de validade para suas decisões, destacando-se entre suas críticas: a) a compreensão de que a aplicação do direito se dá de forma dedutiva, buscando o encaixa da premissa menor na premissa maior positivada, presumindo-se que o legislador previu todas as situações; b) a aposta na discricionariedade do magistrado para superação das eventuais lacunas normativas; c) a crença de que interpretação e aplicação podem ser separadas; e d) a crença na neutralidade do julgador, olvidando-se de que este é um ser no mundo com experiências pessoais e pré-compreensões.

As críticas apresentadas por Lenio (STRECK, 2014) são fundamentais para o aprofundamento do debate, pois não se pode olvidar que não basta a simples menção à dispositivos e julgados sem a demonstração efetiva dos fatos daquele caso concreto e particular, fetichizando a realidade do dever-ser normativo, e este ponto é acompanhado pela leitura do dispositivo processual, na medida em que não se consideram fundamentadas as decisões judiciais sem a exposição do caso aos fundamentos indicados, ou seja, não basta apontar a fundamentação da decisão, mas expor como aquela fundamentação é relevante e se encaixa para a solução do caso concreto.

Um ponto que não se pode deixar passar neste debate é de que o CPC indica quais decisões não são fundamentadas, mas não traz um método no sentido estrito de como as decisões devem ser fundamentadas ou os elementos que deve ostentar para que seja validada como fundamentada. Esta situação não pode permitir que o direito a ser aplicado seja uma mera decisão da autoridade, sendo produto do diálogo entre os atores processuais, observando-se a vedação da decisão surpresa e o contraditório substancial.

3. DA COLISÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Um dos pontos de destaque do artigo 489 do CPC é o seu parágrafo segundo, que menciona expressamente a necessidade do magistrado justificar o objeto e os critérios gerais

da ponderação efetuada, quando ocorrer colisão entre normas, fundamentando as razões que o autorizaram a afastar uma norma e os pressupostos fáticos que o levaram àquela conclusão.

Pontua-se que a utilização da técnica da ponderação aos direitos de personalidade já era aplicada antes do emergir do CPC de 2015 (TEIXEIRA; JACOBS, 2020, p. 795), como pode ser observado no aprovado enunciado número 274, de 2006, da IV Jornada de Direito Civil:

> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

É importante ressaltar que os direitos da personalidade possuem um mesmo centro que é a dignidade da pessoa humana no qual orbitam os direitos fundamentais e os direitos humanos, tornando os direitos fundamentais, direitos humanos e direitos fundamentais terminologias diferentes que tem o mesmo objetivo que é a tutela da pessoa humana (SCHREIBER, 2011).

Podemos observar a conceituação de Adriano de (CUPIS, 2005, p. 24), no sentido de que os direitos de personalidade seriam aqueles direitos sem os quais a personalidade da pessoa poderia não se tornar plena, assim, os direitos de personalidade seriam aqueles capazes de abrir a porta de valores no ordenamento jurídico, porque sem estes os demais direitos subjetivos ficariam prejudicados, ao ponto que a pessoa como tal, não existiria. Os direitos de personalidade, portanto, tutelam os direitos essenciais, configurando-se como a medula da personalidade.

No mesmo sentido, Carlos Alberto (BITTAR, 2015, p. 29), destaca os direitos de personalidade como aqueles direitos da personalidade reconhecidos em favor da pessoa humana em si e nas suas projeções na dimensão social, cuja previsão teleológica é da defesa de valores inatos no homem, como a incolumidade física, psíquica, intimidade, segredo, honra, intelectualidade e outros.

Doravante, pode-se pensar que a personalidade é o plexo de atributos do indivíduo, naquilo que é próprio da pessoa humana. Desta forma, os direitos de personalidade seria o bem jurídico que permite a pessoa humana desenvolver e tutelar aquilo que a faz ser uma pessoa, tais como a integridade física, psíquica, nome, honra, imagem e sua vida privada; sem se olvidar dos bens materiais ou imateriais necessários e conexos com sua personalidade. Portanto, com matriz constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana que

vem a ser o núcleo de legitimidade e finalidade do direito no pós-guerra mundial, os direitos de personalidade tutelam os atributos e o desenvolvimento destes atributos daquilo que faz de alguém uma pessoa.

Para uma perspectiva mais concreta do que são os direitos de personalidade é imprescindível observar que o conceito de pessoa é muitas vezes remetido ao grego, pois o termo *persona* faz referência à máscara grega utilizada nos teatros. Todavia, contemporaneamente a ideia de pessoa como pura representação jurídica de cada pessoa já não é suficiente para atender às complexidades da sociedade contemporânea, pois a realidade e complexidade da realidade grega ao tempo coevo são muito diferentes, devendo o direito se adequar ao conceito mais contemporâneo de pessoa, não o de embotar o conceito de pessoa à tradição (DONEDA, 2005, p. 72).

Com efeito, o desenvolvimento do conceito de pessoa atual é concebido de diversos trabalhos de complexa elaboração nos séculos do Renascimento até o primeiro Jusracionalismo, do século XV ao XVII, perpassando ainda pelas pandectística alemã do século XVIII. A pessoa vem da ideia de indivíduo como categoria ético-jurídica, imbuído de direitos subjetivos. Esta concepção de pessoa acompanha, em paralelo, ao desenvolvimento do Estado como produto constitucional e da vontade humana; e do ordenamento jurídico como sistema dedutivo racionalmente ordenado (MARTINS-COSTA, 2007, p. 15).

E ainda, quando se pensa em uma eventual colisão de normas entre direitos de personalidade ou entre direitos de personalidade com outras normas, deve-se ressaltar que os direitos de personalidade não se restringem apenas aos direitos estritamente positivados no Código Civil, tendo em vista a existência de uma cláusula geral dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico.

Com efeito, quanto ao texto inicial para a identificação da cláusula geral de caráter extensiva, destaca-se que o artigo 12, do Código Civil brasileiro, assim dispõe: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Observe-se que não se define de forma taxativa os direitos de personalidade nem as sanções possíveis, permitindo que uma janela de preenchimento semântico e de tutela à pessoa humana se abra, pensar o contrária traria o risco do direito negligenciar os danos ocorrido à personalidade não previstos expressamente no texto legal.

Nesse diapasão, o artigo 12, do Código Civil, trata da “tutela geral dos direitos da personalidade, inclusive no âmbito preventivo, podendo o lesado socorrer-se das medidas processuais cabíveis”, em que o próprio artigo indica o não acolhimento exaustivo de direitos

de personalidade, pois além da tutela geral, há sanções típicas em leis especiais, como a da lei de direitos autorais (CHINELLATO, 2012, p. 43).

Esta tutela geral funciona como forma de evitar a vulnerabilidade das pessoas perante uma mora legislativa, do abuso do positivismo exegético ou mesmo da impossibilidade de se incutir valores no ordenamento jurídico, sendo a cláusula geral instrumento indispensável aos direitos de personalidade como medida de contrapeso ao rápido desenvolvimento tecnológico que ultrapassa, em muito, a morosidade legislativa (MORAES, 2007), ressaltando que o direito geral de personalidade seria enquadrado "com garantias eficazes, com delimitação criteriosa e articulação eficaz do direito geral da personalidade, com os direitos especiais da personalidade e com os direitos próximos ou afins" (CAPELO DE SOUZA, 1995, p. 624).

Esta perspectiva de cláusula geral decorre de um processo do desenvolvimento do direito moderno, em que o antigo método de ideia holística do ordenamento jurídico ou do direito positivo dá lugar a uma ordenação que ainda se utiliza dos códigos, mas que se abre aos elementos externos, para a mobilidade da vida social, e aos valores constitucionais. As cláusulas gerais têm papel fundamental para complementar a atividade jurisdicional e desenvolver o direito, acoplando valores fundamentais do sistema numa perspectiva total (MARTINS-COSTA, 2000, p. 25-27). Os sistemas jurídicos que eram fechados aos elementos externos e se fechavam como sistemas fechados, abrem-se cognitivamente ao externo, mas operam internamente de forma fechada, por meio de utilização de instrumentos jurídicos como as cláusulas gerais e princípios jurídicos.

Nesta toada, a hermenêutica e as técnicas de decisão judicial empregam grande serviço à sociedade e sua tutela, pois se fosse necessário que o legislador constantemente tivesse que legislar novas situações para tutela dos direitos de personalidade, a tutela da pessoa em sociedade se tornaria impossível, tendo em vista que a sociedade se torna cada vez mais complexa, multicultural e cuja velocidade nas mudanças sociais, econômicas, políticas e de todas as dimensões ocorre cada vez mais rápido.

Para arrebatar o tema e seguirmos o objeto de pesquisa, no cenário brasileiro, diante da nova tábua de valores constitucionais carreados pela Constituição de 1988, ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, em que o Código Civil Brasileiro de 2002, deixou de ter como principais eixos o patrimonialismo e o individualismo, com a efetivação de valores existenciais e de justiça social. Trata-se de movimento mundial do século XX, em que se muda a perspectiva das Constituições no ordenamento jurídico, de carta política ou de intenções, passa-se a norma jurídica de caráter imperativo (SARMENTO, 2003).

Retomando a análise processual, há uma distinção e problemática interessante a ser pontuada sobre o parágrafo segundo do artigo 489 do CPC, pois o dispositivo indica colisão de normas e não colisão de princípios, considerando que o termo ponderação é utilizado por Robert Alexy (2015) para ponderação de princípios.

Já Humberto Ávila (2011, p. 123) trata da ponderação como sopesamento de argumentos que culminam com a decisão judicial, ou seja, trata da técnica de ponderação em um espectro mais amplo, "A ponderação pode ter um sentido amplo, de sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de normas, quer regra, quer princípio".

Sobre essa questão André Karam (TRINDADE; NETO, 2017, p. 1046) indicam que o artigo 489 adotou a teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2011) e a técnica da ponderação da teoria dos direitos fundamentais como inspiração para o artigo processual.

Apesar de não ser objeto da presente pesquisa, há intenso debate acadêmico sobre as teorias da decisão judicial quando do choque de princípios ou de normas. Sem aprofundar neste trabalho o debate, costuma-se retomar as bases do positivismo e da indeterminabilidade da norma, e várias são as teorias acerca da possibilidade de identificar qual a norma correta para o caso concreto, o próprio Kelsen teria desenvolvido sua tese da norma pura no contexto da jurisprudência de valores, em que se buscaria tutelar o direito de influências externas por meio de um pensamento rigorosamente racional, mas a sua obra deixou este aspecto em aberto para que a sociedade de intérpretes pudesse dar continuidade. E dentro deste debate há diversas contribuições críticas, desde contribuições de observações técnicas e procedimentais para a aplicação da técnica correta, até aprofundamentos quanto aos problemas de recepção de técnicas estrangeiras no ordenamento nacional.

De toda sorte, Rodrigo Valente Giublin (TEIXEIRA; JACOBS, 2020, p. 801) tratam que eventuais colisões entre direitos de personalidade não são passíveis de simples solução em abstrato pela técnica utilizada pelas regras, do tudo ou nada. A essencialidade dos direitos da personalidade preme por uma análise de sopesamento entre as questões fáticas e jurídicas envolvidas, devendo-se equilibrar os direitos de personalidade envolvidos, e quanto ao procedimento:

> Ao se falar em procedimento adequado deve-se ter em mente a máxima da proporcionalidade e as submáximas dela decorrentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (nessa ordem). Ou seja, somente após a análise da compatibilidade entre as medidas a serem adotadas e o fim almejado (adequação) e, dentre as medidas adequadas, a análise daquela que menos afeta a finalidade pelo outro princípio em conflito

> (necessidade) é que se passa à análise da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) (TEIXEIRA; JACOBS, 2020, p. 802).

Nesta perspectiva, considerando ainda uma cláusula geral dos direitos de personalidade, é possível verificarmos que o próprio desenvolvimento desta cláusula geral deve ter sua densificação por meio do debate aberto, participativo e democrático dos atores processuais e toda a sociedade, sendo um elemento de defesa democrática e da soberania popular, na medida em que as próprias pessoas dialogarão no espaço público pela medida e extensão da densificação dos direitos de personalidade, especialmente pela cláusula geral.

Com efeito, a cláusula geral dos direitos de personalidade como norma de caráter primário aberto e secundário aberto é vigente e cogente, mas a sua densificação tanto em seu aspecto de estabelecer uma premissa do que seria ou não um direito de personalidade e também qual seria sua sanção, vão ser observáveis na sua aplicação do caso concreto, de modo que apesar de cada caso ser um caso, a discussão desenvolvida nestes casos devem servir como bases constitucionais para fortalecimento da democracia e da participação da sociedade, como soberana e fonte do direito, no desenvolvimento e estabelecimento do direito, obstando que arbitrariedades das instituições ou autoridades solapem a fundação do Estado Democrático de Direito, reproduzindo o senso comum teórico dos juristas, em que a sociedade se torna alienada da produção do direito.

Portanto, pode-se concluir que os direitos de personalidade pela sua natureza essencial à pessoa, decorrentes da dignidade da pessoa humana, e que tutela e promove o ser humano, devendo os interesses e direitos conflitantes serem analisados no caso concreto e com a exposição da fundamentação da autoridade, a fim de que os atores processuais e a sociedade possam fazer controle da decisão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objeto a pergunta acerca do que seria uma decisão fundamentada, e para os fins de investigação deste aspecto foi realizada pesquisa num primeiro momento acerca das balizas da fundamentação da decisão judicial e em segundo momento uma análise do parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil, analisando-se que a fundamentação das decisões judiciais esteve presente de forma mais ou menos incipiente no desenvolvimento da nossa legislação.

Nesse sentido, observou que a fundamentação adequada da decisão judicial se coloca ao serviço do controle constitucional de aplicação das leis e validade da decisão judicial, pelo paradigma de um Estado de Direito, incluindo a sua nulidade caso não seja adequadamente fundamentada, garantindo-se, assim, a segurança jurídica, o contraditório e o devido processo legal.

Quanto às garantias que o dever de fundamentação fortalece, pode ser verificado com maior destaque a segurança jurídico e o devido processo legal, porque a fundamentação da decisão judicial colocará limites às possíveis arbitrariedades pessoais da autoridade, assegurando-se que a decisão judicial seja fundamentada com os elementos normativos eleitos pelo povo brasileiro, ainda que de forma indireta, que se alinham com a própria soberania popular e a democratização do processo judicial.

Ainda pode ser verificado que o processo judicial se tornou um espaço público de discussão dos direitos da sociedade e dos direitos da personalidade, em que se busca o próprio desenvolvimento e contextualização dos direitos a serem aplicado na sociedade, tendo em vista que aplicação e interpretação não são atos distintos, o que rompe com o senso comum teórico dos juristas e uma postura de sujeito-objeto da epistemologia do direito.

Neste sentido, o segundo ponto do trabalho se debruçou sobre a ponderação e os direitos da personalidade, verificando-se que já se aplicava a ponderação aos direitos de personalidade mesmo antes da vigência do artigo 489 do Código de Processo Civil, e apesar das divergências técnicas quanto à indicação da técnica da ponderação mencionada no dispositivo, trata-se de inovação legislativa ao indicar o método para resolução de conflito de normas.

Diante de todas as observações colhidas na presente pesquisa, pode-se avaliar que a pesquisa acerca do dever de fundamentação é elemento indispensável não apenas para as temáticas em voga de judicialização, ativismo judicial e teoria da decisão judicial, mas também da própria democracia enquanto espaço político de participação de toda a sociedade, mais especificamente, da participação de todos os atores no desenvolvimento do direito da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPELO DE SOUZA, V.A Rabindranath. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny. Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil. In: Antonio Cláudio da Costa Machado (Org) Silmara Juny Chinellato (Coord). **Código Civil Interpretado:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n.6, p. 71-99, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Revista da Ajuris**, v. 50, p. 5-20, 1990.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS JUNIOR, Lazaro Alves. A crise na hermenêutica constitucional e o novo código de processo civil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, 2016, p. 196-229. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/ba5f/bd3937d2a51b379302e9fe7436b23d32e656.pdf. Acesso em: 07 de set. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Cadernos do PPG em Direito UFRGS**, Porto Alegre, v.6, n.7 e 8, p. 13-49, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 1:** parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 2 de ago. 2021.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; JACOBS, Paulo Eduardo Furtunato. Colisão de Direitos da Personalidade: uma análise à luz do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil. **Revista Argumentum**, Marília, v.21, n.2, p. 798-806, 2020.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequencia**, v.03, n.05, p. 48-58, 1982. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121. Acesso em: 17 de jul. 2021.