

1. Introdução

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

Diferentemente do que se esperava, a interpretação dada pelo STJ logo na primeira oportunidade sobre a questão da necessidade fundamentação, especificamente quanto ao art. 489, §1º, IV do NCPC, asseverou que aquele dispositivo coaduna com a Jurisprudência pacificada há muito naquele órgão e obviamente despertou repulsa no meio jurídico.

Se antes, o Código de Processo Civil de 1973, não previa um dispositivo específico sobre a nulidade de fundamentação e dava guarida, ainda que inconstitucional e antidemocrática, ao entendimento de que seria desnecessária a fundamentação de todos os argumentos erigidos pelas partes quando o julgador já estivesse com a convicção formada, o NCPC possui dispositivo (e ferramenta) para combater esta arbitrariedade, que lamentavelmente foi desvirtuado na interpretação impingida pelo STJ.

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

O artigo foi desenvolvido em três partes, além da introdução e das considerações finais. Na primeira parte, denominada “A decisão como corolário da democracia”, demonstrou-se que a decisão é uma manifestação de democracia que extrapola o processo e representa uma resposta à sociedade, dada pelo poder judiciário, cuja legitimação repousa no povo, ao qual se deve esta satisfação de forma integral.

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

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

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

A partir da pesquisa teórico-bibliográfica, lastreada na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy¹ e outros autores, este artigo busca demonstrar que a interpretação dada pelo STJ é uma demonstração de ofensa não só ao legislador ordinário, como já vastamente discutido no meio acadêmico, como também aos direitos fundamentais à democracia mormente ao acesso a justiça e devido processo legal.

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

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

Num terceiro momento o artigo procura contextualizar na Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente na questão da argumentação, demonstrando a importância da argumentação como meio de conexão dos direitos fundamentais ao processo de decisão e à produção de justiça nos limites constitucionais.

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

Ao final foram apontadas algumas considerações a respeito dos temas abordados a partir do referencial teórico, com algumas conclusões sobre o tema, que podem ser resumidas em um confronto teórico em face do julgado da corte nacional de justiça.

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

2. A decisão judicial como corolário da democracia

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

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

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

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

Na verdade, a fundamentação é um consectário do Estado Democrático de Direito, como assevera Nery², e mesmo que não houvesse a expressa disposição constitucional nesse sentido, não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.

A fundamentação de uma decisão judicial é a sua razão de ser, e nela deve ficar clara que as alegações das partes e suas provas efetivamente interferiram e influenciaram no livre convencimento judicial³. Como lugar do debate no momento decisivo, a fundamentação tem sua importância ainda mais elevada, pois lá residem razões pelas quais os argumentos são ou não acolhidos e no pós-positivismo jurídico, a sua importância é tamanha que reflete na aceção de justiça, e chega ao campo da moral.

Especificamente sobre a fundamentação cabe ressaltar sua dupla função, a primeira inicialmente tida como consectária do processo judicial em si, para que se dê seguimento a

² NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 176.

³ WANBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, fevereiro/2009, p. 55.

este, com o entendimento das partes e eventual manejo de recursos, como esclarece Fredie Didier⁴:

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juizes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Além dessa função endoprocessual, tem-se na fundamentação a função democrática, que revela o trabalho do poder judiciário instituído pelo povo, obrigatoriamente vinculado a considerar os argumentos do jurisdicionados e lhes dar o devido tratamento. Esta função é denominada exoprocessual, que é definida ainda na teorização de Fredie Didier⁵:

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.

A negativa à obrigatoriedade de fundamentar além de ofender o processo em si, prejudicando, sob o ponto de vista endoprocessual, a solução da lide no âmbito das partes envolvidas, possui um efeito social na medida em que ofende a democracia sob o a função exoprocessual, já que priva o cidadão do devido processo legal imposto constitucionalmente pelo legislador democraticamente eleito.

O impacto social de uma decisão transcende a lide e as partes, sendo muita mais um dever social sua fundamentação e sua correlação com o desejo da sociedade manifestado legitimamente na norma. Nesse sentido, Michele Taruffo⁶, que assevera que:

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

⁴ DIDIER Jr, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. , 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 06 dec. 2016.

⁵ DIDIER Jr, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. , 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 06 dec. 2016.

⁶ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975, p. 407.

Efetivamente no pós-positivismo é imprescindível a devida fundamentação, pois representa não o atendimento à determinação da lei, mas o atendimento à lei dentro dos ditames constitucionais e frente o caso concreto e suas peculiaridades. Assim, cumpre ao juiz uma postura mais participativa no processo no sentido de conhecer as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais⁷.

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

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

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

Baseado nesta assertiva concorda Canotilho⁸ que a fundamentação da decisão é um direito fundamental do cidadão:

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

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, v. 1. p. 493.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. Comentários a Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013, p. 1.324.

Assim, não bastam proclamações genéricas do tipo: “Presentes os requisitos legais, a liminar está deferida” ou ainda “nos termos da lei de regência, defiro efeito suspensivo”. É necessário, ao contrário, que a decisão ultrapasse o nível da cogitação, ou seja, o nível de articulações racionais (pré-compreensões) concebidas pelo magistrado. É necessário que tudo aquilo que foi objeto de articulação mental no embate de prejuízos autênticos ou inautênticos para alcançar a decisão seja devidamente colocado no nível da explicitação, onde realmente os destinatários da decisão possam igualmente se pronunciar e contribuir para a construção do provimento que, dessa forma, não resultará, para eles, uma surpresa.

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

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

3. A necessidade de enfrentamento de todos argumentos na fundamentação da decisão judicial

No Brasil, a mudança do Código de Processo Civil – CPC de 1973⁹ pelo Novo CPC – NCPC de 2015¹⁰, representaria a inovação em termos processuais e democráticos, e as modificações referentes à fundamentação das decisões estavam entre as mais aguardadas. O NCPC prometia um avanço significativo no ideário de justiça e principalmente de contraditório, que era a modificação nos termos em que as decisões seriam tomadas.

De fato, o texto trouxe novidade sobre a decisão. O art. 489 do NCPC reproduziu a tradicional divisão da sentença entre relatório (exposição dos fatos e razões que as partes alegaram e da história relevante do processo), fundamentação e dispositivo (a parte na qual a lide é resolvida, provendo-se ou não o pedido), mas foi além e nos incisos I a VI do § 1º deste artigo determinou-se que as decisões judiciais passariam a ter requisitos legais para caracterizar a sua correta fundamentação.

⁹ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

¹⁰ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

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

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

Sob a justificativa de celeridade e do livre convencimento motivado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores criou uma desnecessidade de fundamentação que passou a tolher a democracia, vez que permitia ao juiz escolher um argumento como motivador para a sua decisão e justificá-lo, sem a necessidade de explicar porque os demais argumentos não foram considerados.

Na verdade, isso satisfaz uma eficiência estatística que ampara a postura dos tribunais e do próprio Conselho Nacional de Justiça que não se cansam, a todo momento, de revelar para a comunidade a quantidade de processos julgados! Não revela, todavia, uma eficiência material que projete a incessante procura por uma resposta corretamente justificada e que seja construída por todos os partícipes do processo no espaço democrático para isso criado, onde o direito de qualquer participante não seja colocado em segundo plano – no caso sequer discutido – porque o magistrado já elegeu adremente um determinado elemento argumentativo.

A despeito de diversos argumentos protelatórios e ou descabidos, a justificativa através da fundamentação dos argumentos descartados é tão importante quanto à fundamentação da tese vencedora, é o fechamento do ciclo democrático jurídico.

A prevalência da desnecessidade fundamentação de todos os argumentos erigidos pelas partes prevaleceu nos Tribunais, chegando a níveis absurdos, como no julgado dos Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5 ¹¹ no qual o Ministro Gomes de Barros simplesmente determina que a doutrina se amolde ao pensamento do STJ. A doutrina, ao contrário, verifica que a fundamentação é o corolário do devido processo legal, como expõe de Leonardo Greco¹²:

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003>
Acesso em 08/12/2016

¹² GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 271.

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

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

É contra essa prática que se insurgiu o legislador ao estabelecer no NCPC os requisitos de validade da fundamentação. Seria a restauração da democracia em âmbito processual, posto que atendesse ao anseio previsto na Constituição democraticamente construída.

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

Resta clara a necessidade de fundamentação para atendimento do devido processo legal e da democracia para além das partes, como satisfação do desejo de justiça de toda a coletividade, consoante Dierle José Coelho Nunes e Humberto Teodoro Junior¹³, coautor do anteprojeto:

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

Porém, no primeiro julgamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o referido dispositivo, o STJ entendeu que o art. 489, § 1º, IV estaria em consonância com a jurisprudência do Tribunal e que pelo dispositivo o juiz não necessitaria enfrentar todos os

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, fevereiro, ano 2009.

argumentos alegados pela parte quando já tivesse formado seu convencimento. A ementa do julgado encontra-se assim vazada¹⁴:

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 n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes 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 inquinare tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

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

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

A referida decisão, a despeito de sua completa distorção interpretativa do dispositivo ao negar sentido claro à norma do legislador ordinário, ofende ao direito fundamental constitucionalmente estabelecido, que visa resguardar o direito fundamental a fundamentação

¹⁴ EMENTA: EDcl no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.315 - DF (2014/0257056-9)
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21315&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>> Acesso em 06/12/2016.

das decisões, negando o próprio devido processo legal, bem como o processo democrático. Neste sentido, referindo a Carta Magna Lusitana, já esclarecia Canotilho¹⁵:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais (CRP, art. 205, .º/1) ou da “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juizes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.

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

Neste ponto, a necessidade de fundamentação pela simples satisfação dos interesses de justiça das partes e de resposta do judiciário, o posicionamento de Lenio Streck¹⁶ é esclarecedor:

[...] no caso em concreto, interpretação diversa da disposição do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC viola a integridade do Direito. Há um vício hermenêutico claro no acórdão, ao deixar entendido que *os argumentos das partes perdem importância quando o julgador já tem formada a convicção*. Logo, qual é o motivo para as partes argumentarem? Como assim? [...]

Há, sem dúvida, no combatido entendimento, um prejuízo inautêntico que se ampara na circunstância de que o argumento eleito pelo magistrado estaria em posição superior a expungir o exame dos demais argumentos. Abre-se, assim, espaços para decisionismos e arbitrariedades e eleva-se, em grau máximo, a subjetividade do julgador.

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

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 621.

¹⁶ STRECK, Lenio Luis. Um Encontro de titãs: Kelsen, Hart & cia. analisam acórdão do STJ. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj#top>>. Acesso em: 06 dec. 2016.

4. A teoria da argumentação e a essencialidade da fundamentação como garantia da democracia

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

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

A decisão do STJ nos Embargos Declaratórios merece uma discussão mais profunda, pois além de implicar em clara interpretação *contra legem*, implica em negação a direito fundamental e seus reflexos, pois impede o acesso à justiça em tese argumentativa, alijando à parte o direito fundamental constitucionalmente previsto ao devido processo legal.

A decisão representa a negativa ao acesso à argumentação como pode ser explicado pela abordagem de Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais¹⁷.

De fato, ao analisar a questão da fundamentação das decisões judiciais sob a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, verifica-se que há irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito e este fato traz consequências ao sistema jurídico, das quais três interessam ao presente artigo:

1ª) Limitação de conteúdos do direito ordinário – O sistema jurídico tem natureza substancialmente determinada pela Constituição, pois alguns conteúdos são impossíveis e outros necessários.

2ª) O sistema jurídico se torna aberto em virtude das normas de direitos fundamentais, pois estas se constituem em princípios que serão sopesados, num processo que apesar de racional, não possui uma única solução.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

3ª) Como os conceitos mat6rias basilares dos direitos fundamentais s3o dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, este sistema se torna aberto 3 moral.

Desta forma, pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy abre-se o grande problema da Jurisdiç3o Constitucional que 6 encontrar o equil6brio entre a compet6ncia dos ju6zes e tribunais e do legislador¹⁸, j3 que o sistema jur6dico, mormente suas limitaç3es extremas do que 6 necess3rio e do que 6 imposs6vel ante as determinaç3es fundamentais, tem entre estas a amplid3o do poss6vel. E esse sistema se encontra aberto 3 moral e a 6nica forma de se preencher esta abertura 6 atrav6s da teoria do discurso pr3tico racional.

Ainda segundo Robert Alexy o discurso pr3tico racional 6 realizado na argumentaç3o pr3tica-racional visando evitar que a decis3o seja baseada apenas no vasto campo da moral, procurando construir, com argumentaç3o racional baseada na lei, na jurisprud6ncia e na dogm3tica, um discurso argumentativo nos moldes preconizados pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e que representam o democr3tico ideal de justiça do povo¹⁹.

A teorizaç3o de Alexy permite que haja um sincronismo entre o sistema jur6dico e o ideal democr3tico, desde que observados os limites de cada poder, com o legislador e o judicante n3o extrapolando os seus respectivos limites, mas sim atuando nos respectivos limites.

A pr3pria construç3o do Estado depende deste equil6brio e o aludido sincronismo somente 6 obtido ante a racionalidade da fundamentaç3o jur6dica, partindo de que n3o h3 subst3ncia moral que ofereça uma 6nica resposta a cada quest3o moral, possibilita-se um procedimento com regras e condiç3es de argumentaç3o e decis3o pr3tica²⁰.

Tem-se que a valoraç3o da argumentaç3o 6 elevada, pois se torna ferramenta de obtenç3o de justiça, eis que baseada no discurso jur6dico 6 um caso de discurso pr3tico geral caracterizado por uma s6rie de condiç3es restritivas, 3s quais a argumentaç3o jur6dica se encontra submetida, vinculando-se a lei, ao precedente e a dogm3tica²¹.

Analisando sobre este prisma, 6 imprescind6vel que a processual6stica priorize a argumentaç3o na busca pelo resultado poss6vel mais adequado ao caso concreto, sendo certo

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduç3o de Virg6lio. Afonso da Silva. S3o Paulo: Malheiros, 2008, p. 8.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduç3o de Virg6lio. Afonso da Silva. S3o Paulo: Malheiros, 2008, p. 8.

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduç3o de Virg6lio. Afonso da Silva. S3o Paulo: Malheiros, 2008, p. 8.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduç3o de Virg6lio. Afonso da Silva. S3o Paulo: Malheiros, 2008, p. 8.

que as normas processuais devem abarcar as condições de argumentação mais amplas possíveis, e todas devem ser consideradas.

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

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

A grande contribuição de estudar a tese argumentativa, que foi negada na decisão, se revela quando se verifica que a partir da abertura moral do sistema jurídico, qualificada pela racionalidade proposta por Robert Alexy em sua Teoria de Direitos Fundamentais, revela a moral da sociedade no entendimento da legislação ordinária baseada pelos mandamentos constitucionais.

Mas tal fato somente é possível através de argumentos produzidos numa racionalidade e deduzidos e acolhidos, aceitos ou não, mas acolhidos pelo Judiciário. E é neste ponto que se revela a necessidade fundamentação de todos os argumentos sob a pena de nulidade, consoante preconizado pelo art. 489, § 1º do NCPC.

Considerações finais

A decisão do STJ discutida neste artigo não se sustenta sequer num sistema positivista, ante a própria negação da aplicação ao texto da lei. Num sistema constitucionalmente estabelecido e no qual o pós-positivismo com os direitos fundamentais querem ser reconhecidos, a decisão passa a ser incompatível com o próprio sistema jurídico, eis que a validação da decisão que não combate todos os argumentos possivelmente modificadores, ainda que em tese, nega a democracia e os direitos fundamentais.

Utilizando a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy verifica-se a real dimensão que uma decisão deste porte pode ter, implica muito mais que um julgamento equivocado, mas em negação aos direitos fundamentais e à democracia, pois permite que sejam desprezados pontos de vista diferentes sem o devido exame. Num regime democrático, a posição defendida numa alegação deve ser afastada para que a fundamentação seja alcançada como direito fundamental.

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

A decisão sem uma fundamentação que contemple todos os argumentos erigidos pelas partes é nula pelo dispositivo legal vazado no art. 489, § 1º, IV do NCPC, já que ao contrário da decisão objurgada, não atende ao comando do legislador ordinário. Mas também é nula por ofender a Constituição, por ofender os direitos fundamentais e a própria democracia.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5 Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003> Acesso em 08/12/2016

BRASIL **STJ** - EMENTA: EDcl no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.315 - DF (2014/0257056-9)
[HTTP://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21315&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21315&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)> Acesso em 06/12/2016.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. , 2012. Disponível em:
<<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 06 dec. 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

STRECK, Lenio Luis. **Um Encontro de titãs: Kelsen, Hart & cia. analisam acórdão do STJ**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj#top>>. Acesso em: 06 dec. 2016.

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

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

WANBIER, Teresa Arruda Alvim. **A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão**. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, fevereiro/2009.