

APLICAÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DO ART. 489 DO CPC

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira¹
Pedro Augusto Medeiros²

RESUMO: Apresenta-se uma leitura do art. 489 do CPC, sob a perspectiva da teoria da argumentação quando da fundamentação das decisões judiciais, com o objetivo de verificar se esta teoria foi mesmo contemplada pelo legislador quando da última reforma do código processual e se esta mudança de paradigma pode privilegiar o princípio da segurança jurídica, afastando a incidência de decisões judiciais desprovidas de fundamentação adequada. Para tanto, utilizou-se do método indutivo, através de pesquisa bibliográfica tendo como base a doutrina brasileira processual e constitucional, além dos referenciais hermenêuticos de Alexy, Maccormick e Perelman, para se concluir que o art. 489, especialmente em seu parágrafo 1º, IV e no parágrafo 2º, positivou postulados da teoria argumentativa. Contudo, o que pode ser de grande valia para afastar decisões desconexas com o sistema de regras imposto pela sociedade através de seus representantes, e/ou decisões que não enfrentem os argumentos relevantes deduzidos pelas partes, ainda parece encontrar resistência junto ao Poder Judiciário pelo que se pode perceber do julgamento do STJ junto aos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 21315x.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Segurança Jurídica. Teoria Argumentativa.

ABSTRACT: It shows a reading of art. 489 of the Brazilian civil procedure code, from the point of view of the theory of argumentation in the reasoning of judicial decisions, in order to verify if this theory was even contemplated by the legislator when the last reform of the procedural code and if this paradigm change can privilege the principle of security by removing the incidence of judicial decisions lacking adequate grounds. For that, the inductive method was used, through a bibliographical research based on Brazilian procedural and constitutional doctrine, in addition to the hermeneutical references of Alexy, Maccormick and Perelman, to conclude that art. 489, especially in its paragraph 1, IV and in paragraph 2, posited or postulates of the argumentative theory. However, what may be of great value in ruling out disconnected decisions with the system of rules imposed by society through its representatives, and / or decisions that do not face the relevant arguments deduced by the parties, still seems to find resistance to the Judiciary. One can perceive of the STJ's judgment with the Writ nº 21315x.

Keywords: Duty to state reasons. Legal Security. Argumentative Theory.

¹ Bacharel em Direito pela Unifebe – Brusque/SC; Especialista pela Uniderp; Advogado inscrito nos quadros da OSB/SC sob o n. 25.993. Professor das Disciplinas de Direito das Obrigações, Responsabilidade Civil, Propriedade Intelectual e Criminologia do IBES/Sociesc – Blumenau - SC; Professor das Disciplinas de Direito Processual Civil V da Unifebe – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali das Disciplinas de Contratos Imobiliários e Contratos Agrários. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto a Unifebe da disciplina de Procedimento Especiais (Processo Civil). Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao INPG da Disciplina de Direito Empresarial. E-mail: rafaelmaiaadv@gmail.com.

² Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). E-mail: medeiros1501@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com esta pesquisa, abordar o art. 489 do CPC, sob a perspectiva da teoria da argumentação quando da fundamentação das decisões judiciais, com o objetivo de verificar se esta teoria foi mesmo contemplada pelo legislador quando da última reforma do código processual e se esta mudança de paradigma pode privilegiar o princípio da segurança jurídica, afastando a incidência de decisões judiciais desprovidas de fundamentação adequada.

Desta forma, pretende-se investigar, como problemas, se o novo dispositivo processual contempla a teoria argumentativa no bojo do art. 489, e se assim fazendo oferece efetiva segurança jurídica, pautando algumas de suas previsões frente à teoria da argumentação racional. Parte-se da hipótese de que o novo código parece demonstrar que na decisão de uma demanda judicial, deve-se levar em máxima consideração os argumentos trazidos pelas partes no processo, trazendo dispositivos legais junto ao dever de fundamentação que contemplam postulados da teoria argumentativa, que se aplicados de forma adequada podem ser importantes instrumentos em prol de uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Boa parte da pesquisa se dedicará ao estudo específico da argumentação racional para fundamentar decisões judiciais. Para tanto, esta teoria argumentativa será conceituada, levando-se em conta alguns de seus principais idealizadores, como Alexy, Maccormick e Perelman, para então interpretá-la em face da segurança jurídica que se espera das decisões judiciais, a fim de torná-las mais democráticas e satisfatórias. Por fim, analisar-se-á duas disposições (inciso IV e §2º) do artigo 489 sob este panorama da argumentação racional e sua eficácia para a segurança jurídica. Ao final do desenvolvimento da pesquisa serão apresentadas as sínteses de seu resultado, indicando a confirmação ou não das hipóteses.

A metodologia empregada na pesquisa será o método indutivo, monográfico, cuja técnica de pesquisa terá como ênfase a pesquisa bibliográfica, com o estudo do posicionamento doutrinário nacional e internacional, bem como da legislação pátria. Além destes, serão apresentados os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre determinados aspectos, buscando conhecer o

posicionamento recente destes órgãos acerca do tema. As referências serão trazidas ao longo do texto através do sistema autor-data, e ao final arroladas em ordem alfabética conforme normas técnicas da ABNT.

CONCEITO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente é preciso destacar o que aduz Toulmin (1984 apud ATIENZA, 2014) acerca da prática da argumentação. Segundo o autor, o ato de argumentar diz respeito à exposição de razões que levaram a um ou outro comportamento, utilizadas quando as simples emissões linguísticas não são suficientes a justificar tal comportamento. Assim, a argumentação dessas razões almeja o encadeamento de um raciocínio lógico na defesa de determinada pretensão, a fim de possibilitar a interação humana por meio do debate e crítica de tais argumentos.

Isto posto, tem-se que as técnicas de argumentação jurídica são inerentes à própria compreensão do Direito, enquanto ciência interpretativa (CAMARGO, 2003). Isto porque para se contextualizar norma abstrata e concreta é fundamental que se compreenda o sentido por trás do comando normativo. Nessa medida, dentre todos os significados possíveis de se extrair da norma, as técnicas de argumentação se mostram instrumentos para se alcançar um resultado aceitável pelo maior número possível de ouvintes daquela interpretação.

Nesse norte, o modelo argumentativo sugere como forma de fundamentação a justificação dos fundamentos, consistente na persuasão de um determinado auditório pela demonstração de que a decisão proferida atende às suas expectativas (PERELMAN, 2005, p. 35). Para tanto, essa decisão deve demonstrar o “caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas”, para que não reste dúvida a este auditório quanto à lógica da solução fornecida. Entretanto, a teoria argumentativa não é unânime entre os juristas. Antes de sua concepção, outros dois modelos interpretativos já eram aplicados com maior ênfase: o lógico-dedutivo, e o indutivo.

O silogismo preponderava no método interpretativo, especialmente durante a era de domínio do positivismo jurídico. Esse silogismo decorre do modelo lógico-dedutivo de decidir, em que o intérprete se utiliza do método de conjugação de premissas, de modo que se associada uma determinada norma prescritiva (premissa maior) a um fato ocorrido no

plano material (premissa menor) e se obtiver uma convergência de sentidos, então se obtém a decisão (conclusão) (LUCCA, 2016). O maior mérito do modelo lógico-dedutivo, como prescreve Chiassoni (1999 apud LUCCA, 2016) está na conclusão teórica de que se ambas as premissas propostas ao silogismo são verdadeiras, a conclusão também o será. Portanto, a motivação judicial sob esta ótica lógico-dedutiva se traduz no mero exercício de subsunção, e restringindo-se a ele.

Outra teoria proposta em resposta ao modelo lógico-dedutivo é a indutiva. A teoria indutiva está diretamente relacionada ao pensamento pragmático. É perceptível tal afirmação quando Lucca (2016) descreve que as conclusões do método indutivo seriam extraídas dos fenômenos concretos, de modo que as circunstâncias peculiares do caso se sobressairiam à norma jurídica, permitindo a criatividade do julgador para adequar o Direito à sua concepção de justiça a cada caso. Este modelo pode não apresentar a melhor solução democrática ao caso, pois faz prevalecer os fatos narrados às proposições legislativas, possivelmente produzindo decisões mais justas - conforme o sentido de justiça do intérprete -, todavia menos jurídicas e democráticas.

Perelman (2000), entretanto, demonstra sua preocupação de que a argumentação consequencialista não seja confundida com pragmatismo ou se configure como realismo jurídico. O autor alerta para os casos em que os Tribunais utilizam de justificações fictícias para fundamentar “razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral”, o que ocasiona um mal-estar entre as partes litigantes, as quais não se contentarão com a decisão proposta ao caso, posto que ainda remanescerão convencidas de legalmente terem razão. Por isso, o autor propõe a teoria argumentativa como forma de melhorar a aderência das partes (espíritos) às teses contidas nas decisões judiciais (teses apresentadas) (PERELMAN, 2005).

Embora se possam conceber pelo menos estes três modos de se estruturar e justificar uma decisão judicial, pelas próprias conceituações acima descritas, verifica-se que o modelo argumentativo se coaduna mais adequadamente ao anseio de segurança jurídica. Por conta disto, prosseguir-se-á com aprofundamento neste método para investigar a sua possível solução como instrumento da segurança jurídica frente à motivação das decisões judiciais.

A argumentação jurídica é considerada por Perelman (2000, p. 186) como indispensável à demonstração que se alcançou a solução justa ao caso concreto, na medida em que a motivação judicial sob seus critérios tratará de expor que “a melhor interpretação

da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares”. Prossegue o autor ainda na crítica de que na ciência jurídica atual não se percebe a nítida separação entre direito natural e direito positivo como se via no século XIX. Desse modo, muitas normas expressas podem acabar sendo mitigadas em função de outras não positivadas, sejam leis ou princípios, o que gera imprevisibilidade ao sistema.

Nessa toada, a teoria argumentativa, muito embora preze pela particularidade de cada caso e a necessidade de se conceder tutelas individuais, apresenta a possível aplicação do que chama de justiça formal. Essa justiça formal é concebida como um padrão, em sentido genérico, do que é aceito pela sociedade como justo, pautado em valores comuns de seus membros (MACCORMICK, 2006). Assim, tem-se a chamada justificação de segunda ordem. O termo justificação de segunda ordem pertine a essa necessidade de conjugar a uma decisão particular a aplicação de uma deliberação universal, para, deste modo, avaliar as suas consequências sociais, como explica Maccormick (2006, p. 137): “a justificação de segunda ordem envolve dois elementos, a argumentação consequencialista e a argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente”. Portanto, embora se reconheça a pertinência de soluções pautadas nessas premissas, considera-se fundamental que elas sejam utilizadas sob o prisma da argumentação jurídica:

[...] a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito (PERELMAN, 2005, p. 191).

Com efeito, a teoria argumentativa parte do pressuposto de que de que a fundamentação da sentença não deve possuir um caráter meramente expositivo de suas razões, mas, por outro lado, deve consistir na persuasão do auditório a que se dirige (LUCCA, 2016). Com isso, a coerção estatal, no sentido de imposição de decisões pelo Poder Judiciário, é atenuada, minorando o seu impacto social (LISBÔA, 2015) e, consequentemente, favorecendo o aspecto democrático das decisões. Isto porque, uma vez persuadido o auditório de que a decisão é a mais próxima de justa possível, tem-se um aumento na confiabilidade na decisão judicial e, por conseguinte, obtém-se maior segurança jurídica.

Não se descarta que o silogismo jurídico, a partir de um raciocínio dedutivo possui utilidade na resolução de demandas consideradas mais simples, em que as premissas maior e menor são notáveis e se encaixam com perfeição (PERELMAN, 2000). Entretanto, tratando-se de casos incomuns, como na inexistência de leis específicas ao caso, faz-se necessária a utilização pelo magistrado de outras normas ou embasamentos legais, como o uso de precedentes, princípios fundamentais, valores sociais relevantes, a até argumentos pragmáticos (consequencialistas), situações que carecerão de argumentação para sua aceitação como válidas pelo auditório (LISBÔA, 2015).

Portanto, denota-se que a teoria argumentativa é defendida pelos autores pesquisados como meio de tornar mais democrática a decisão judicial por permitir que o auditório (partes e sociedade) que a recebe se convença de que a proposta de solução ao caso é melhor possível diante de suas peculiaridades. Assim, delineados os parâmetros iniciais sobre essa teoria, passa-se a analisá-la especificamente sobre sua pertinência à segurança jurídica no processo, para então contextualizá-la sobre o panorama de algumas situações previstas no Código de Processo Civil.

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

Para que se mantenha a segurança jurídica num Estado de Direito é preciso que seu conceito permaneça vinculado a traços de justiça material. Isto porque não necessariamente um sistema seguro será justo, tampouco que para se alcançar segurança deva se abdicar da justiça (LUCCA, 2016). Nessa medida, pode-se considerar seguro um Estado quando dele é emanado um Direito estável e respeite a confiança que a sociedade lhe atribui, especialmente com relação à prolação de decisões judiciais claras e concisas.

Entretanto, manter essa coerência nem sempre se mostra uma tarefa simples. Nas situações que fogem à mera subsunção pode ser identificado o maior grau de insegurança jurídica, uma vez que não observa textos legais diretamente correspondentes à situação vivenciada no plano material. Como aduz Maccormick (2006), muitas vezes são apresentados casos aos juízes em que não há norma direta a permitir o silogismo de premissas de modo a se encontrar a solução “verdadeira”. Nestes casos, o julgador acaba por se apoiar nas demais fontes normativas, como princípios, precedentes e analogia. A fim de garantir a segurança e confiabilidade dessas decisões, propõe-se analisar

principalmente o que o autor apresenta como proposta de argumentação para esses casos, a qual se daria sob três parâmetros: consequência, coerência e coesão.

No tocante à perspectiva consequencialista, a primeira observação a ser feita corresponde aos limites constitucionais impostos pelos valores ali contidos, como ressalta Maccormick (2006, p. 170):

Mais uma vez, vemos um exemplo de uma argumentação consequencialista. Vemos que a rejeição de uma possível deliberação por ser inconstitucional depende não de nenhum utilitarismo hedonista declarado, mas da percepção de valores constitucionais que dizem respeito aos limites corretos das funções judiciárias em contraste com as legislativas.

É possível perceber que esse viés argumentativo pode ser posto em contraste com o decisionismo judicial (quando as decisões judiciais tomam vias legislativas) (STRECK, 2014), uma vez que segundo esta teoria é necessário se ater aos limites constitucionais da função judiciária.

Voltando às proposições consequencialistas, destaca-se que é necessário argumentar ainda sobre as consequências favoráveis e desfavoráveis de uma decisão, levando-se em conta os valores que deram causa à ação (PERELMAN, 2005). A operação de um juízo de valor devidamente justificado demonstrará quais consequências podem ser aceitas e permitidas para resolver determinados casos.

Noutro viés, a coerência é concebida por Maccormick (2006) como um postulado argumentativo para aplicação dessa teoria (argumentativa) na aplicação de princípios fundamentais. Trata-se pois, de conceber o ordenamento jurídico com um sistema congruente em que todas as suas normas se relacionam logicamente e de modo harmônico, seguindo valores comuns irradiados por todo o sistema jurídicos, que seriam os princípios fundamentais. Assim, uma deliberação de direito que esteja amparada em princípios virtuosamente teria consequências desejáveis.

Nesse contexto, Maccormick (2006) ainda expõe como vertente da coerência das decisões judiciais o uso apropriado da analogia. Isto porque a analogia é favorável sob dois aspectos importantes: o da estruturação e da transferência de valores (PERELMAN, 2005). Por meio dessa transferência de valores de uma proposição à outra, é possível direcionar o pensamento lógico a um norte geral, favorecendo a compreensão do resultado esperado para determinado conflito.

Assim, Maccormick (2006, p. 252) conclui pela importância dessa coerência também para análise da legitimidade dos precedentes judiciais:

A partir de seu uso, podemos deduzir a importância atribuída à coerência de valores no funcionamento de um sistema jurídico. O mesmo valor para o uso bastante inter-relacionado de argumentos por analogia. Os dois juntos ajudam-nos a formar a compreensão dos limites do que é considerado legítimo na criação de lei por parte do judiciário³.

Por fim, o aspecto da coesão trata da necessidade de se atrelar a argumentação jurídica a um dispositivo legal ou, ao menos, demonstrar que a decisão não viola qualquer dispositivo expresso. Esse pressuposto se torna complexo quando a um determinado dispositivo se pode atribuir mais de um sentido (MACCORMICK, 2006). Nesse ponto, para justificar a escolha por um sentido de interpretação, é preciso apoiar a argumentação nos princípios jurídicos que regulam o tema e/ou nas razões consequencialistas de uma ou outra decisão, propondo assim uma teoria coesa.

Em sentido similar é o posicionamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), quando expõem a necessidade de que a lei seja conformada às normas constitucionais, princípios e direitos fundamentais. Ademais, essa característica do neoconstitucionalismo é considerada importante não apenas para iluminar o ordenamento jurídico, mas também garantir o controle de constitucionalidade das decisões judiciais. Com efeito, destaca-se a passagem de Leal (2013, p. 109) acerca da possível imprevisibilidade dos julgamentos e como a teoria argumentativa relaciona a decisão judicial às definições pré-postas sobre o Direito a ser aplicado:

Magistrados diferentes podem, apenas como exemplo, prognosticar diferentemente as possíveis consequências práticas de se decidir, eventualmente, em um sentido e/ou avaliar distintamente a desejabilidade dessas consequências, o que resultaria na prolação de decisões judiciais diametralmente opostas para o mesmo hipotético caso. As teorias da argumentação jurídica pressupõem, dessa forma, o reconhecimento da participação criadora do Direito do juiz, de cujas convicções depende, totalmente, a definição de qual será o conteúdo do Direito concretamente aplicado ao jurisdicionado.

Embora os casos mais complexos como os acima mencionados necessitem ser bem argumentados para a legitimação de suas decisões, não são todos que necessitam dispor da

³ Quando o autor cita a criação de leis pelo judiciário, faz referência à criação de precedentes e Jurisprudência.

mesma justificação extensiva. Como assevera Lucca (2016), a assertiva de que todas as causas judiciais são complexas é uma falácia. Muitos deles não apresentam uma indeterminação jurídica que demanda pela aplicação conjugada de princípios jurídicos, podendo ser resolvidos facilmente pela interpretação direta de dispositivos legais, a depender unicamente das provas que foram produzidas ao longo do processo para determinar as consequências de procedência ou improcedência do pedido.

Sob esse panorama, obtém-se um cenário em que a legitimidade da fundamentação judicial depende de duas justificativas: interna e externa. A justificativa interna condiz com a necessidade de se demonstrar a validade (possibilidade de escolha) das premissas silogísticas utilizadas para se chegar a uma determinada solução dedutiva, enquanto a justificação externa compreende a fundamentação dessas premissas, no sentido justificar o motivo de sua escolha, dentre tantas outras eventualmente possíveis (ATIENZA, 2014).

Assim, ao menos de forma genérica e abstrata – como se propõe a presente pesquisa - os aspectos acima apontados parecem direcionar a um norte benéfico e sistematizado a partir da aplicação da teoria da argumentação para se enaltecer a segurança jurídica nas decisões judiciais. Devidamente delineados os critérios mais importante da argumentação jurídica para o tema da pesquisa, passa-se então a buscar a instrumentalização da segurança jurídica pelo artigo 489 do Código de Processo Civil, em alguns de seus incisos mais pertinentes ao tema.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CPC (ART. 489)

A fim de garantir a segurança jurídica das decisões judicial, além de instrumentalizar a prerrogativa constitucional (artigo 93, IX da Constituição Federal) e democrática da fundamentação das decisões, o Código de Processo Civil abarcou uma nova perspectiva de fundamentação, instruindo o artigo 489 com os ditames do que atualmente deve ser considerada a estrutura da decisão judicial fundamentada. Nesse contexto, parágrafo 1º do referido artigo explicita o que seria a ausência de fundamentação de uma decisão:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
[...]

§ 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.

Observa-se que o dispositivo almeja expor a construção do raciocínio empregado pelo magistrado, o qual, como extensão do poder estatal, deve transparecer que o dever de justiça incumbido ao Estado fora devidamente cumprido (NERY JUNIOR e NERY, 2015).

Ao prever a possibilidade de descumprimento do dispositivo acima citado que resultaria em decisão não fundamentada, o diploma processual vigente disciplinou o remédio processual adequado à correção desta incorreção ao garantir à parte que se achar ofendida o recurso de embargos de declaração para correção dessa omissão, fazendo menção expressa ao artigo anteriormente descrito quando define o que seria decisão omissa, junto ao parágrafo único, inciso II do art. 1.022:

Além disso, tamanha fora a preocupação do legislador para com a fundamentação das decisões judiciais, que o Código de Processo Civil, junto ao art. 1.013, p. 3º, IV, ao dispor sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação, incumbe aos Tribunais o dever de decretar a nulidade, inclusive de ofício, de sentenças não fundamentadas (como já dispunha o art. 93, IX da Constituição Federal):

Uma leitura sistemática do novo código, dá a clara noção de que a fundamentação judicial fora uma das preocupações do legislador quando da reforma do código, conforme corrobora Theodoro Junior (2015) ao expor que com a dinâmica do novo código processual para a fundamentação das decisões judiciais, é necessária uma nova perspectiva do dispositivo constitucional no artigo 93, IX, a fim de que se obtenha a efetividade, expansividade e perfectibilidade desse tema, porquanto inerente ao modelo constitucional do processo brasileiro.

Posicionamento este que também é defendido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) ao notarem que o legislador tomou o cuidado de instituir uma fundamentação

judicial à luz do Estado Constitucional, passando a enfatizar com os direitos fundamentais ligados a este tema, como o contraditório, a segurança jurídica e a cooperação processual.

Resta evidente que a fundamentação das decisões judiciais tomou certo protagonismo no novo diploma processual. Dessa forma, partindo do exposto no artigo 489, passa-se a analisar o inciso IV de seu parágrafo primeiro, por conta de sua relação direta com a temática da argumentação racional e a exposição de razões justificativas diante do livre convencimento adotado no ordenamento jurídico brasileiro que, como já visto, trata da persuasão racional. Além disso, o parágrafo segundo⁴ do referido artigo também será analisado, uma vez que por vezes surgiu ao longo desta pesquisa como uma das problemáticas centrais do neoconstitucionalismo vivenciado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

FUNDAMENTAÇÃO PERANTE TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELAS PARTES (ART. 489, §1º, IV)

Inicialmente, esclarece-se que por definição, argumento é: “toda e qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou á convicção” (ABBAGNANO, 2003, p. 79). Muito embora se utilize para intitular este Subcapítulo o vocábulo “argumentos”, o qual também norteia o tema proposto do método argumentativo, está-se nesse ponto tratando do termo legislativo aplicado no inciso “IV” do artigo 489, § 1º, que traz como ausente de fundamentação a decisão (“latu senso”) que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Com efeito, Cunha (2015) delineia que o termo “argumentos deduzidos pelas partes” previsto no dispositivo legal em comento não está se referindo a todo e qualquer fato ou situação mencionada em qualquer peça contida nos autos. Está-se na verdade referindo a fatos de relevância jurídica para o delinde processual e do mérito de determinado conflito, ou seja, qualquer matéria necessária ao julgamento, como pedidos, preliminares e prejudiciais de mérito. Para o autor, caso fosse atendida a literalidade do termo e fossem debatidas todos os argumentos, torna-se-ia o processo em peça inútil.

⁴ Art. 489 [...] § 2º 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.

Desta conclusão surge o problema de definir critérios para julgar um argumento relevante ou não ao deslinde do conflito. O que se pode observar é a existência de uma crença jurisprudencial que este juízo de valor sobre os argumentos deve ser feito pelos juízes, os quais determinarão aquilo que consideram ou não pertinente (LUCCA, 2016). Por consequência, a motivação acaba por se resumir em fundamentar o dispositivo da sentença, ignorando tudo aquilo que fora exposto pela parte sucumbente, no sentido de que essa fundamentação disporá sobre o porquê da vitória, mas não sobre porque o sucumbente não logrou êxito em sua pretensão, ferindo deste modo o contraditório. Porém a argumentação que o código parece contemplar dentro do contexto de lógica jurídica necessita de uma demonstração impessoal da solução às partes (auditório) de acordo com o que por elas é proposto e seria aceito, conforme Perelman (1996 apud CAMARGO, 2003, p. 143):

A lógica jurídica comporta o estudo de esquemas argumentativos não-formais, próprios do contexto jurídico. Enquanto a demonstração é impessoal e poderia mesmo ser controlável mecanicamente, toda a argumentação se dirige a um auditório que ela se empenha em persuadir ou em convencer, cuja adesão às teses que, se supõe, ele aceitaria, e que poderiam servir de premissas para a argumentação que a pessoa se propõe a desenvolver. Cumpre aliás, que tais teses sejam aceitas com uma intensidade suficiente e que suportem, sem desgaste, o peso da argumentação.

Objetivando inferir os motivos pelos quais essas judiciais serem produzidas desta forma, Lucca (2016) propõe duas possíveis hipóteses. A primeira diz respeito à celeridade processual. Devido à necessidade de se atender a enorme demanda judicial pela sociedade, bem como à prolação de julgamentos em tempo hábil determinada pela Corregedoria e pelo Conselho Nacional de Justiça, os juízes acabam motivando precariamente suas decisões. A segunda hipótese seria a constatação de que, com frequência, as partes conjugam suas causas de pedir com uma avalanche de pedidos e teses notadamente infundadas, os quais nada contribuem ao processo e, por esse motivo, acabam não sendo rebatidos.

Diante deste cenário tornam-se comuns decisões judiciais nas mais diversas instâncias, nas quais os magistrados deixavam de analisar argumentos apresentados pelas partes, valendo-se da máxima pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o juízo não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pela parte,

quando encontrar motivo suficiente para proferir a decisão ” Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 510-511), a concepção acima exposta pelos Tribunais Superiores está em “total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório”. Isto porque, para os autores, a motivação judicial deve ser feita sempre à luz desse direito fundamental, uma vez que ela constitui a última manifestação do direito ao contraditório para as partes, permitindo o debate processual que dele emana. Sem isso, ou seja, “sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo”.

Nesse sentido, Theodoro Junior (2015) acredita que a premissa segundo a qual o juiz não está obrigado a responder a todos os questionamentos das partes, que concebe uma criação solitária da decisão judicial pelo julgador fora corrigida normativamente pelo artigo 489 do novo Código de Processo Civil. Assim, aos olhos do autor, as “*ratione decidendi*” das decisões judiciais devem permitir um amplo debate sobre todas as questões jurídicas arguidas pelas partes. Todavia, em que pese a previsão expressa legislativa no sentido de determinar a análise dos argumentos capazes de inferir decisão diversa, em mais recente decisão, já com o novo código em vigor, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua representante, a Ministra Diva Malerbi⁵ (desembargadora convocada) proferiu o seguinte entendimento acerca do tema previsto no inciso IV em análise:

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.

Este precedente paradigmático, causou contrariedade na comunidade jurídica, por não parecer estar de acordo com as disposições legais para fundamentação da decisão judicial previstas no Código de Processo Civil, tampouco com o sistema de livre convencimento pela persuasão racional. Persuasão esta, inclusive, que caracteriza a teoria da argumentativa, como visto. Assim, se a argumentação racional demanda por uma justificação dialética, ou seja, entre as ideias contrárias, em que o julgador deve convencer o seu auditório (ambas as partes e por vezes terceiros) (CAMARGO, 2003), conclui-se que

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 21315, Primeira Seção, Relator: Min. Diva Malerbi (desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), Brasília, julgado em 08/06/2016, publicado via DJe em 15/06/2016.

a ideia segundo a qual a assunção de convencimento se limita ao julgador parece equivocada.

Acerca do tema, Lucca (2016, p. 225) manifesta sua inconformidade com a referida tese: “dito de outro modo, imagina-se que motivar uma decisão seja escolher argumentos que beneficiem a parte vencedora, pouco importando o que foi alegado e produzido pela parte vencida”. Observa-se que tal desconsideração pela motivação ofende não somente o contraditório entre as partes, mas também o caráter democrático das decisões judiciais, que vai além dos interesses do vencedor e do convencimento do julgador.

No mesmo sentido, Roque (2015) dispõe que o enfrentamento dos argumentos da parte sucumbente devem ser todos apreciados, desde que capazes a levar a resultado diverso, demonstradas as devidas razões para não acolhimento. Para o autor, reside uma diferença em enfrentar os argumentos da parte vencedora. Quanto a este caso, o juiz, uma vez acolhido determinado argumento para julgar favorável a lide, pode se limitar a fundamentar somente aquele argumento, ignorando os demais que conduziram ao mesmo resultado, posição esta compartilhada por Lucca (2016, p. 228) que diz: “as únicas alegações que podem ser omitidas pelo juiz na motivação são as do vencedor; jamais as do sucumbente”.

A desnecessidade de se enfrentar todos os argumentos trazidos pelo vencedor de um processo judicial advém não apenas do fato de que para se acolher um pedido, basta que o juízo o faça, convencendo-se por qualquer dos argumentos aduzidos, posto que assim terá o Autor alcançado sua pretensão, mas também em razão da extensão do efeito devolutivo dos recursos, que rege que em caso de recurso desta decisão, para que o resultado seja modificado, deverá o órgão julgador analisar e se pronunciar sobre os fundamentos/argumentos não mencionados pelo magistrado “a quo” (NERY JUNIOR e NERY, 2015), conforme prevê o artigo 1.013, §1º do Código de Processo Civil⁶.

Entretanto, como se observa no julgamento acima citado, pode-se argumentar que se tem utilizado equivocadamente da persuasão racional, de modo a comprometer a confiabilidade do auditório (partes e sociedade) às decisões judiciais, ferindo assim o contraditório e a segurança jurídica pelo direito e no direito. Ademais, mesmo que possa se conceber um juízo tão drástico de relevância ou não dos argumentos das partes pelo

⁶ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

juiz, deve ele ao menos indicar onde está a irrelevância de determinada tese apontada. “Se as alegações são irrelevantes, então deve o juiz dizê-lo claramente: ‘a alegação X feita pelo réu é irrelevante, pois trata do assunto Y, quando na verdade o caso concreto diz respeito à circunstância Z’, p.ex” (LUCCA, 2016, pp. 227-228). Com efeito, prossegue Lucca (2016, p. 240) ao analisar o inciso IV do artigo 489, parágrafo primeiro do CPC, asseverando que é dever do magistrado afastar todas as alegações fáticas e jurídicas da parte sucumbente, podendo-se transcrever sua conclusão, o que considera o grande mérito deste dispositivo:

O grande mérito do dispositivo é retirar do juiz o poder de escolher os argumentos da parte sucumbente que quer enfrentar. Deixa de ser relevante no processo apenas aquilo que o juiz arbitrariamente considera digno de consideração; e passa a ser relevante tudo o que poderia levar a um resultado diferente daquele que foi obtido.

Ainda, é necessário que se diga que atender ao mandamento constitucional da fundamentação não significa “transformar o processo num inferno operacional”, a ponto de qualquer alegação se tornar motivo para nulidade de decisão (TASSINARI e LOPES, 2015, p. 100). Tampouco, deve ser afastada a crença que fundamentação equivale a uma decisão longa e prolixa (LUCCA, 2016). Pelo contrário, deve ser um pronunciamento judicial efetivo pela objetividade, demonstrando-se que o julgador examinou todos os argumentos levantados para, por fim, pronunciar-se.

Desse modo, a análise feita parece demonstrar o equívoco de aplicação do livre convencimento pela persuasão racional. Persuasão esta que, como propagado pela teoria argumentativa, objetiva incitar à adesão dos ouvintes a uma determinada tese para lhe garantir a concordância e confiabilidade. De mais a mais, o próprio Código de Processo Civil demanda por um contraditório amplo de argumentos, notável no seu artigo 489 e na positivação da cooperação processual, sendo o entendimento majoritário pela necessidade de se motivar todas as teses da parte sucumbente. Assim, respeitadas os ditames processuais citados, agregados a determinadas vertentes argumentativas, poder-se-ia atender à intenção do legislador e aos anseios da sociedade por um processo debatido em toda sua pertinência, para assegurar a conformidade de ambas as partes com a decisão recebida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de 2015 parece ter buscado respostas para uma série de problemas enfrentados pelos operadores do direito na prática processual civil, dentre eles a falta de uma técnica clara e coerente para a fundamentação das decisões judiciais. Sob esta perspectiva, a teoria da argumentação jurídica apresenta vários aspectos positivos para se fortalecer a segurança jurídica nas decisões judiciais. Isto porque a argumentação é voltada à satisfação e persuasão de seu auditório (partes e sociedade), empregando-se a coerência a casos similares, a coesão a dispositivos legais, e dispondo sobre as melhores consequências sociais.

Neste cenário, o novo Código de Processo Civil exsurge com o intuito de delimitar o livre convencimento dos julgadores e traçar parâmetros do que se considera uma decisão judicial fundamentada com o artigo 489. Este dispositivo, inclusive, é visto por parte da doutrina em consonância com determinados aspectos da argumentação jurídica, sugerindo um possível embasamento nessa teoria, especialmente no que toca ao inciso IV do §1º, e o §2º daquele dispositivo, o que confirma a primeira hipótese da pesquisa.

O inciso IV justamente propõe um maior diálogo entre o julgador e seu auditório, seguindo o viés do princípio da cooperação, agora positivado no Código de Processo Civil, e da argumentação jurídica. Observa-se que mesmo após a promulgação deste dispositivo que claramente visava coibir decisões sem pronunciamento perante os argumentos das partes, o Superior Tribunal de Justiça recentemente manteve o entendimento de que cabe ao juiz decidir sobre quais se manifestar, contrariando o artigo 489 e os mandamentos da argumentação jurídica para uma decisão judicial coerente.

Com relação ao §2º, que trata da ponderação entre normas pelo julgador, verifica-se mais fortemente a pertinência da aplicação da teoria da argumentação jurídica para sua interpretação. Muitos dos problemas verificados dizem respeito justamente a este conflito entre normas, especialmente entre princípios, que muitas vezes acabam sendo solucionados arbitrariamente pelo julgador. Assim, este novo dispositivo processual estabelece a necessária argumentação acerca das razões que determinaram o balanceamento do conflito entre normas, para o qual se pode utilizar as técnicas argumentativas para uma decisão mais satisfatória.

Desta forma, confirmaram-se em parte a segunda hipótese arguidas, na medida em que o artigo 489 oferece uma sistematização teórica eficaz para a fundamentação das decisões judiciais, especialmente quando aplicado sob o panorama da teoria da argumentação jurídica. Entretanto, o dispositivo ainda carece de eficácia prática, tendo em vista o remanescente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela exaltação do livre convencimento racional em detrimento ao dever de fundamentar. Por fim, evidenciou-se que a perspectiva da aplicação conjugada do artigo 489 com a teoria argumentativa pode corresponder aos anseios sociais por segurança jurídica nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 1. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUNHA, Rogério Vieira. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder a todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. In: *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Lumen Juris, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito*. 2013. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, 2013.

LISBÔA, Daniel. Teoria da argumentação jurídica: o art. 489 do novo CPC e sua aplicabilidade ao processo do trabalho. In: _____. *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Lumen Juris, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*, vol. 1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROQUE, André Vasconcelos. O dever de fundamentação analítica no novo CPC e a normatividade dos princípios. In: ALVIM, Thereza et al (org.). *O novo código de processo civil brasileiro: estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC*. Conj. de 19.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc#_ftnref>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual e. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do artigo 489 do NCPC. In: _____. *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Lumen Juris, 2015.