

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: Elementos para Superação do  
Conceito de Motivação das Decisões a partir da Análise Comparativa da Atuação  
Jurisdicional da *Supreme Court* e dos Tribunais Brasileiros**

Belo Horizonte  
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: Elementos para Superação do  
Conceito de Motivação das Decisões a partir da Análise Comparativa da Atuação  
Jurisdicional da *Supreme Court* e dos Tribunais Brasileiros**

Tese apresentada ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como exigência para obtenção de título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Área de Pesquisa: Acesso à Justiça e Solução de Conflitos  
Orientador: Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Belo Horizonte

2017

---

B862f Brito, Thiago Carlos de Souza  
Fundamentação das decisões judiciais: elementos para  
superação do conceito de motivação das decisões a partir da  
análise comparativa da atuação jurisdicional da *Supreme Court*  
e dos tribunais brasileiros / Thiago Carlos de Souza Brito. – 2017.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.  
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito processual – Teses 2. Decisão judicial – Brasil  
3. Precedentes judiciais – Teses 4. Poder judiciário – Teses  
I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 347.9

THIAGO CARLOS DE SOUZA BRITO

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: Elementos para Superação do  
Conceito de Motivação das Decisões a partir da Análise Comparativa da Atuação  
Jurisdicional da *Supreme Court* e dos Tribunais Brasileiros**

Tese apresentada ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como exigência para obtenção de título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Componentes da banca examinadora:

---

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor João Alberto de Almeida

Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Érico Andrade

Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Hermes Zaneti

Universidade Federal do Espírito Santo

---

Professor Doutor Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Fundação Getúlio Vargas

*With Great Power Comes Great Responsibility.*

*“Where there is great power there is great responsibility, where there is less power there is less responsibility, and where there is no power there can, I think, be no responsibility.”*

*Winston Churchill*

*À Sônia, Thalita e Thábata, conseguimos.*

*À Natália, os dias todos.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos Professores Gláucio Maciel, meu orientador, João Alberto de Almeida, Fernando Jayme, Érico Andrade e Manoel Galdino. Saibam que os seus ensinamentos me ajudaram a trilhar este caminho.

Aos meus amigos, colegas de mestrado e doutorado e familiares, pelo apoio, incentivo e torcida em todos os momentos.

À Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Depois de tanto tempo como aluno, posso dizer que é também, e sempre será, a minha casa.

## RESUMO

A presente tese objetivou demonstrar, de forma comparada, a fundamentação das decisões judiciais proferidas pela *Supreme Court* dos Estados Unidos da América e os Tribunais brasileiros, com vistas à reconstrução do método adotado pelos magistrados para motivar.

A primeira parte do trabalho aborda a mutação histórica da fundamentação das decisões, desde a sua origem romana até a sua moderna conformação no CPC de 2015. Em seguida, são estudados os aspectos teóricos da fundamentação, relativos à sua finalidade, requisitos, método e conteúdo. Analisa-se também os argumentos relativos à falha da fundamentação das decisões pelos magistrados brasileiros.

A segunda parte examina as duas modificações no panorama teórico jurisdicional, concernentes ao ativismo judicial e à valorização do uso dos precedentes enquanto fontes do Direito, que justificam a modificação do método de fundamentação da decisão judicial.

A terceira parte do trabalho analisa o método de fundamentação das decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mediante a verificação empírica de acórdãos selecionados conforme a metodologia definida no trabalho.

A quarta parte apresenta os resultados do levantamento empírico do método de fundamentação das decisões judiciais dos Tribunais brasileiros previamente selecionados, conforme a mesma metodologia adotada na terceira parte do trabalho.

A quinta parte do trabalho aborda os vícios identificados na fundamentação das decisões analisadas dos Tribunais brasileiros, ao indicar as práticas que obstam a correta fundamentação pelos juízes.

A sexta parte, por fim, elabora algumas soluções para os problemas identificados na quinta parte do trabalho, com vistas à superação da fundamentação das decisões tal qual aplicadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: decisão judicial; fundamentação; ativismo; precedentes; criação judicial do Direito.



## **ABSTRACT**

The purpose of this thesis was to demonstrate, using the comparative method, the motivation of the judicial decisions handed down by the Supreme Court of the United States and the Brazilian Courts, with the purpose to reconstruct the method adopted by the magistrates to motivate.

The first part of the paper deals with the historical mutation of the motivation, from its Roman origin to its modern statute of the CPC of 2015. Next, the theoretical aspects of the motivation are demonstrated, related to its purpose, requirements, method and content. Next, it also analyzes the arguments regarding the lack of motivation by the Brazilian magistrates.

The second part examines two changes in the legal theory, concerning the judicial activism and the use of precedents, which justify the modification of the method of justification of the judicial decision.

The third part analyzes the method of motivation of judicial decisions issued by the Supreme Court of the United States of America, through the empirical verification of cases selected according to the methodology defined in this work.

The fourth part presents the results of the empirical survey concerning the method of motivation used by the previously selected Brazilian Courts, according to the same methodology adopted in the third part of the study.

The fifth part of the paper addresses the issues identified in the justification of the decisions analyzed by the Brazilian courts, indicating practices that impede correct justification by the judges.

The sixth part, finally, elaborates some solutions to the problems identified in the fifth part of the work, with the purpose to overcoming the method used by judges of the Brazilian Judiciary.

Keywords: judicial decision; motivation; activism; precedents; judicial creation of law

## Tabela de Abreviaturas

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPR – Civil Procedure Rules

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

## Tabela de Gráficos

Gráfico 1 – STF: Número de Acórdãos Publicados entre 1989 e 2015

Gráfico 2 – STF: Comparativo: Número de Decisões Monocráticas x Número de Decisões Colegiadas

Gráfico 3 – STF: Média do Número de Páginas dos Acórdãos do STF entre 1989 e 2015

Gráfico 4 – STF – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório

Gráfico 5 – STF – Média de Páginas do Voto

Gráfico 6 – STF – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 7 – STF – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 8 – STJ: Número de Decisões Colegiadas Publicadas entre 1989 e 2015

Gráfico 9 – STJ – Comparativo: Número de Decisões Monocráticas x Número de Decisões Colegiadas

Gráfico 10 – STJ: Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015

Gráfico 11 – STJ – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 12 – STJ – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 13 – TJSP – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1997 e 2015

Gráfico 14 – TJSP – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 15 – TJSP – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 16 – TJRJ – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015

Gráfico 17 – TJRJ – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 18 – TJRJ – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 19 – TJMG – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1999 e 2015

Gráfico 20 – TJMG – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 21 – TJMG – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 22 – TRF1 – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015

Gráfico 23 – TRF1 – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 24 – TRF1 – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Gráfico 25 – TRF4 – Média de Páginas dos Acórdãos entre 2001 e 2015

Gráfico 26 – TRF4 – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

Gráfico 27 – TRF4 – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto

Tabela 28 – Comparativo Completo dos Tribunais

Gráfico 29 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas de Acórdão

Gráfico 30 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas dos Votos

Gráfico 31 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas de Jurisprudência

## Sumário

Introdução: Tema-Problema e Metodologia de Análise da Fundamentação das Decisões Judiciais....	14
1 – O Problema da Fundamentação das Decisões Judiciais.....	19
2 – Fundamentação das Decisões Judiciais: Dimensão do Problema.....	30
2.1 – Elementos Históricos da Fundamentação das Decisões Judiciais.....	31
2.1.1 – Fundamentação das Decisões na Antiguidade e no Direito Romano.....	31
2.1.2 – Fundamentação das Decisões no Direito Canônico.....	34
2.1.3 – Fundamentação das Decisões nos Estados Europeus.....	37
2.1.4 – Fundamentação das Decisões no Direito Lusitano e Direito Brasileiro.....	39
2.2 – Conceito de Fundamentação das Decisões Judiciais.....	42
2.2.1 – O Conteúdo da Fundamentação Conforme o CPC/15.....	43
2.3 – Modelos Lógicos de Fundamentação.....	48
2.4 – Finalidade da Fundamentação das Decisões.....	51
2.5 – Diferença Entre Estrutura de Raciocínio da Escolha da Solução e Estrutura de Raciocínio da Justificação Racional.....	53
2.6 – Requisitos da Fundamentação.....	55
2.7 – Possíveis Razões da Ausência de Fundamentação.....	58
3 – Razões para Superação do Conceito Tradicional de Fundamentação: Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes.....	63
3.1 – O Ativismo Judicial: Notas sobre o Direito Comparado e o Ativismo no Brasil.....	63
3.1.1 – O Conceito de Ativismo Judicial.....	64
3.1.2 – Ativismo Judicial: o Problema da Discricionariedade do Julgador.....	71
3.1.3 – O <i>Judicial Review</i> Norte Americano.....	76
3.1.4 – Ativismo Judicial no Brasil.....	80
3.2 – O CPC de 2015 e o Sistema de Precedentes: <i>Common Law</i> à Brasileira.....	84
3.2.1 – Teoria dos Precedentes: A Aplicação do <i>Stare Decisis</i> nos sistemas de <i>Common Law</i> e no de <i>Civil Law</i> .....	87
3.2.2 – O <i>Stare Decisis</i> : <i>Ratio decidendi</i> , <i>Overruling</i> e <i>Distinguish</i> .....	91
4 – A Fundamentação das Decisões Judiciais no Sistema de <i>Common Law</i> : Análise Empírica da Experiência Norte Americana.....	95
4.1 – Breve Linhas sobre a História da Fundamentação no <i>Common Law</i> .....	95
4.2 – Considerações sobre a Ausência de Disposições Normativas sobre o Dever de Motivar.....	98
4.3 – A fundamentação das Decisões no <i>Common Law</i> .....	100
4.4 – História e Procedimento da <i>Supreme Court</i> .....	107
4.5 – Análise das Decisões da <i>Supreme Court</i> .....	111

4.6 – A Fundamentação de um <i>Hard Case</i> na <i>Supreme Court</i> .....	115
5 – A Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil: Análise Empírica dos Julgados do STF, STJ, TJSP, TJMG, TJRJ, TRF da 1ª Região e TRF da 4ª Região.....	119
5.1 – A Fundamentação das Decisões no Supremo Tribunal Federal.....	119
5.2 – A Fundamentação das Decisões no Superior Tribunal de Justiça.....	131
5.3 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	138
5.4 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	143
5.5 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.....	148
5.6 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.....	153
5.7 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.....	159
5.8 – Comparativo da Fundamentação das Decisões entre os Tribunais.....	163
6 – Vicissitudes da Fundamentação das Decisões.....	167
6.1 – Predominância das Decisões Monocráticas (ou enfraquecimento do Princípio Colegiado).....	167
6.2 – Ausência de Debate entre a Turma Julgadora.....	170
6.3 – Cultura dos Assessores.....	172
6.4 – Cultura Parecerista.....	174
6.5 – Fundamentação Parecerista: Transcrição de Ementas.....	176
6.6 – Fundamentação Parecerista: Citação doutrinária restrita e sem justificativa.....	179
6.7 – Ausência de diferenciação na Fundamentação das Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.....	181
6.8 – Menção Reduzida do Caso Concreto nas Cortes de Justiça.....	184
6.9 – Inexistência de Pensamento Abstrato nas Cortes Superiores (Cortes de Precedentes).....	186
6.10 – Inocorrência de Distinção entre Hard Cases e Easy Cases.....	187
7 – Superação da Técnica da Fundamentação.....	189
7.1 – Modificação da Cultura Parecerista.....	189
7.2 – Redução do Número de Assessores.....	192
7.3 – Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes: Necessidade de Diferenciação da Fundamentação nas Cortes Brasileiras.....	194
7.4 – Julgamento Monocrático nas Cortes de Precedentes.....	196
7.5 – Readequação do Relatório.....	198
7.6 – Princípio da Proibição à Fundamentação <i>Per Relationem</i> : vedação da transcrição da decisão anterior como fundamento da nova decisão, sob pena de nulidade.....	199
Conclusão.....	201
Referência Bibliográfica.....	205

## INTRODUÇÃO

Em uma ação revisional de contratos bancários, que tramitava perante a 13ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG, submetida ao rito do processo comum ordinário do Código de Processo Civil de 1973, discutiam as partes a validade das cláusulas do instrumento entre elas celebrado. Na sua petição inicial, a parte autora formulou pedido de antecipação da tutela, para deixar de pagar o valor da parcela mensal fixada diretamente à instituição financeira e, em substituição, efetuar o depósito judicial, no importe que entendia devido. O magistrado titular da causa indeferiu tal pedido, por considerar que não estavam presentes os requisitos previstos no art. 273 do CPC/73. Em seguida, a parte autora interpôs recurso de embargos de declaração, suscitando omissão quanto à apreciação das provas que foram levadas aos autos. Era de se esperar que o julgador, responsável pela pacificação do litígio, enfrentasse a questão e, de forma fundamentada, explicasse os motivos que o levaram a indeferir o pedido de urgência, bem como, em seu entender, as provas apresentadas não se prestavam ao fim colimado pela parte autora. Contudo, para a surpresa de todos os envolvidos, a resposta do magistrado ao recurso foi um simples: “*E daí? P. R. I.*”<sup>1</sup>

O caso acima, ainda que tenha contornos anedóticos, pode ser identificado como exemplo absurdo, mas verídico, de um problema frequente na prática judiciária brasileira.

O debate acadêmico sobre a fundamentação das decisões judiciais, via de regra, está concentrado na delimitação de seu conceito, requisitos e contornos teóricos. Foram e são desenvolvidos trabalhos acadêmicos com vistas a adequar a atividade de motivar as decisões frente ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, a mesma atenção dispensada à teoria da fundamentação não possui equivalência na pesquisa empírica. A verificação na prática forense do método de decisão, os tipos de argumentos usualmente utilizados pelos magistrados, bem como a sua extensão e multiplicidade de embasamento, é esparsa na literatura especializada. Quando as pesquisas empíricas são realizadas, o procedimento usualmente escolhido é o de estudo de casos, com a identificação de decisões individualizadas, normalmente de casos que têm especial destaque na sociedade em um momento histórico específico. A escolha de tal metodologia pressupõe a identificação de processos relevantes para determinado ramo do Direito, nos quais os atores sociais atuam de forma coordenada na apresentação e debate dos seus argumentos. Porém, a verificação episódica e casuística das decisões não permite

---

<sup>1</sup> Por se tratar de processo público, informamos que o número dos autos é 0024.08.987241-0, que tramitou perante a 13ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG.

apreender o contexto da fundamentação na miríade de litígios que assoberbam o Poder Judiciário.

Por isso, a presente pesquisa tem uma proposta que se pretende diversa daquelas acima mencionadas. Ao invés de concentrar-se na teoria da fundamentação ou na análise direcionada de acórdãos específicos, pautou-se o trabalho no levantamento quantitativo de decisões judiciais, por meio da seleção aleatória de acórdãos dos Tribunais brasileiros no período compreendido entre os anos de 1989 e 2015. Para fins de comparação, foram também selecionadas decisões da *Supreme Court* dos EUA, proferidas no mesmo intervalo de tempo, de modo a permitir o cotejo entre os dois métodos de argumentação jurídica utilizada pelas cortes dos dois países.

Para tanto, foi desenvolvida pesquisa empírica, por meio da técnica metodológica da amostragem, das decisões proferidas por Tribunais brasileiro e americano. Optou-se por tal método pelo fato de que, ainda que seja possível conceber verificação de todas as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros desde a promulgação da Constituição de 1988, tal medida se mostra um desperdício de tempo e esforços. Como apontam LAWLESS, ROBBENNOLT E ULEN, é admissível identificar o padrão em determinado conjunto de dados por meio da análise de uma fração deles, permitindo-se a posterior generalização.<sup>2</sup> Ademais, ao utilizar a metodologia da amostragem, é possível identificar informações mais acuradas que a análise do todo, uma vez que concentra o estudo na obtenção de informações qualificadas e detalhadas. Acrescenta-se que, tendo em vista a finalidade da comparação da extensão, as decisões judiciais foram equiparadas em sua formatação, em páginas com espaçamento de 1,5 cm, fonte Arial, tamanho 12, espaçamento de margens superior 2,5 cm, inferior 2,5 cm e laterais 3,0 cm.

Partindo de tais premissas, foram selecionadas, de forma aleatória, dez decisões judiciais por ano, desde o ano de 1988 até 2015, de cada um dos Tribunais objeto da presente pesquisa, a saber, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Ademais, foram escolhidos três Tribunais de Justiça estaduais, de acordo com a sua produtividade apurada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ no Relatório Anual do “Justiça em Números” de 2016 (ano-base 2015), quais sejam, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), bem como foram analisadas decisões proferidas por dois Tribunais Regionais Federais, quais sejam, o TRF da 1ª e da 4ª Região. Para fins de delimitação do tamanho da amostragem, bem

---

<sup>2</sup> LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. **Empirical Methods in Law**. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 140.



como evitar a repetição de padrões decisórios, a escolha dos acórdãos foi feita de forma a não repetir, sempre que possível, a turma julgadora, além de não serem admitidas, em um mesmo ano, decisões do mesmo relator. Ademais, para a aproximação dos temas discutidos, o assunto das pesquisas foi o termo “constituição”, uma vez que o vocábulo é de utilização indistinta por todos os tribunais objeto da análise empírica.

Durante o levantamento empírico das decisões, um problema de ordem técnica impossibilitou a verificação do inteiro teor dos acórdãos desde o ano de 1989 dos seguintes tribunais: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Por motivos que são desconhecidos, uma vez que foi não possível obter o contato da equipe responsável pela digitalização das decisões, tais cortes não oferecem ao pesquisador acesso, pela via eletrônica, do relatório e voto proferidos na década de 90. Oportunamente, no presente trabalho, será indicado o limite histórico no qual foi possível retroceder para realizar o levantamento.

Para efeitos de comparação e sustentação da tese defendida, foram analisadas decisões judiciais, na quantidade de uma por ano, oriundas da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, observado o mesmo marco temporal para os Tribunais brasileiros. Tal levantamento empírico permitirá evidenciar as diferenças na técnica da fundamentação das decisões proferidas nos Tribunais de países filiados ao sistema de *common law*.

O levantamento empírico, no qual as conclusões do presente trabalho são baseadas, por certo, possui a sua parcela de problemas. Em razão do volume de decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros todos os anos, comparado com o número de decisões analisadas ao longo da pesquisa, que totalizaram 1.590 acórdãos das Cortes acima indicadas, não apresentam um percentual de segurança considerado alto quando apurado o cálculo amostral. Ou seja, caso a amostra da pesquisa fosse maior, existiria a possibilidade de resultados diversos daqueles propostos na presente pesquisa. Não obstante, uma pesquisa empírica importa fazer escolhas metodológicas de acordo com os recursos à disposição do pesquisado. Considerando que a população de decisões dos tribunais é por demais extensa, seriam necessárias a seleção, a verificação e o registro de, aproximadamente, 25.000 acórdãos. Em razão do curto espaço de tempo durante a pesquisa doutoral, aliado à ausência de recursos, destacadamente quanto a não vinculação a um grupo de pesquisa, não foi possível ampliar a amostra de acórdãos.

Todavia, o método ora escolhido também possui a sua parcela de méritos, pois serve como ponto de partida para as pesquisas empíricas futuras, que permitirão ao cientista do processo civil desenvolver as ferramentas de análise de seu objeto de pesquisa. O presente trabalho, assim como as demais pesquisas científicas, não tem a pretensão de ser um ponto de

chegada no debate sobre a fundamentação, mas tão-somente um ponto de partida para aprofundar o conhecimento e permitir outras percepções sobre o mesmo fenômeno.

A hipótese sustentada é a de que a fundamentação das decisões dos Tribunais brasileiros não se modificou nos últimos vinte e cinco anos, e reflete uma prática judiciária em dissonância com as atribuições previstas para o Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a presente tese vai apresentar problemas que são antecedentes fáticos à discussão teórica do conceito de fundamentação, usualmente ignorados pela literatura especializada. Sustenta-se que, sem o seu enfrentamento, qualquer construção acadêmica será inaplicável na prática judiciária. Para tanto, foram apontadas as seguintes questões:

1- Quanto ao procedimento do julgamento: (i) predominância das decisões monocráticas em face das decisões colegiadas; (ii) ausência de debate entre os julgadores nas decisões colegiadas; (iii) cultura dos assessores; e

2- Quanto à técnica de fundamentação das decisões: (iv) cultura parecerista; (v) extensiva citação de outras decisões, sem demonstração de sua adequação ao caso em julgamento; (vi) citação doutrinária restrita e sem justificativa; (vii) reduzida referência ao caso concreto; (viii) inexistência de pensamento abstrato; (ix) falta de enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes no processo; (x) ausência de diferenciação entre *hard cases* e *easy cases*.

Assim, no Capítulo 1, será apresentado o tema-problema, de forma sistematizada, com as delimitações sobre o objeto da pesquisa.

O Capítulo 2 terá como finalidade definir a posição da literatura especializada brasileira sobre a fundamentação das decisões judiciais. Será demonstrada a sua evolução histórica, até a atual conformação das técnicas de julgamento e formação dos precedentes existentes no Novo Código de Processo Civil. Acrescente-se que serão desenvolvidos argumentos sobre a falha da fundamentação das decisões pelos magistrados brasileiros.

Ato contínuo, no Capítulo 3, serão demonstradas mutações ocorridas na sociedade que justificam a reanálise da teoria da fundamentação das decisões judiciais.

Em seguida, no Capítulo 4, será apontada a problematização da fundamentação das decisões nos países de *common law*, especificamente nos Estados Unidos da América. Ademais, será analisada a forma na qual são decididas, nos referidos países, questões relacionadas ao julgamento de litígios nos quais existem dispositivos legais regulando-os. Os critérios específicos utilizados na pesquisa qualitativa foram: (i) relator; (ii) número de páginas, (iii) existência de dissenso, (iv) extensão de citação de doutrina; (v) extensão de citação de

jurisprudência; (vi) frequência de menção aos fatos; (vii) existência de raciocínio abstrato para justificação da decisão.

Por sua vez, no Capítulo 5, serão apontados os resultados da pesquisa empírica sobre a fundamentação das decisões pelos Tribunais brasileiros, demonstrando as técnicas utilizadas e a metodologia adotada pelas principais cortes brasileiras. Serão consideradas as seguintes variáveis, idênticas às variáveis utilizadas para fazer a análise qualitativa das decisões proferidas pela *Supreme Court*: (i) relator; (ii) número de páginas, (iii) existência de dissenso, (iv) extensão de citação de doutrina; (v) extensão de citação de jurisprudência; (vi) frequência de menção aos fatos; (vii) existência de raciocínio abstrato para justificação da decisão.

No Capítulo 6, serão desenvolvidas as principais vicissitudes na fundamentação das decisões nos Tribunais brasileiros.

Por fim, no Capítulo 7, serão propostas algumas soluções para os problemas que obstam o debate acerca da fundamentação das decisões.

Considerando todo o exposto, o presente trabalho se insere em um contexto de revisão da atuação jurisdicional e adequação desta à realidade da sociedade brasileira.

## 1 – O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A ausência de fundamentação<sup>3</sup> das decisões judiciais assumiu feições de uma das principais dificuldades no cotidiano forense. Não sem razão. O processo, enquanto técnica de resolução das controvérsias, é um produto da sociedade na qual serve ele de instrumento.<sup>4</sup> Desde o processo civil romano, eminentemente formalista, reflexo de suas ligações com a religião, passando pelo canônico, fomentado para a salvação da alma do réu, até o moderno processo civil, com suas pretensões democráticas, é possível perceber que as especificidades do contexto histórico, econômico e social influenciam na forma, requisitos, elementos e objetivos dos atos processuais.

Merece especial atenção a sentença, principal ato do processo, que encerra a discussão trazida ao conhecimento do Poder Judiciário pelas partes, e pretende resolver, de forma definitiva, o litígio.<sup>5</sup> Também ela teve seus contornos modificados ao longo da história. Conforme os elementos históricos presentes no Capítulo 2.1, a sentença já foi prolatada de forma oral, sem qualquer justificativa ou motivos; posteriormente passou a ser proferida na forma escrita, mas elaborada de forma secreta, sem qualquer motivação para as conclusões nela inseridas. Até se chegar em um contexto no qual a sentença não é considerada válida se não for escrita, pública e se ausente for a fundamentação. Este caminhar histórico permite a conclusão de que a justificação das conclusões constantes no *decisium*, em conjunto com a necessária publicidade dos atos judiciais, tem a função de garantia fundamental do cidadão.<sup>6</sup> A par das disposições legislativas historicamente indicadas, também os autores que tratam e trataram a matéria reconhecem a importância da fundamentação para a validade da sentença, apenas com

---

<sup>3</sup> Importante esclarecer que no presente trabalho optou-se por designar o ato judicial que apresenta as razões da decisão de “fundamentação”. Isso porque, conforme se verifica do art. 93, inc. IX, da CF/88, bem como do art. 489, do CPC, o legislador decidiu utilizar tal vocábulo. Todavia, a despeito da sinonímia existente entre fundamentação e motivação, nos principais trabalhos sobre o tema, diversos autores optam por utilizar o vocábulo “motivação”. Ainda que nos demais países a terminologia empregada seja esta, seguir-se-á a escolha legislativa. Por fim, como aponta JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in: A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 88), apenas na Argentina existe distinção entre o fundamentação e motivação: “*Com efeito, reputa-se carente de fundamentos o ato decisório que contraria frontalmente algum preceito constitucional, sendo, nesse caso, cabível o recurso extraordinário (de inconstitucionalidade), disciplinado no art. 100 da Constituição Nacional. De outra parte, toda vez que a sentença for fundada em errônea interpretação de texto legal ordinário, será considerada imotivada. Em tal hipótese, o meio adequado de impugnação será o recurso de cassação previsto nos Códigos processuais das províncias.*”

<sup>4</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

<sup>5</sup> ALMEIDA, João Alberto. **Aspectos Constitucionais da Coisa Julgada**. Tese. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 22.

<sup>6</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 325.

os apontamentos no sentido de que tais modificações somente ocorreram em resultado das exigências sociais de um determinado momento histórico e evidenciam a relação entre o jurisdicionado e o Estado.

Ainda sobre a exigência da fundamentação das decisões judiciais, após o seu reconhecimento enquanto requisito essencial, é possível identificar na literatura especializada trabalhos centrados no seu aperfeiçoamento e aprofundamento. Pretende-se, por meio dela, aponta a literatura especializada, demonstrar o *iter* lógico seguido pelo juiz ao decidir, capaz de evidenciar o silogismo da subsunção da norma jurídica ao fato em julgamento.

Todavia, diversamente do que aconteceu no debate acadêmico sobre outros atos processuais, segundo MICHELE TARUFFO, os estudos sobre a motivação das decisões foram centrados na i) definição da natureza do requisito de fundamentação e o vício decorrente de sua ausência, ii) a eventual superação do vício de motivação e iii) se a autoridade da coisa julgada encampa ou não a motivação.<sup>7</sup> Pouco, para não se dizer quase nada, foi discutido quanto à técnica<sup>8</sup> de formulação da motivação judicial e sua adequação para explicitar como o magistrado decide o caso concreto. Ao que tudo indica, tais estudos, elaborados em um contexto positivista clássico,<sup>9</sup> partem do pressuposto de que o controle da atividade judicial dar-se-ia com a verificação da aplicabilidade da lei ao caso concreto. Em apertada síntese: seria a fundamentação a simples exposição do raciocínio silogístico do julgador.

É importante ressaltar que, ainda que de forma limitada, algumas críticas ao conceito de fundamentação e os métodos legítimos de demonstração do *iter* lógico foram elaboradas.

---

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 36.

<sup>8</sup> Quer se dizer técnica no sentido atribuído por AROLDO PLÍNIO GONÇALVES (*in: Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 16), no qual afirma que: “A noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades.” Certamente, é possível problematizar tal conceito, como o fez o emérito professor titular de processo civil da Faculdade de Direito da UFMG. Entretanto, para os fins do presente trabalho, tais concepções são suficientes para representar a ideia que se deseja discutir.

<sup>9</sup> Sobre o Positivismo Jurídico, é de se registrar o que ensina NORBERTO BOBBIO (*In: Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135-136): “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental de ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. (...) Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito ‘justo’ ou ‘verdadeiro’ e direito ‘injusto’ ou ‘aparente’.”

Como será demonstrado oportunamente, no âmbito do *civil law*, aponta FRANCESCO CARNELUTTI uma clara distinção em “como é feita” e “como se faz” a sentença.<sup>10</sup> Também PIERO CALAMANDREI entendia que havia evidente separação entre motivação e o *iter* decisório.<sup>11</sup> Com efeito, partindo das críticas ao positivismo exegético, especificamente quanto à inexistência de lacunas no ordenamento jurídico, foi possível evidenciar que elementos externos ao Direito influenciam a decisão judicial e que, por isso, deveriam constar da fundamentação. A escola do direito livre e a jurisprudência dos interesses demonstram o equívoco da utilização do silogismo enquanto método de fundamentação. A ponderação é contundente: se o juiz realiza, de forma concreta, valores sociais, a decisão judicial não possui uma premissa maior somente na lei.<sup>12</sup> Aponta MICHELE TARUFFO que, exatamente por isso, a principal preocupação da moderna doutrina europeia sobre a fundamentação das decisões é o controle das premissas de caráter político e filosófico dos magistrados.

Por sua vez, no âmbito do sistema de *common law*, as críticas ao modelo de fundamentação tiveram objeto diverso. Destacadamente nos EUA, o realismo jurídico questionou a racionalidade do julgador, bem como a “*possibilidade de determinação de um esquema lógico que se possa assumir como paradigma geral do próprio juízo.*”<sup>13</sup> Negam, portanto, a lógica do processo decisório, ao sustentar que é impossível estabelecer as regras que ligam as premissas jurídicas à conclusão, para em seu lugar explorarem os elementos extralógicos que incidem na decisão.

De toda forma, o método silogístico, ao que parece certo, independentemente da tradição jurídica na qual determinado país estiver inserido, recebeu e recebe severas críticas enquanto método de evidenciação do *iter* lógico, vez que é ineficaz para distinguir entre a estrutura do juízo e estrutura da fundamentação.<sup>14</sup> A despeito disso, ainda hoje, prevalece como principal método e tema central dos trabalhos que versam sobre a fundamentação. E como será oportunamente demonstrado no Capítulo 4, as decisões judiciais dos Tribunais brasileiros continuam replicando tal modelo decisório.

---

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 212.

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Trad. Mauro Fonseca. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 73.

<sup>12</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 42.

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> Afirma MICHELE TARUFFO (*in: A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, 2015, p. 46) que: “*O ponto focal de tais críticas deveria ter sido (e não foi) o atraso que se verifica quando o jurista emprega o esquema silogístico para definir o mecanismo do juízo, enquanto as outras ciências, além da própria lógica, há tempos redimensionaram o valor lógico e cognoscitivo da silogística. O problema seria, por conseguinte, historiado na dimensão constituída pela evolução das formas conceituais empregadas para a análise da realidade.*”

Não haveria maiores questionamentos se, em sua estrutura de funcionamento, o Direito brasileiro permanecesse inserido em um modelo positivista clássico, no qual se verificasse a preponderância da lei em face das demais fontes do Direito. Entretanto, algumas mudanças na sociedade convidam a um novo repensar a fundamentação das decisões judiciais. A norma jurídica é resultado de um ato humano, decorrência de um reconhecimento histórico, variável no tempo.<sup>15</sup> Por isso, outros elementos assumem a função de fontes do direito. Necessário questionar, portanto, quais são os métodos de fundamentação válidos em uma sociedade democrática e pluralista. Dois fenômenos, em especial, evidenciam a pluralidade de fontes normativas no direito moderno: o ativismo judicial e a teoria dos precedentes.

Quanto ao primeiro fenômeno, nos dias que passam, uma afirmativa parece ser corriqueira nos meios acadêmicos, no sentido de que o Poder Judiciário se “agigantou” em relação aos demais Poderes constitucionalmente constituídos.<sup>16</sup> Sua relevância na promoção e proteção dos direitos fundamentais, aliados à noção de certa letargia e inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo, colocaram o Judiciário em posição de destaque.<sup>17</sup> O fenômeno em questão foi conhecido na literatura especializada como *ativismo judicial*.

Ao final da II Guerra Mundial, diante das inúmeras atrocidades que a humanidade vivenciou, causadas pelos regimes totalitários, tornou-se necessária a modificação da estrutura legislativa, de modo a efetivar os direitos e garantias fundamentais e dificultar os retrocessos. Pretendia-se que os crimes e os abusos ocorridos nos Regimes Nazista e Fascista não mais se repetissem.<sup>18</sup> Para atingir tal objetivo, não bastava a simples obediência ao procedimento adequado na criação das leis, uma vez que se mostrou ele insuficiente em face dos avanços do Poder Executivo. Em razão disso, como aponta LUIGI FERRAJOLI, foi construído um rearranjo institucional que permitiu a superação do Estado Legislativo do Direito para um Estado Constitucional de Direito.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre o tema, é de registrar o que afirma RICCARDO GUASTINI (in: **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 85): “*O postulado do positivismo jurídico é, muito simplesmente, a idéia de que o direito é criação dos homens. Não existem normas já ‘dadas’ na natureza ou na razão. As normas são ‘postas’, isto é, nascem de atos humanos produtores de normas. E não existem outras normas a não ser aquelas postas voluntariamente pelos homens. Deste prisma, o positivismo jurídico é a antítese do jusnaturalismo (entendido em sentido lato), a saber, daquele modo de ver segundo o qual existem ou podem existir normas já ‘dadas’ e não ‘postas’ voluntariamente pelos homens.*”

<sup>16</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 87.

<sup>17</sup> MAURO CAPPELLETTI (in: **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 14) afirma que na Alemanha discute-se na passagem do *Rechtsstaat* para o *Justizstaat*, em razão do evidente crescimento da importância da função jurisdicional em detrimento das demais.

<sup>18</sup> ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 44.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, Sobre los derecho fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 72.

A consolidação dos direitos fundamentais resultou em cartas constitucionais garantistas, com força normativa sobre o ordenamento, que impunham a efetividade dos princípios e regras que foram nela inseridas. E uma vez reconhecidos na Constituição, coube ao Poder Judiciário efetivá-los, de modo que os Tribunais Constitucionais assumiram função de primazia na estrutura jurídica. Inseridos no contexto de “Constitucionalismo Dirigente”,<sup>20</sup> como aponta J. J. GOMES CANOTILHO, os Tribunais constitucionais emergiram como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, uma vez que tanto o Legislativo quanto o Executivo estavam sob desconfiança de toda a população.<sup>21</sup>

No Brasil, o movimento de primazia do Poder Judiciário tem sua origem remota na promulgação da Constituição Federal de 1988. Os Tribunais, destacadamente o Supremo Tribunal Federal, tiveram papel essencial no processo de redemocratização, ao atuar após a promulgação da nova Carta Constitucional com o objetivo de promover a inclusão social, destacadamente na superação da histórica desigualdade social. Em breves linhas, tal atuação teve origem na inserção no texto constitucional de diversos direitos fundamentais para o cidadão brasileiro que, após os anos de chumbo da Ditadura Militar, tinha a premente necessidade de concretizá-los. Via de regra, seria de se esperar que a efetivação dos Direitos Fundamentais fosse atribuição do Poder Executivo, apto a elaborar políticas em âmbito coletivo e de amplo alcance social. Ademais, esperava-se que o Poder Legislativo fosse capaz de pautar a discussão política e elaborar leis aptas a reconhecer ou fortalecer os direitos das minorias, historicamente massacradas na sociedade brasileira. Porém, a despeito dessas expectativas, o que se percebeu foi a inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo causada por motivos diversos e que, apesar de relevantes, fogem ao objeto de estudo do presente trabalho. Não obstante, independentemente das causas do mencionado déficit de efetividade, o cidadão brasileiro foi alijado daquelas conquistas que almejou fossem efetivadas. Por isso, a saída encontrada foi reclamar, junto ao Poder Judiciário, de forma individualizada e casuística, aqueles direitos que não foram concretizados pelos demais Poderes.<sup>22</sup>

E atuação excepcional do Judiciário ocorreu de duas formas. Por um lado, considerando que direitos, como saúde, educação, liberdades individuais e etc., não eram

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>21</sup> É interessante notar que CLARISSA TASSINARI (*in: Jurisdição e Ativismo Judicial: limites de atuação do judiciário... Op. cit.*, p. 43): “É nesse contexto de aposta no Judiciário para a consecução dos objetivos constitucionais e de ruptura com a metodologia da corrente filosófica que havia predominado durante o nazismo – a subsunção positivista – que surgiu uma importante teoria jurídica, que passou a fundamentar as decisões judiciais do Tribunal Constitucional: a jurisprudência dos valores.”

<sup>22</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55-56.



garantidos pelo Poder Executivo, o jurisdicionado passou a reclamá-los, de forma singular, ao Poder Judiciário, que determinava ao Estado o fornecimento de medicamento ou tratamento hospitalar, matrícula do aluno na rede pública, etc. Lado outro, em razão da impossibilidade de construção de um consenso no Poder Legislativo, capaz de regulamentar questões sociais relevantes, também foi o Judiciário colocado na posição de protetor dos direitos das minorias, para atuar como um agente social contramajoritário.<sup>23</sup> Assim, o Judiciário assumiu a atribuição de concretizar os direitos previstos na Constituição, mas não cumpridos pelos demais Poderes. Pretendia-se, parece claro, por meio das ações judiciais individuais e coletivas, transformar a sociedade, reduzir desigualdades de renda e oportunidades, bem como as desigualdades sociais.<sup>24</sup>

Além disso, importante destacar outro fator de cunho eminentemente social, que contribuiu para a ocorrência do ativismo judicial. Diante das modificações nos modos de produção e organização social, decorrentes, dentre outros, da globalização, transnacionalização, novos direitos, serviram para a fragilização da esfera estatal, tendo em vista que o Estado foi compelido a regular e fiscalizar os mais diversos setores da sociedade. Com isso, é perceptível uma inflação legislativa, uma vez que o Estado, por meio do Direito, assume o papel de principal moderador dos litígios na sociedade.<sup>25</sup> E uma vez que não dispõe de meios fiscalizatórios para todas as áreas regulamentadas, o resultado é um aumento expressivo da litigiosidade. Em consequência, o Poder Judiciário apresenta-se como responsável pela garantia da paz social, pois os próprios cidadãos, em sua maioria, recusam

---

<sup>23</sup> Sobre o tema, importante ressalva foi feita DIERLE JOSÉ COELHO NUNES e ALEXANDRE BAHIA (in: Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, p. 61-96, jul./dez. Belo Horizonte, 2010, p. 68-69) que: “*Existe uma referência constante na literatura das benesses dessa estratégia, como nos emblemáticos precedentes implementados pela Corte presidida por Earl Warren, na Suprema Corte Norte Americana, com indicações de precedentes como o de 1954 e 1955, Brown vs. Board of Education of Topeka, no qual o aludido Tribunal declarou inconstitucional a segregação racial aos estudantes de escola pública. Como noticia Hershkoff o precedente Brown ‘deu inspiração a uma geração de advogados que enxergavam o direito como uma fonte de libertação e transformação para grupos marginalizados’, ou seja, como dito, enxergavam na via processual um mecanismo contra-majoritário mediante o qual os grupos marginalizados e não detentores de espaço nas arenas políticas poderiam obter direitos não assegurados pela Administração Pública. Como noticia Aryeh Neier ‘desde o início dos anos 50, os tribunais são as formas mais acessíveis, e freqüentemente, os instrumentos mais efetivos do governo para falar sobre as mudanças alcançadas nas regras, pelos movimentos de protesto’.*”

<sup>24</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites de atuação do judiciário...** Op. cit., p. 38.

<sup>25</sup> MILIBAND, Ralph. **O Estado na Sociedade Capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 14. Segundo o referido autor: “*Em resumo, o Estado, sujeito como está a uma multiplicidade de pressões conflitivas por parte de grupos e interesses organizados, não pode demonstrar nenhuma tendência preconceituosa marcante em relação a alguns e contra todos: o seu papel especial é, de fato, acomodar e reconciliar a todos. Nesse papel, o Estado é apenas o espelho em que a sociedade se mira. O reflexo talvez nem sempre seja agradável, mas esse é o preço que deve ser pago e que evidentemente vale a pena pagar, por uma política democrática, competitiva e pluralista nas sociedades industriais modernas.*”

mecanismos alternativos de resolução das controvérsias.<sup>26</sup> Verifica-se, por conseguinte, uma sociedade litigante que deposita no Poder Judiciário a confiança na resolução dos conflitos que não foi capaz de solucionar. Transferem-se discussões, que deveriam ocorrer em órgãos democráticos, para que sejam decididas por um corpo de técnicos, em tese, apolíticos.

Neste movimento de incorporação de funções e ampliação das situações de interferência que, inicialmente, não lhe eram previstas, o Poder Judiciário assumiu uma posição de primazia frente aos demais Poderes. Não que tal fenômeno seja exclusivo do Brasil. Na experiência estrangeira também foi percebida a incorporação pelo Poder Judiciário de novas funções,<sup>27</sup> tendo o referido fenômeno assumido maior relevância após a década de 90. Em especial, nos EUA, país de origem do controle de constitucionalidade e do sistema de governo com pesos e contrapesos, o debate tem antigo assento nas discussões acadêmicas, sendo lá denominado como *judicial review*. Desde a paradigmática,<sup>28</sup> mas não necessariamente originária,<sup>29</sup> decisão proferida pelo Justice Marshal no caso *Marbury v. Madison*, a literatura norte-americana deu início à discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, destacadamente quanto à possibilidade de decidir-se de forma eminentemente política. E os conceitos desenvolvidos em tal realidade serão desenvolvidos e adaptados à realidade brasileira, para permitir uma ampliação da atuação do Poder Judiciário.

Não obstante, o reconhecimento de que o Poder Judiciário pode, em algumas situações, decidir questões que estão inicialmente fora de suas atribuições previstas na teoria da separação de poderes demanda uma readequação da técnica de fundamentação das decisões judiciais.

---

<sup>26</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131. E complementa o referido autor: “*Tudo se passa tal como se o modelo americano de uma ‘sociedade contenciosa’, em que todos os problemas – tanto os conflitos de direitos ou de interesses como as divergências de interpretação quanto ao sentido a ser dado aos textos e, notadamente, ao texto constitucional – resolvem-se perante a Justiça, tendesse a se difundir, em graus diversos, por todos os países.*”

<sup>27</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 2-3. Afirmam os referidos autores que: “*Shifting our attention once more, from the United States to the world, those who are blasé about the ubiquity of judicial dictates of public policy in the United States might be surprised to learn that the phenomenon of judges making public policies that previously had been made or that, in the opinion of most, ought to be made by legislative and executive officials appears to be on the increase. In fact there are several factors that support this development, this move toward what all would recognize as the American pattern: the expansion of judicial power.*”

<sup>28</sup> Aqui a expressão tem o sentido indicado por THOMAS S. KUHM (in: **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 93).

<sup>29</sup> Afirma CONRADO HÜBNER MENDES (in: **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 14) que: “*A indicação do caso Marbury v. Madison como marco de nascimento do controle judicial sobre o legislador é mais uma convenção historiográfica a ser relativizada para a melhor compreensão do fenômeno. Como tudo na história, há precedentes muito relevantes deste evento. Mostram que a decisão não emergiu no vácuo, nem da cabeça de um homem só, que num lampejo teria inventado o instituto. Foi resultado de conflitos políticos e ideológicos peculiares que conduziram os Estados Unidos a forjar uma filosofia profundamente desconfiada do legislador e da regra de maioria.*”

Acrescente-se outro fenômeno de especial importância na discussão sobre o conceito e técnica de fundamentação das decisões judiciais. Segundo a sua tradição histórica, o Brasil sempre esteve inserido no sistema romano germânico de Direito, também conhecido como *civil law*. Em tal sistema, conforme será adiante explorado, a função jurisdicional, na maioria dos casos, está adstrita à subsunção do fato à norma jurídica elaborada previamente pelo Poder Legislativo. Resultado de uma preocupação com a limitação e o controle da atividade criativa do julgador, o sistema de *civil law* delimitou a atuação jurisdicional como mera *concretização* da lei. Por conseguinte, fundamentar significa demonstrar, pelo magistrado, o raciocínio jurídico necessário para adequar o caso concreto ao texto legal. Como consectário lógico, a teoria da fundamentação das decisões judiciais no *civil law* foi elaborada no sentido de identificar os elementos necessários/obrigatórios do silogismo judicial.

Contudo, em razão de fatores históricos diversos, ainda que originária da mesma matriz romana, a Inglaterra e os países por ela colonizados criam um sistema jurídico completamente distinto, no qual a magistratura sempre foi entendida enquanto aliada na promoção dos direitos. A atividade jurisdicional, em tal sistema, está – e sempre esteve – legitimada a criar o Direito. Tal sistema, é conhecido como anglo-saxão, ou *common law*. Com efeito, nesta tradição jurídica, preocupados com as garantias de segurança e de previsibilidade do ordenamento jurídico, a academia e a prática judiciária tentaram racionalizar a criação judicial do Direito por meio dos precedentes. Para tanto, foi desenvolvida a doutrina do *stare decisis*. Merece ressalva o fato de que, no *common law*, inexistente sinonímia entre “doutrina dos precedentes” e *stare decisis*. Como será visto oportunamente, a eficácia vinculante dos precedentes tem recente assento no *common law*, que existiu por séculos sem o *stare decisis*. Conforme demonstra JIN EVANS, a doutrina do precedente consolidou-se na Inglaterra no século XIX.<sup>30</sup> No final do século XVIII, era reconhecida a prática de seguir o precedente, identificado como importante o suficiente para servir de referência para as decisões posteriores. Mas a doutrina do *stare decisis* ainda não estava vigente, uma vez que não haviam sido identificadas as suas regras de aplicação e as situações nas quais o precedente era estritamente vinculativo ou poderia ser afastado.<sup>31</sup>

De toda forma, identificada enquanto “teoria declaratória” dos precedentes, é notável a consolidação da teoria do *stare decisis* no final do século XIX, no sentido de que cada corte estava vinculada aos precedentes das cortes superiores e as cortes superiores estavam

---

<sup>30</sup> EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century. In: GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 35.

<sup>31</sup> EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century... *Op. cit.*, p. 45.

vinculadas aos seus próprios precedentes.<sup>32</sup> Tal teoria foi amplamente utilizada pelos Tribunais no *common law*. E considerando que a decisão será utilizada como fonte de direito para aqueles posteriores, houve a necessidade de criar uma fundamentação adequada, preocupada com a regulamentação dos casos futuros. O magistrado, no *common law*, deve motivar a decisão equilibrando a necessidade de justiça no caso concreto e as consequências futuras de sua manifestação.

O sucesso de sua aplicação naquela tradição jurídica, com certo grau de segurança e previsibilidade do sistema judicial, fez os Tribunais brasileiros repensarem a sua atuação e o *peso* de suas decisões. Considerando o histórico movimento de convergência entre os sistemas de *common law* e o *civil law*,<sup>33</sup> foram importados instrumentos oriundos da tradição jurídica da Inglaterra e suas ex-colônias, com vistas a estabelecer os critérios de julgamento a casos similares, de modo a efetivar também no âmbito do Poder Judiciário o princípio da segurança jurídica. Assim, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, foram implementadas modificações que criaram a técnica da vinculação ao precedente. No entanto, a teoria dos precedentes assume primazia no Direito brasileiro após a edição do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, no seu art. 926, bem como em diversas outras disposições esparsas, são inseridas disposições típicas do *common law*. Entretanto, após a inserção de tais dispositivos, não houve uma correlata discussão sobre o modo de fundamentar as decisões que seja apto à construção, identificação e aplicação da *ratio decidendi*. As decisões dos Tribunais brasileiros, como será demonstrado no Capítulo 4, estruturam a sua fundamentação de forma que inviabiliza a existência de um precedente.

Em razão dos fatores acima elencados, ao assumir atribuições que inicialmente não estavam previstas no escopo da atividade jurisdicional, tal qual pensada por MONTESQUIEU,<sup>34</sup> toda a atividade do juiz deve ser objeto de estudo e análise empírica. Deixando o positivismo exegético de lado, se ao julgador é permitido criar o direito, tal ato criativo deve ser exercido por meio de mecanismos que sejam controláveis. Em uma sociedade democrática, não se pode permitir que qualquer Poder seja exercido sem limite ou controle.

Partindo de tal premissa, é possível situar o problema da fundamentação das decisões judiciais e a necessidade de justificação racional para a opção decisória adotada pelo julgador.

---

<sup>32</sup> EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century... *Op. cit.*, p. 64.

<sup>33</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 172-175.

Como aponta PIERO CALAMANDREI, a fundamentação das decisões é um dos elementos de garantia da justiça “quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.”<sup>35</sup> A atividade de explicitar os motivos que justificaram a escolha de determinado resultado pelo magistrado garante a legitimidade democrática da decisão judicial.

Entretanto, considerando que o Direito Processual Civil é técnica, importante destacar que, a despeito de todo o aporte teórico que justifique a atuação legislativa do julgador, não houve o mesmo apuro na técnica decisória. Há, como ressalta PIERO CALAMANDREI, uma crise na fundamentação das decisões.<sup>36</sup> Conforme se verá no capítulo pertinente, as decisões judiciais proferidas pelos magistrados brasileiros seguem o mesmo modelo adotado no positivismo exegético, no qual o julgador era mera *bouche de la loi*. Não só isso. Também será demonstrado que as decisões são proferidas de forma opinativa, naquilo que foi chamado de modelo *parecerista* de fundamentação.<sup>37</sup>

Não são poucas as críticas elaboradas pela literatura especializada quanto à inocorrência, no plano da efetividade, da correta fundamentação das decisões judiciais. Todavia, tais críticas padecem de uma restrita análise qualitativa da atuação dos Tribunais aptas a demonstrar qual a técnica de fundamentação das decisões judiciais utilizadas pelos julgadores brasileiros. Com efeito, a demonstração dos argumentos desenvolvidos pela literatura especializada é casuística e desprovida de metodologia. LENIO LUIZ STRECK, apenas para exemplificar o problema metodológico ora suscitado, faz em seu livro “Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas” uma análise de decisões proferidas pelo STF, TJSC e TJRS, sem indicar o método de escolha de tais decisões para debater a fundamentação dos julgadores.<sup>38</sup> Dúvidas inúmeras podem ser formuladas quanto às premissas metodológicas construídas para sustentar a afirmativa de que inexistente a correta fundamentação das decisões judiciais no Brasil.

---

<sup>35</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2013, p. 123.

<sup>36</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia...** *Op. cit.*, p. 77

<sup>37</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes: Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 14.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-201.

Sendo assim, no presente trabalho será verificada a metodologia de fundamentação das decisões adotada pelos Tribunais brasileiros, bem como a sua comparação com a forma de construção dos motivos utilizada pela *Supreme Court*.

## 2 – FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DIMENSÃO DO PROBLEMA

O debate sobre a fundamentação das decisões judiciais não tem recente assento na literatura especializada do Direito Processual Civil.<sup>39</sup> Sem maiores dificuldades, é possível traçar a sua genealogia até as raízes romanas. Contudo, na experiência jurídica brasileira, desde a edição da Constituição Federal de 1988, o tema assumiu especial relevância, uma vez que o dever de motivação foi reconhecido enquanto direito fundamental das partes em litígio. Resultado de um amplo debate sobre a limitação dos poderes, a obrigatoriedade da fundamentação surge na atualidade com uma função dúplice, quais sejam, limitador da discricionariedade do juiz e direito fundamental do jurisdicionado.<sup>40</sup> Inserida no art. 93, inc. IX da CF/88, e desenvolvida em extensão e profundidade no art. 489, §1º, do CPC, a fundamentação das decisões aparece como exigência de que o julgador evidencie o *iter* lógico da conclusão por ele construída no caso concreto, trazendo ao conhecimento das partes o raciocínio desenvolvido para sentenciar. A sua ausência, por certo, causará a nulidade da decisão, uma vez que deixa de atender um dos requisitos necessários para a sua existência. Para chegar em tal conclusão, séculos de desenvolvimento teórico, debates acadêmicos e revoluções sociais foram necessários para que se compreendesse a obrigatoriedade do juiz, enquanto representante do Estado, explicitar os motivos pelos quais proferiu determinada decisão. Assim, no presente capítulo, serão apresentados os elementos de historicidade do dever de fundamentação das decisões, elemento essencial para perceber que se trata de fenômeno de nascimento e evolução contingenciado pelos fatores sociais de cada época.

Ao perceber que o exercício da atividade jurisdicional, como qualquer dos poderes, pode se exceder, é preciso dar aos litigantes a garantia “*contra atos violadores dos denominados direitos fundamentais.*”<sup>41</sup> Até mesmo porque a atividade jurisdicional encontra na sentença o seu ponto culminante, momento no qual confluem todas as razões deduzidas pelas partes, para a entrega da prestação jurisdicional. Não se aceita mais que o julgador, no momento de decidir, faça uma simples aplicação da metodologia silogística, com a mera subsunção do fato narrado pelas partes à norma jurídica elaborada previamente. Por certo, a

---

<sup>39</sup> Sobre o tema, afirma ENRICO TULLIO LIEBMAN (*In: Do Arbítrio à Razão: Reflexões sobre a Motivação da Sentença. In: Revista de Processo. N° 29, jan-mar, p. 79-81, 1983*) que: “*A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão.*”

<sup>40</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.** Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 314.

<sup>41</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4.

atividade de julgamento é muito mais complexa e envolve diversos elementos que influenciam o ato de decidir. Exatamente por isso, relevante é a obrigação de que tais elementos sejam revelados, de modo a convencer às partes, da mesma forma que foi o juiz convencido, da justiça e correção da decisão.

Sendo assim, antes mesmo de analisar o estado da arte da técnica da fundamentação das decisões judiciais, necessário se faz demonstrar a sua evolução histórica, evidenciando que seus contornos são definidos em razão de contextos sociais específicos. Sem a percepção de que os contornos da fundamentação variam de acordo com as funções que o Poder Judiciário, e em especial a sentença, assume em sociedade, impossível se mostrar qualquer crítica sobre a atual conformação do referido instituto.

## **2.1 – Elementos Históricos da Fundamentação das Decisões Judiciais**

### *2.1.1 – Fundamentação na Antiguidade e no Direito Romano*

De acordo com os elementos históricos disponíveis, a preocupação com a fundamentação das decisões é concomitante com o próprio ato de decidir. No Direito Antigo, como aponta JOSÉ HENRIQUE LARA FERNANDES, a justificação das sentenças tinha sustentação nos elementos religiosos, uma vez que a decisão era resultado da inspiração divina.<sup>42</sup> Basta lembrar, como aponta o referido autor, o curioso exemplo bíblico, referente à decisão proferida pelo Rei Salomão no caso das duas mulheres que disputavam a maternidade da mesma criança (I Reis 3,16-28). Não obstante, impossível identificar na antiguidade a origem da fundamentação das decisões.

O Direito Romano, porém, possui construção mais elaborada sobre o tema. Antes, alguns esclarecimentos. O Processo Civil Romano desenvolveu-se em três fases distintas, quais sejam, *legis actiones*, formulário e *extraordinária cognitio*. O primeiro foi compreendido desde o 754 a.C até o final da República, o segundo, iniciado no Século I a.C até o séc. II d.C, enquanto o último período foi compreendido entre o século II até o período justiniano (século V d.C). Cabe aqui ressaltar que tais períodos não são estanques, de modo que, durante cada uma dessas fases, é possível identificar pontos de interseção no qual coexistiram sistemas diversos.

---

<sup>42</sup> FERNANDES, José Henrique Lara. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 15.



Entretantes, elementos relevantes para o estudo da fundamentação das decisões judiciais podem ser identificados ao se debruçar sobre o processo civil romano.

Historicamente surgido em primeiro lugar, temos o período do *ordo iudiciorum privatorum*, que compreendeu a fase das *legis actiones* e o período formulário. Excessivamente formalista, era tal período marcado pela forte influência religiosa. Com efeito, cabia ao “Estado”, por meio de seu representante, dizer o direito aplicável, sem, no entanto, sentenciar.<sup>43</sup> Especificamente durante o período das ações da lei, o processo era dividido em duas fases distintas: *in iure*, perante um magistrado (*praetor*) que recebia as alegações das partes; posteriormente, tinha início a fase denominada *apud iudicem*, que ocorria perante um particular (*iudex unus*), apto a proferir a sentença.<sup>44</sup> Ou seja, o pretor, representante do “Estado”, tinha como único ofício fixar os termos da controvérsia, enquanto o julgamento propriamente dito era feito por um cidadão romano escolhido pelas partes, legitimado a sentenciar. Inexiste em tal fase qualquer preocupação com a motivação da decisão, uma vez que era a sentença apenas a noção de justiça que o *iudex unus* formulou no caso concreto. Em contrapartida, ao *iudex* não era concedido qualquer poder de executar a decisão (*nulla comanda e nulla impone*),<sup>45</sup> limitando-se, tão-somente, a declarar de forma oral a parte vencedora e a parte perdedora. Inclusive, poderia o *iudex* entender que não havia elementos suficientes para decidir a questão e declarar que *sibi non liquere* (“não me parece claro”), de modo que seria indicado outro cidadão romano para julgar.<sup>46</sup> Por conseguinte, considerando inexistir qualquer responsabilidade para o *iudex*, também não existia qualquer dever de fundamentação da *sententia*.

Já no período formulário, ainda inserido na sistemática do *ordo iudiciorum privatorum*, algumas modificações foram efetuadas no Processo Civil Romano. Saturados do excessivo formalismo do período das ações da lei, no qual um simples erro na dicção das palavras previstas no procedimento poderia causar a perda do processo para uma das partes,<sup>47</sup> foram elaboradas a *Lex Aebutia* e as Leis Júlias. Em apertada síntese, tais leis abrandaram o regime de tipicidade das ações existente no período das *legis actiones*, bem como aumentava a liberdade do pretor, estabelecendo uma fórmula que deveria ser seguida de acordo com a

<sup>43</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 186. Interessante apontar o próprio conceito de jurisdição é de difícil aplicação no processo civil romano. Isso porque, como afirma Moreira Alves, somente no período da *extraordinaria cognitio* o magistrado romano efetivamente dizia o direito (*ius dicere*), tal qual entendido na atualidade.

<sup>44</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História de Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

<sup>45</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>46</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>47</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...** *Op. cit.*, p. 205.

pretensão apresentada pela parte. Ou seja, poderia o pretor, caso necessário, conceder fórmulas que tutelassem situações não previstas no *ius civile*.<sup>48</sup> Em tal período, a sentença ainda era proferida após a fase *in iure*.<sup>49</sup> Não obstante, aponta JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES que, em razão da maior liberdade reconhecida ao *praetor* em tal período, “a atuação do magistrado no processo formulário é muito mais intensa do que nas ações da lei, onde ele quase se limitava a ser um fiscal de formalidades.”<sup>50</sup> Entretanto, o aumento da responsabilidade dos magistrados não foi acompanhado da necessidade de fundamentação das decisões, de modo que as *sententia* continuavam a ser proferidas sem o necessário acompanhamento dos motivos que sustentam as conclusões dos pretores. Como afirma ULPIANO, “*In sententiis, sufficiet, si expresserit iudex summan in sententia, solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit.*”<sup>51</sup>

Logo após o período privado, teve início a fase da *extraordinaria cognitio*, na qual foi extirpada a separação dos procedimentos, tendo sido concentrados os atos preparatórios e decisórios no magistrado indicado pelo Estado. Iniciada com a reforma proposta pelo Imperador Augusto César, dentre diversas alterações no procedimento, foi criado o processo extraordinário – em contraposição ao ordinário previsto no *ordo iudiciorum*, que ainda era aplicado –, que tinha como característica a celeridade no julgamento, uma vez que as fases processuais foram concentradas e foi extirpada a figura do *iudex*. Ademais, em tal processo era admitida a *appellatio*, um recurso contra a *sententia*, que seria julgada pelo recém-criado Tribunal Imperial. Ressalte-se que o recurso tinha natureza eminentemente política, pois permitia ao Imperador rever as decisões proferidas pelos pretores e avocar matérias que fossem de seu interesse.<sup>52</sup> Por óbvio, a mudança de procedimentos não se deu de forma abrupta, subsistindo os dois sistemas de forma concomitante, até o completo desuso do *ordo iudiciorum* em detrimento da *extraordinaria cognitio*.

Interessante notar que a *extraordinaria cognitio* modificou a visão privatística do processo, inserindo elementos eminentemente publicistas, uma vez que o magistrado, representante do Estado perante as partes, não mais apenas instruiria o processo, mas também decidiria a causa. Além disso, a *sententia* deixa de ser um parecer e torna-se uma ordem estatal que daria ensejo à fase executória, passível de revisão posterior, por meio do recurso da *appellatio*.<sup>53</sup> Exatamente por sua configuração publicista, é possível identificar na fase da

<sup>48</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...** *Op. cit.*, 1995, p. 207.

<sup>49</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

<sup>50</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...** *Op. cit.*, 1995, p. 207.

<sup>51</sup> *Apud*, TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>52</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...** *Op. cit.*, p. 242.

<sup>53</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...** *Op. cit.*, p. 243.

*extraordinaria cognitio* a gênese da fundamentação das decisões judiciais em Roma. Uma vez que o Imperador Augusto, preocupado com a manutenção de um poder absoluto, que incluiria, portanto, também a função de realização da justiça, poderia rever as decisões eventualmente consideradas injustas, é possível sustentar que a necessidade de fundamentação das decisões surgiu nesse contexto. Fundamentava-se para que, caso necessário, pudesse o Tribunal Imperial conhecer as razões que justificavam a procedência ou improcedência do pedido. Além disso, requisitos formais extrínsecos, que passaram a ser exigidos dos pretores, contribuíram para tal modificação no ato de decidir. Destacadamente a necessidade de leitura em público da *sententia*, e a obrigatoriedade de ser apresentada de forma escrita, como concluiu PIERO CALAMANDREI, conduziram à criação da fundamentação das decisões judiciais em Roma.<sup>54</sup>

### 2.1.2 – Fundamentação das Decisões no Direito Canônico

Após a queda do Império Romano e o subsequente esfacelamento do poder político em pequenos feudos, qualquer análise do Direito e das técnicas processuais de resolução das controvérsias se torna tarefa tormentosa, de modo que poucos exemplos são encontrados no referido período para contribuírem no desenvolvimento do presente trabalho.<sup>55</sup> Entretanto, criado na esteira do Direito Romano, interessantes questionamentos e lições podem ser obtidas a partir da análise da fundamentação das decisões no Direito Canônico.

Elaborado em um momento histórico do final da Idade Média, o Código de Direito Canônico estabelece de forma objetiva a necessidade de fundamentação como requisito de validade das decisões judiciais.

Antes de passar à análise das disposições contidas no *Codex Iurici Canonici*, importante estabelecer algumas premissas. De plano, cabe destacar que o objetivo principal do Direito Canônico é a salvação das almas. Não há aqui qualquer preocupação com a realização da justiça ou pacificação social. Segundo RAFAEL LLANO CIFUENTES, pode ser o Direito

<sup>54</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, 1987, p. 33.

<sup>55</sup> Vale ressaltar, com a cultura que lhe é peculiar, a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*in*: Duelo e Processo. *In*: **Revista de Processo**, nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115) sobre os duelos judiciais vigentes à época: “A cena ilustra costume que se difundiu na Europa em certa fase da Idade Média, embora provavelmente de origem mais remota: o duelo judiciário. Era um expediente que se lançava a mão para resolver litígios – a princípio, não só de natureza penal, mas também civil. A ideia subjacente, característica da mentalidade que misturava religião e superstição, era a de que a providência divina havia de prestigiar quem tinha razão, e portanto, no caso do duelo, guiaria a mão do inocente ou de seu paladino. Num tempo em que a atividade probatória não se dirigia necessariamente à razão dos julgadores, ao contrário do que na velha Roma e em nossos dias se tinha e se tem por assente, o combate fazia as vezes de prova – e de prova irrefutável e incontestável, já que não comportaria dúvida nem impugnação o ‘juízo de Deus’ supostamente manifestado no desfecho do combate. Mais: além de prova, constituía sentença e execução.”

Canônico definido como “conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pela autoridade competente da igreja católica, que determinam a organização e atuação da própria igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios.”<sup>56</sup> Por conseguinte, possui ele estreita ligação com a teologia da Igreja Católica, tendo como fundamento o preceito bíblico da difusão do evangelho.<sup>57</sup> Também importante distinguir o Direito Canônico, entendido enquanto conjunto de regras que regulamenta a relação entre a Igreja Católica e seus subordinados pela fé, e o Direito Eclesiástico, que tem como objetivo regular o relacionamento da Igreja Católica enquanto Estado, definindo questões de natureza diplomática e relações jurídicas do Estado do Vaticano.<sup>58</sup>

Feitas tais considerações, como apontam CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, a consolidação do Direito Canônico surgiu da necessidade de compilar as diversas Decretais editadas pelos papas. Tal preocupação teve início, principalmente, no século XIII, e resultou na *quinque compilationes antiquae*. Em seguida, Gregório IX solicitou a Raymundo de Pennaforte que fossem compilados os textos faltantes, em um trabalho que foi aprovado na Bula *Rex Pacificus*, em 5/9/1234. Outras decretais foram acrescentadas ao texto, como a *Sextus Liber*, Clementinas e Extravagantes. Posteriormente, após todo o trabalho de reunião dos textos, em 1500, JEAN CHAPPUIS compilou todo o conjunto de éditos, bulas e decretos, naquilo que veio a ser chamado de *Corpus Iuris Canonici*.

Antes de avançar, também são necessárias algumas linhas quanto à configuração do procedimento canônico. O *Codex* estabelecia um procedimento ordinário, extremamente moroso e custoso, reservado apenas às causas consideradas mais importantes. Tendo em vista os problemas decorrentes da demora da decisão, o Papa Clemente V, nas bulas *Saepe Contingit* (1306) e *Dispendiosan* (1311), introduziu um procedimento mais célere, voltado para a oralidade e com a definição de prazos exíguos para a realização dos atos processuais. No que toca à sentença, era ela proferida após a colheita das provas – que não eram produzidas em contraditório –, e deveria ser escrita e lida pelo próprio juiz prolator da decisão. No momento inicial do Direito Canônico, não havia qualquer necessidade de fundamentação. A parte era simplesmente condenada ou absolvida em primeiro grau, e posteriormente a sentença mantida ou reformada pelo tribunal. CRUZ E TUCCI aponta que ACÚRSIO, estudioso da época, sugere que a motivação da decisão somente poderia acontecer nos casos em que a parte aforava ação em

---

<sup>56</sup> CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de Direito Canônico**. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 10.

<sup>57</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

<sup>58</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico... Op. cit.**, p. 14.

lugar incorreto, de modo que “aos juízes que declinassem o motivo fulcral do ato decisório de natureza terminativa, a fim de que o demandado, na sucessiva ação, ficasse impossibilitado de opor a exceção de *res iudicata*.”<sup>59</sup> Ademais, contra a sentença, caberia o recurso de apelação, mas seria vedada a utilização de tal recurso se fossem proferidas três sentenças conformes.

No que toca ao dever de apresentar os motivos, a primeira norma que determinava o dever – no caso, a obrigatoriedade – de fundamentar as decisões judiciais pode ser encontrada na Decretal *Quum Medicinalis* do Papa Inocêncio IV, que determinava a motivação das sentenças de excomunhão, ainda no Século XIII.<sup>60</sup> Havia, inclusive, sanções para o juiz que não atendesse tal prescrição.<sup>61</sup> Quanto aos demais procedimentos, não havia qualquer determinação de fundamentação das decisões judiciais.

Somente quando da edição do *Corpus Iuris Canonici* encontra-se o dever de a sentença ser motivada, tanto que constou expressamente no Cânone 1.611, sob pena de nulidade da decisão (Cânone 1.622, §2º). Relevante ressaltar que, no Código de Direito Canônico, há o dever de que o juiz tenha uma certeza *moral* sobre o tema que irá decidir, o que coaduna com o propósito de sua própria existência. Para tanto, deverá o julgador exaurir as provas disponíveis no processo (Cânone 1.608, §1º), uma vez que não está autorizado a decidir com elementos que não estão nos autos. Exatamente por isso, no Direito Canônico, verifica-se uma relevante autonomia do julgador em instruir o processo e obter as provas, estando autorizado a determinar a produção das provas de ofício (Cânone 1.600, §3º). Por certeza moral, deve-se entender a certeza absoluta, segundo EDUARDO TALAMINI, conforme a locução do Papa Pio XII: “A ‘certeza moral’ está entre a ‘certeza absoluta’ e a ‘quase-certeza ou probabilidade’. Deve ‘excluir qualquer fundada ou razoável dúvida’, ainda que deixando ‘subsistir a possibilidade absoluta do contrário’. A certeza moral, enfim, é aquela ‘necessária e suficiente’ para o pronunciamento do juiz.”<sup>62</sup> Caso não seja atingido o nível de certeza mencionado pelo Papa Pio XII, o processo deve ser julgado improcedente. Assim, para julgar o pedido procedente, deve o julgador indicar os motivos de fato e de direito que embasam a sentença.

---

<sup>59</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico...** *Op. cit.*, p. 63.

<sup>60</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 279.

<sup>61</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais.** 2ª Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 45.

<sup>62</sup> TALAMINI, Eduardo. Eficácia e Autoridade da Sentença Canônica. *In: Revista de Processo*, nº 107, Jul/Set, 24-63. São Paulo: RT, 2002, p. 44.

A ausência de fundamentação da sentença é uma nulidade sanável, conforme o Cânone 1.622, §2º, que poderá ser alegada por meio da *querela nulitatis*, prevista no Cânone 1.621, que funcionará, nesse caso, como típico recurso.

### 2.1.3 – Fundamentação das Decisões no Direito Comum

A par da evolução do direito canônico, importante destacar os registros históricos da fundamentação das decisões judiciais nos países da Europa medieval e moderna.

Interessante ressaltar que na Inglaterra, berço do *common law*, os magistrados não dispunham, no início de sua prática judiciária, de qualquer lei (*statute*) que os compelsse a elaborar as razões das decisões proferidas no exercício de sua atividade. Ainda, assim, a tradição de fundamentar remonta ao próprio início da atividade jurisdicional e, curiosamente, não estava adstrita aos magistrados. Também os jurados civis se preocupavam em apresentar os fundamentos das conclusões a que chegavam. Acrescente-se que a própria sistemática do sistema do *common law*, ao reconhecer a legitimidade do magistrado criar o Direito, insere a fundamentação das decisões no próprio conceito do sistema de precedentes e dele não pode ser dissociado.<sup>63</sup> Tais características serão mais bem exploradas no Capítulo 4.

Por sua vez, em França, inicialmente não havia um incentivo à racionalização das decisões por meio da fundamentação. Ressalte-se, por exemplo, a *Le style de la chambre des enquêtes*, redigida aproximadamente em 1336, que recomendava ao magistrado não fundamentar as decisões.<sup>64</sup> Isso porque, ao expor os motivos da decisão, haveria a possibilidade de desnudar um erro expresso do julgador, que justificaria a anulação do julgamento, bem como permitiria que fosse a decisão impugnada, o que causaria a sobrecarga de trabalho dos juízes. Cabe ressaltar que esse entendimento perdurou por aproximadamente 400 anos, até ser revisto após a Revolução Francesa. Mas trata-se de um exemplo adequado sobre a forma como a fundamentação das decisões era percebida durante a baixa Idade Média<sup>65</sup> e início da Era Moderna.

<sup>63</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 103-104.

<sup>64</sup> FERNANDES, José Henrique Lara. **A Fundamentação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 15.

<sup>65</sup> Sobre o tema, afirma MARC BLOCH (in: **A Sociedade Feudal**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 328-329) que: “*Nessa sociedade que multiplicara as relações de dependência, todo chefe – e Deus sabe que eram muitos – desejava ser juiz. Isso porque somente o direito de julgar permitia manter eficazmente no dever os subordinados e, evitando deixar que se inclinassem diante das decisões de tribunais estrangeiros, fornecia o meio mais seguro de protegê-los e, ao mesmo, dominá-los. Mas também porque esse direito era essencialmente lucrativo. Não somente ele comportava a percepção de multas e custas, assim como as frutuosas receitas dos confiscos, mas, além disso, favorecia, mais do que qualquer outro, essa transformação dos usos em obrigações, de que os senhores tiravam*

Superado o obscurantismo da monarquia absoluta, a atividade judicial passou a ser repensada. Como aponta MICHELE TARUFFO, é possível perceber nos ideais de justiça dos revolucionários do Século XVIII a preocupação com a primazia da lei e a limitação do poder estatal, enquanto promoviam a liberdade do indivíduo.<sup>66</sup> Em tal contexto, identifica-se na França Revolucionária as origens da obrigatoriedade da fundamentação das decisões tal qual é ela compreendida nos dias atuais. Após a Revolução, que abalou todo o sistema político da França e da Europa Continental, foram elaboradas diversas leis, adequadas à nova realidade republicana. Neste diapasão, foi editada a Lei de Organização Judiciária de 1790, que estabelecia, em seu art. 15, título V, o dever de motivar as decisões judiciais. Em seguida, na Constituição do ano III (1795), a mesma obrigação foi inserida no art. 208.<sup>67</sup> A inquietação decorrente dos excessos cometidos pelos Bourbons na França Imperial fez com que os revolucionários tivessem especial atenção com o controle das atividades estatais. No âmbito do Judiciário, atentaram para as influências externas que os magistrados pudessem sofrer enquanto julgavam, destacadamente a influência política, que permaneciam ocultas em suas decisões. Por isso, deveria o juiz apenas declarar a vontade da lei, de forma fundamentada, sem quaisquer ingerências diversas do texto legal. A fundamentação servia, portanto, como mecanismo de controle externo da atividade jurisdicional, para – ao menos em tese – delimitar o poder o magistrado ao texto da lei.

Cumprir ressaltar que os ideais democráticos da revolução francesa, na verdade, deram uma nova configuração ao dever de fundamentação das decisões judiciais em toda a Europa e nas suas colônias. Ainda que a necessidade de apresentar o *iter* racional do magistrado para decidir tenha raízes romanas, a reação francesa aos abusos praticados pelo *Ancien Règime* é o ponto de partida do contemporâneo do controle das atividades estatais e da legitimação democrática da justiça. O objetivo, parece claro, era a limitação do arbítrio.<sup>68</sup>

Assim como outras ideias vitoriosas na Revolução Francesa, o dever de fundamentar as decisões foi emulado por outros países europeus. A Prússia, o Império Austro-Hungaro e as Repúblicas Italianas (destacadamente após a unificação em 1895) seguiram seu exemplo e inseriram disposições sobre o dever de fundamentar em seus respectivos ordenamentos.

---

*tantos proveitos. Não por acaso, a ação da palavra justicia estendeu-se, por vezes, a ponto de designar o conjunto de poderes senhoriais.”* Ver também LE GOFF, Jacques. **Os Intelectuais na Idade Média**. 6ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014.

<sup>66</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 281. Ver também CHARTER, Roger. **Origens Culturais da Revolução Francesa**. São Paulo: UNESP, 2009.

<sup>67</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito...* *Op. cit.*, p. 102.

<sup>68</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 303.

A Espanha, porém, consiste um caso à parte. Isso porque Carlos III proibiu, por meio da Real Cédula de 23 de Junho de 1768, os juízes de Maiorca de fundamentarem suas sentenças. Essa proibição esteve vigente até o século XIX, quando a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 (art. 372) sancionou com nulidade os atos desprovidos de fundamentação. Interessante destacar que as razões invocadas para a proibição da fundamentação era a economia processual, com vistas a evitar os recursos, bem como o tempo gasto pelo magistrado com a elaboração da fundamentação. A celeridade processual, sempre ela, a justificar procedimentos de publicidade e imparcialidade questionáveis.

Por fim, no processo de constitucionalização do Poder, verificado nos países Europeus no Século XX, o dever de fundamentação das decisões judiciais assumiu sede de norma constitucional, estando sempre presente nas cartas das democracias mais recentes.

#### 2.1.4 – Fundamentação das Decisões no Direito Lusitano e Direito Brasileiro

Considerando nosso passado colonial, desde o descobrimento até 1822, foram mais de três séculos de vigência, no Brasil, da legislação portuguesa. Suas disposições sobre a temática da fundamentação das decisões judiciais é de extrema relevância para compreender os motivos pelos quais os magistrados brasileiros, na contemporaneidade, racionalizam o ato de decidir como o fazem. Por isso, premente volver o estudo para as disposições normativas válidas nos dois países.

Inicialmente, vigeu no Brasil brevemente as Ordenações Afonsinas. Editadas por Don Afonso V, em 1446, ainda que o processo de codificação tenha iniciado com D. João I,<sup>69</sup> vigorou até 1521, de modo que teve vigência por singelos 21 anos em *terrae brasiliis*. Não obstante, importante ressaltar que nas Ordenações Afonsinas havia disposição expressa sobre a necessidade de fundamentação, prevista no item 3.69. Isso porque, de forma inusitada, os juristas da Península Ibérica foram contrários à tradição do Direito Comum europeu e entendiam existir um dever de fundamentar as decisões.<sup>70</sup> “*É de observar-se, nesse particular, que tal dissenso era notado até mesmo pela literatura jurídica da época.*”<sup>71</sup> Em seguida, foram editadas as Ordenações Manuelinas, elaboradas durante o reinado de Don Manuel em 1521 e

---

<sup>69</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 193.

<sup>70</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 45. Interessante aqui notar que, segundo o livro das Leis e Posturas de Portugal, o juiz deveria decidir segundo o alegado e provado nos autos do processo. Somente ao rei era concedido o direito de decidir conforme a sua consciência.

<sup>71</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 46.



que perduraram até 1603. Nas Ordenações Manuelinas, havia previsão de que todos os magistrados deveriam fundamentar as suas decisões, sob pena de incorrer em multa, conforme previsto no Livro III, Título L. Interessante ressaltar que somente o soberano não possuía qualquer responsabilidade de fundamentação de suas decisões.

Em seguida, durante o período da União Ibérica, foram editadas as Ordenações Filipinas, no ano de 1603. Promulgadas pelo Rei Felipe II, tais ordenações tiveram vigência, especificamente, quanto à regulamentação do processo civil, entre o início do século XVII e a edição do Regulamento 737, em 1850, já na fase imperial do Brasil independente.<sup>72</sup> Vale notar que as Ordenações Filipinas também previam, de forma expressa, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de multa em benefício da parte, ainda que não fosse reconhecida a nulidade da decisão carente de motivação,<sup>73</sup> conforme disposto no Livro III, Título LXVI, nº 7:

E para as partes saberem se lhes convem appellar, ou aggravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da Môr alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças deffinitivas, assim na primeira instancia, como em caso de appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.

E o Julgador, que pozer sentença deffinitiva contra formula desta Ordenação, se o caso tiver alçada, pagará vinte cruzados: se houver delle appellação, ou agravo, pagara dez cruzados para a parte, em cujo prejuízo for posta a dita sentença deffinitiva.

Parece claro, portanto, que a tradição do direito luso-brasileiro foi construída sob o signo da obrigação legal de fundamentação das decisões judiciais.<sup>74</sup>

Por sua vez, o Regulamento 737, de 1850, previa expressamente em seu artigo 232, a exigência da motivação das decisões.<sup>75</sup> Em seguida, a obrigatoriedade de fundamentação foi

<sup>72</sup> A validade das Ordenações Filipinas após a Independência do Brasil se deu por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, que a mantinha em vigência em tudo que não violasse a soberania nacional e o regime brasileiro.

<sup>73</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito...* *Op. cit.*, p. 104.

<sup>74</sup> ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**. Campinas: Editora Millennium, 2004, p. 27. Afirma JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in: A Motivação da Sentença no Processo Civil... Op. cit.*, p. 54), em interessante lição histórica, que: “*Com efeito, ‘com o fim de extirpar abusos inveterados no foro’, foi baixada uma Portaria pelo Ministro Clemente Ferreira França, em 31 de março de 1824, determinando ‘que os Juizes de môr alçada, de qualquer qualidade, natureza e graduação, declarem nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesmas e ainda em agravos chamados de petição, não só por ser isso expressamente determinado no §7º da Ord. Do Liv. 3.ºm Tit. 66, como por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado, a fim de conhecer as partes as razões em que fundão os Julgadores as suas decisões, alcançando por este modo o seu sossego, ou novas bases para ulteriores recursos a que acreditarem com direito.’*”

<sup>75</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito...* *Op. cit.*, p. 104.

replicada por todos os Códigos de Processo Civil estaduais, conforme o modelo federalista vigente na Constituição de 1891. Exemplos podem ser encontrados no Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (artigo 499), do Distrito Federal (artigo 273, caput), no baiano (artigo 308), no mineiro (artigo 382), no paulista (artigo 333), no de Pernambuco (art. 388), dentre outros.<sup>76</sup>

Em seguida, já em um contexto de legislação processual unificada, o Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu, em seus artigos 118, parágrafo único, e 280, inciso II, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial.

Nesta mesma toada, o art. 131, em concomitância do art. 458, inciso II, do CPC de 1973, mantiveram a tradição de necessidade de fundamentação das decisões como requisito de validade perante o ordenamento jurídico.

Autores como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>77</sup> e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI,<sup>78</sup> ainda no início da década de 80 do século passado, expressavam a convicção de que o princípio da fundamentação obrigatória das decisões judiciais, por ser garantia inerente ao Estado de Direito, merecia consagração expressa em eventual reformulação da Constituição brasileira. Ainda sob a vigência do CPC/73, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, no seu art. 93, inc. IX, que “*todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”

Por fim, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, reafirma o compromisso do legislador com o dever do magistrado de motivar a decisão judicial, ao inserir a fundamentação em conjunto com o relatório e o dispositivo enquanto elemento essencial da sentença. E avança, ao estabelecer em seu §1º, quais seriam as situações nas quais não houve fundamentação adequada. Tal dispositivo, ressalte-se, tem a sua incidência não somente sobre a sentença, mas em todas as decisões:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

<sup>76</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito... *Op. cit.*, p. 105

<sup>77</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. ... *Op. cit.*, p. 104

<sup>78</sup> TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 153.

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.

§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.

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

## 2.2 – Conceito de Fundamentação das Decisões Judiciais

Uma vez evidenciada a história da fundamentação das decisões, importante definir o que se entende por fundamentação das decisões judiciais.

Esclareça-se, desde logo, que o vocábulo fundamentação, no dicionário Michaelis da língua portuguesa, significa “*Ato ou efeito de fundamentar(-se), respaldar(-se), documentar(-se); fundação.*”.<sup>79</sup> Juridicamente, o termo assume sentido diverso, uma vez que expressa as asserções do julgador motivadas em provas ou em alicerces convincentes, desde que validados pelo Direito.<sup>80</sup> Por sua vez, a expressão “decisão judicial” pode ser conceituada como a manifestação jurisdicional, elaborada por pessoa previamente investida na magistratura, que soluciona questão incidental ou põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito.<sup>81</sup> Assim, conclui-se que fundamentação das decisões é a manifestação do raciocínio desenvolvido pelo magistrado, após analisar todo o conjunto fático e as provas carreadas aos autos, bem como o direito aplicável, para justificar a sua conclusão.<sup>82</sup> Acrescenta MICHELE TARUFFO que a fundamentação é também instrumento de comunicação, no qual o juiz elabora um discurso com o objetivo de tornar expresso os significados que lhes são internos, que permite à parte – e à sociedade – ter acesso ao referido conjunto de significados.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> TREVISAN, Rosana (org.). **Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2016.

<sup>80</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. II – D-I. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 715.

<sup>81</sup> SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 153.

<sup>82</sup> MIRANDA, Felipe Arandy. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. Brasília: IDP, 2014, p. 13.

<sup>83</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 113.

Segundo RUI PORTANOVA,<sup>84</sup> o princípio da motivação integra o rol dos princípios processuais, e impõe ao juiz o dever de motivar a sua decisão, ao apresentar as justificativas que embasam o julgamento por ele proferido. Assim, está o referido princípio no exato ponto de “*tensão que existe entre a liberdade de julgar e a necessidade de limitar o arbítrio judicial*”.<sup>85</sup> Por isso, é ele decorrência do princípio da publicidade do processo, que garante ao jurisdicionado o acesso às informações relativas ao processo e ao Poder Judiciário na sua atividade judicante. Parece ser claro que o dever de fundamentar as decisões surge como forma de evitar a desconfiança e a insegurança que o julgamento secreto causaria na sociedade. A fundamentação, portanto, visa a justificar, convalidar, racionalizar e tornar aceitável a decisão.<sup>86</sup>

Isso porque a fundamentação das decisões permite ao magistrado evidenciar, no caso concreto, a resposta do ordenamento jurídico em favor de uma parte e em desfavor da outra, demonstrando de forma lógica e racional<sup>87</sup> a justiça do posicionamento escolhido. A fundamentação não é direcionada somente para as partes em litígio, mas também para o tribunal hierarquicamente superior e à sociedade que aquele magistrado está inserido. Não sem razão, conclui PIERO CALAMANDREI que a motivação é a essência da decisão:

Representa-se escolasticamente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente feito de conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e de conseqüências, mas, na realidade, no tabuleiro de xadrez do juiz os peões são homens vivos, dos quais irradiam insensíveis forças magnéticas, que encontram eco ou reação – ilógica mas humana – nos sentimentos de quem veio a juízo.<sup>88</sup>

Cabe aqui ressaltar que, conforme aponta TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, nos elementos da sentença, não só a fundamentação tem a função de explicitar o raciocínio do julgador. Também o relatório da sentença teria função parecida com a fundamentação, ou pré-fundamentação. Tem ele a função de situar a fundamentação, delimitando-a, precipuamente quanto ao fato controverso e ao conjunto probatório carreado aos autos.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 229.

<sup>85</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 229.

<sup>86</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 116.

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

<sup>88</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>89</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 335

### 2.2.1 – O Conteúdo da Fundamentação das Decisões Conforme o CPC/15

Segundo as disposições do CPC/15, o magistrado deve organizar o seu discurso justificador de modo a apresentar para as partes e a coletividade o raciocínio desenvolvido para chegar à conclusão que estará contida no dispositivo. Em tal percurso lógico, devem ser enfrentadas questões preliminares e de mérito do caso em julgamento, utilizando as provas produzidas no caso e o Direito aplicável em espécie. Em consequência, caso inexista a motivação da decisão, padecerá tal ato judicial de um vício formal, que causará a sua nulidade, após o reconhecimento judicial.<sup>90</sup>

Parece certo afirmar, ainda que não existam pesquisas quantitativas em sentido contrário, que as decisões sem qualquer fundamentação são a exceção no sistema jurídico. Na verdade, os trabalhos acadêmicos indicam a existência, na prática forense, de decisões judiciais nas quais a fundamentação é deficiente, pois não enfrenta todos os argumentos deduzidos pelas partes, ou inútil, uma vez que é elaborada de forma genérica para ser utilizada em diversos processos diferentes.<sup>91</sup> Assim, ao invés de delimitar aquilo que entende pela correta fundamentação, optou o legislador por uma definição negativa, ou seja, indicou no §1º do art. 489 situações nas quais entende que a decisão judicial *não* se encontra devidamente motivada. Melhor seria se o legislador, de forma propositiva, estabelecesse os critérios de fundamentação que entende corretos, com um modelo estrutural que deveria ser seguido pelo julgador.<sup>92</sup>

Não obstante, as situações descritas pelo Diploma Processual como ausentes de fundamentação são meramente exemplificativas, não se configurando rol taxativo de deficiência na motivação das decisões judiciais.

No inciso I do art. 489, estabelece o legislador que não será considerada fundamentada a decisão “*se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar*

<sup>90</sup> Sobre o tema, ao discutir as nulidades processuais no CPC/73, afirma AROLDO PLÍNIO GONÇALVES (in: **Nulidades no Processo**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 65) que: “*Se a sentença for materialmente existente, mas tiver sido lavrada com omissão dos requisitos exigidos para sua regularidade, como o relatório (art. 458, I, do C. Pr. Civil) ou a fundamentação (art. 458, II, do C. Pr. Civil), é ato cujo defeito o torna passível de nulidade, que, como já se repetiu, para se configurar, deve ser judicialmente declarada.*” Importante aqui ressaltar que alguns autores, como ADA PELEGRINI GRINOVER, entendem que a sentença imotivada é inexistente (in: **O Sistema das Nulidades Processuais e a Constituição**. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 165-166)

<sup>91</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil...** Op. cit., 2015, p. 326.

<sup>92</sup> Exemplo de modelo legal de fundamentação pode ser encontrado no art. 659.º, 2, do Código de Processo Civil Português, que define: “*2. Ao relatório seguem-se os fundamentos e a decisão. O juiz tomará em consideração os factos admitidos pelo acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito e os que o tribunal colectivo deu como provados; fará o exame crítico das provas de que lhe compete conhecer e estabelecerá os factos que considera provados, depois interpretará e aplicará a leis aos factos, concluindo pela decisão final.*”

*sua relação com a causa ou a questão decidida*”. Tal dispositivo tem o objetivo de evitar a simples indicação de norma jurídica (princípio, regra ou precedente), sem demonstração fática da sua aplicabilidade. Isso porque, ao organizar a solução para o litígio, o julgador faz uma interpretação da lei incidente no caso. E o referido ato de interpretar é composto, dentre outros elementos, de uma atividade valorativa, que deve ser evidenciada no momento de elaboração da decisão, evidenciando como ocorreu a subsunção do fato à norma.<sup>93</sup> O julgador deve apresentar as razões jurídicas de escolha da norma ao caso concreto.<sup>94</sup> Assim, o *iter* percorrido pelo magistrado deve incluir a explanação sobre a escolha de determinado texto normativo ou precedente aplicável no caso concreto, bem como as razões que justificam o afastamento de outra norma indicada pela parte vencida.

Por sua vez, no inc. II, dispõe que não deve o julgador “*empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*”. Tem-se aqui clara preocupação com cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que trazem em si tipos normativos que dependem de acréscimos fáticos inseridos pelo julgador diante do caso concreto. Tais conceitos são essenciais para a efetividade do Direito, pois permitem enunciados normativos com o conteúdo propositalmente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema jurídico calcado em normas de conteúdo rígido e uma realidade social mutável. Tais conceitos jurídicos indeterminados podem ser exemplificados pela “boa-fé” (art. 422, CC), “interesse público” (art. 178, inc. I, do CPC), “bem comum” (art. 8º, do CPC), “tempo razoável” (art. 6º, do CPC), “grande repercussão social” (art. 947, do CPC), etc. Por sua vez, cláusulas gerais são enunciados normativos que tanto o poder de escolha do conteúdo, mas também a consequência jurídica, são definidas no caso concreto pelo julgador. São exemplos de cláusulas gerais o poder geral de cautela (art. 301, do CPC), devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF), dentre outros. A sua utilização na fundamentação das decisões deve ser acompanhada de uma correlata demonstração do elemento concretizador de tal dispositivo no caso concreto, determinando caso a caso a indeterminação de tais conceitos.<sup>95</sup> Isso porque, tendo em vista que os conceitos indeterminados permitem a melhor adaptação do conteúdo normativo à realidade fática, sua utilização impõe ao julgador o ônus argumentativo

---

<sup>93</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. *Sentença... Op. cit.*, p. 326.

<sup>94</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria do Precedente**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237.

<sup>95</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. *Sentença... Op. cit.*, p. 327.

de demonstrar a adequação do texto legal ao caso em julgamento.<sup>96</sup> Não pode valer o magistrado do bônus sem o ônus que lhe é correlato.<sup>97</sup>

Já no inc. III, veda-se a possibilidade de o julgador “*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*”. O objetivo de tal dispositivo é, certamente, a utilização de decisões modelo, supostamente aplicáveis a um sem número de processos em sua natureza diversos entre si. Segundo JULIANA CORDEIRO DE FARIA, são as hipóteses de fundamentação “chapa”, ou seja, “*aquela genérica e abstrata que não faz qualquer menção à situação fática concreta debatida nos autos pelas partes.*”<sup>98</sup> Pretende-se evitar expressões genéricas, vagas, sem qualquer respaldo no contexto fático do caso em julgamento. Se uma mesma decisão puder ser transportada de um processo para outro, certamente não estará ela fundamentada. Com isso, pretende-se atender ao requisito da concretude da fundamentação, que será mais bem explorada no tópico específico.

Por sua vez, no inc. IV, ausente será a fundamentação se o magistrado “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”. A pretensão das partes, deduzida em juízo, é sustentada por diversos argumentos. Ao julgador, é vedado desconsiderar elementos argumentativos que as partes formularam no processo. Trata-se, aqui, de uma efetivação do princípio da congruência,<sup>99</sup> o qual exige a estrita correlação entre as alegações das partes e aquilo que foi decidido. Ademais, para uma aplicação correta do princípio do contraditório, a tese vencida deve ter os seus argumentos respondidos de forma exaustiva. Uma vez que a derrota importará a perda de um bem da vida, a parte perdedora tem o direito constitucional de ver as suas pretensões enfrentadas pelo Poder Judiciário. Sendo assim, o julgador, para motivar de forma adequada, deve, para acolher o pedido do autor, decidir todas as alegações do réu; e para julgar improcedentes os pedidos do autor, enfrentar de forma exaustiva cada uma de suas pretensões.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 238.

<sup>97</sup> Sobre o tema, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, afirma JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*in: Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 156) que: “*Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões de ‘contornos semânticos flexíveis’, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra. Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce de sobremaneira o papel do interprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade.*”

<sup>98</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. **Sentença...** *Op. cit.*, p. 327.

<sup>99</sup> REICHELDT, Luis Alberto. Decisão sobre Questões Prejudiciais de Mérito e Direito Fundamental à Intangibilidade da Coisa Julgada Material no Novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*. Vol. 259, p. 81-96, Set. São Paulo: RT, 2016, p. 83.

<sup>100</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, p. 336.

Infelizmente, encontra-se arraigada na prática forense brasileira a simplificação do ato de decidir, de modo a apreciar apenas um dos argumentos das partes e deixar os demais respondidos de forma implícita. MARIO GUIMARÃES sustentava que o juiz não precisava se reportar a todos os argumentos traduzidos pelas partes.<sup>101</sup> E acrescenta o referido autor, ao fazer menção a OROZIMBO NONATO, que basta ao julgador dizer o suficiente para eliminar as marcas e aparências do arbítrio, sendo desnecessárias maiores aplanações.<sup>102</sup> É exatamente contra tal prática que o referido dispositivo do código se insurge, de modo a garantir a efetiva prestação jurisdicional.<sup>103</sup> Não pode mais o magistrado, de forma arbitrária, escolher apenas um dos argumentos da parte vencedora e desconsiderar toda a argumentação do réu.<sup>104</sup> Caso ele assim proceda, haverá julgamento *citra petita*,<sup>105</sup> passível de declaração de nulidade.

Ademais, haverá ausência de fundamentação, conforme o inc. V do art. 489, se o julgador “*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.*” Pretende-se combater com o mencionado dispositivo a prática usual, confirmada no levantamento empírico realizado no presente trabalho, da simples transcrição dos enunciados sumulares ou dos precedentes dos Tribunais brasileiros. Com efeito, para ser devidamente fundamentada, deve o julgador demonstrar a identidade, ou, no mínimo, a similitude fática existente entre a causa em julgamento e os fatos que deram origem à súmula ou precedente. Para tanto, necessária a utilização de elementos idênticos da decisão anterior. Sem tal elucidação, a simples utilização do Direito Jurisprudencial ocorreria de forma aleatória e sem critérios. Objetiva-se, parece certo, uma racionalidade na indicação de precedentes pelo magistrado, por meio da necessária indicação *ratio decidendi* do precedente suscitado e sua adequação ao caso em julgamento, impedindo que a prestação jurisdicional transforme-se – ou permaneça – em um automatismo judicial simplificador.<sup>106</sup> Aponta RODRIGO RAMINA DE

<sup>101</sup> GUIMARÃES, Mario. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 350.

<sup>102</sup> GUIMARÃES, Mario. **O Juiz e a Função Jurisdicional...** *Op. cit.*, p. 349.

<sup>103</sup> Cabe aqui destacar que a tentativa de combater tal prática pela via legislativa não é recente no Direito. Como nos lembra JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in: A Motivação da Sentença no Processo Civil...* *Op. cit.*, p. 57), sobre a prática forense de fundamentação das decisões no século XIX e início do século XX: “*A bem da verdade, tudo indica que, na prática, os pretórios desrespeitavam, com certa frequência, o dever de motivação das sentenças. E isso porque, procurando responder ao clamor levantado pela imprensa, instigada por parlamentares, o art. 234 do Decreto n. 5.561, de 1905, que regulamentou o disposto no art. 48 da Lei n. 1.338, promulgada meses antes, determinada se considerasse não fundamentado e eivado de nulidade o acórdão, a sentença ou o despacho, que tão-somente se reportasse às alegações das partes ou a outro ato decisório.*”

<sup>104</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 240. E complementa o referido autor: “*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.*”

<sup>105</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. **Sentença...** *Op. cit.*, p. 327.

<sup>106</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. **Sentença...** *Op. cit.*, p. 328



LUCCA que o mencionado dispositivo possui interessante correlação com o inc. I, §1º, do art. 489 do CPC.<sup>107</sup> Tais dispositivos, parece certo, foram elaborados com a preocupação de dar concretude à menção de enunciados normativos e precedentes.

Por fim, inexistirá fundamentação quando “*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.*” De fato, a redação do dispositivo não atende à correta aplicação da teoria dos precedentes, uma vez que colocou em situação de equivalência de vinculação todos os precedentes judiciais, em desconformidade, portanto, com o sistema previsto no CPC.<sup>108</sup> Não obstante, o inciso VI deve ser lido em conjunto com o inciso V do mesmo artigo, acima mencionado. Da mesma forma que o legislador exige que o magistrado, ao aplicar a súmula ou precedente, demonstre a sua adequação ao caso concreto, também deverá demonstrar casuisticamente os motivos que o levaram a afastar o precedente ou súmula suscitado pelas partes. Não é possível simplesmente ignorar a existência de um precedente em tese aplicável ao caso em julgamento. Aqui, é possível identificar um dos problemas existentes no Poder Judiciário brasileiro, que contribuiu para a modificação na legislação que culminou no novo Diploma Processual, a saber, a ausência de subordinação hierárquica entre os tribunais. Conforme será visto adiante, baseados de forma errônea no princípio do livre convencimento, os juízes e cortes estaduais insistem em não aplicar o entendimento consolidado nos Tribunais superiores. A única forma juridicamente aceitável para proceder de tal forma seria fazer a distinção (*distinguishing*) entre os julgados, ou mesmo a sua superação (*overruling*), desde que seja possível fazê-lo. Portanto, se um precedente ou súmula foi suscitado por uma das partes, deve o magistrado segui-lo ou demonstrar, motivadamente, que tal precedente não se aplica ao caso em julgamento.

Assim, se uma decisão judicial, proferida pelo Poder Judiciário brasileiro, deixar de atender a qualquer dos requisitos acima elencados, padecerá ela de um vício de fundamentação, que causará a sua nulidade.

### **2.3 – Modelos Lógicos de Fundamentação**

Uma vez estabelecido *o que é* fundamentar – no caso da legislação brasileira, *o que não é* fundamentar –, importante esclarecer *como* deve ocorrer a fundamentação. Assim,

---

<sup>107</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 241.

<sup>108</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 241

fundamentação pressupõe a definição de qual instrumento lógico<sup>109</sup> será considerado válido pelo ordenamento para explicitar o raciocínio desenvolvido pelo julgador ao decidir.

No sistema de *common law*, em razão de suas vicissitudes, destacadamente quanto à necessidade conjuntural de individualização da *ratio decidendi*, foi utilizado, de forma concomitante, tanto o modelo indutivo quanto o modelo dedutivo de fundamentação das decisões cabendo “ao primeiro a formulação de uma norma geral a partir dos casos particulares pré-existentes e ao segundo a aplicação da norma assim individualizada ao caso concreto.”<sup>110</sup> Tal característica do *common law* será oportunamente explicitada no capítulo próprio.<sup>111</sup>

Por sua vez, no sistema de *civil law*, tendo em vista a sua organização, que pressupõe a existência de uma norma anterior à conduta, a decisão judicial é entendida como uma consequência lógica do ordenamento jurídico hierarquizado, de modo que é ela obtida pelo método dedutivo. Interessante destacar que tal modelo decisório somente pode surgir no contexto teórico do positivismo exegético, que pressupõe ser a lei a expressão máxima da justiça em sociedade,<sup>112</sup> bem como pressupõe uma limitação da criatividade judicial em detrimento da suposta clareza do texto legal.<sup>113</sup>

Partindo do reconhecimento que o método dedutivo é o mais adequado para o *civil law*, conforme aponta MICHELE TARUFFO,<sup>114</sup> é possível identificar como principal teoria sobre a motivação, aquela denominada de orientação sistemático-dedutiva, de origem positivista. Nela, o “razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico. La premisa mayor está realizado el supuesto de aquella, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados em el caso las consecuencias de derecho.”<sup>115</sup> Tal método de aplicação é utilizado tanto pelo particular, na auto-regulamentação de suas relações, quanto pelo agente

<sup>109</sup> Ressalta MICHELE TARUFFO (in: **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, 2015, p. 131) que o vocábulo “lógica” possui diversas acepções. Todavia, para o presente trabalho, suficiente será a sua conceituação enquanto ciência do raciocínio.

<sup>110</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, 2015, p. 133.

<sup>111</sup> Ver Capítulo 3.

<sup>112</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões Não-Jurídicas do Ato de Julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 97.

<sup>113</sup> Sobre o tema, afirma MAURO CAPPELLETTI (in: **Juízes Legisladores?**... *Op. cit.*, p. 32) que: “Justiniano procurou proibir todo comentário jurídico ao seu *Corpus Juris*, e assim impedir que no futuro os juristas, ‘com sua verbosidade’, causassem confusão à acabada clareza de sua legislação. Codex, I, 17,12. Tentativa similar, com proibição aos juízes de interpretar as leis e a instituição do référé législatif, que de modo utópico reservava ao legislador tal interpretação, foi realizada pelos legisladores da Revolução francesa, sob influência, entre outras, da filosofia de Rousseau e Montesquieu.”

<sup>114</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 148. Por óbvio, as duas teorias analisadas no presente trabalho não encerram todas aquelas que foram desenvolvidas.

<sup>115</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al Estudio del Derecho**. 33ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1982, p. 321.

público, no sentido da definição judicial das consequências que decorrem da realização da hipótese normativa.<sup>116</sup> Em tal contexto, a atividade do juiz é vista como a elaboração de uma decisão conforme um esquema fixo e juridicamente válido, “do tipo lógico-formal, consistente em um sistema de regras lógicas dedutivas.”<sup>117</sup> Importante aqui destacar que o silogismo foi o método dominante na literatura especializada europeia desde o início do Século XIX.

Todavia, o silogismo não é suficiente para explicar a complexidade do funcionamento do raciocínio do juiz no caso concreto na sociedade contemporânea, de modo que passou a sofrer ele duras críticas por parte da literatura especializada. Com efeito, é possível demonstrar que o raciocínio do juiz não segue a lógica-racional do método do silogístico. A formação do convencimento tem início desde o primeiro momento que o magistrado tem contato com o litígio, no qual são analisadas diversas possibilidades de solução para cada proposição apresentada pelas partes, de modo que a verificação do texto legal incidente ocorrerá em um momento posterior. Por sua vez, no silogismo, o raciocínio é apresentado como uma cadeia fechada de deduções, que são supostamente necessárias e cogentes, no qual a decisão final que emerge reveste-se de inquestionável validade diante das premissas que foram apresentadas.<sup>118</sup>

Ademais, o silogismo não permite perceber a totalidade do raciocínio desenvolvido pelo julgador, pois desconsidera elementos que não são racionais que influenciam no momento da decisão, como a intuição, os preconceitos, preferências político-ideológicas, etc.<sup>119</sup> No modelo silogístico, “*tendem a ser deixadas de lado os momentos de escolha, tanto ligadas a escolhas interpretativas e cognitivas em geral, quanto atinentes à fixação das premissas de que decorre a decisão final ou a solução das questões que nessa influenciam.*”<sup>120</sup> Assim, considerando as limitações do silogismo, deveriam as críticas resultar em uma utilização restrita de tal modelo, destacadamente reconhecendo a sua impossibilidade de explicar a completude do raciocínio judicial.<sup>121</sup> Como demonstram as irônicas críticas elaboradas pelos

<sup>116</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducion al Estudio del Derecho...* Op. cit., 1982, p. 322.

<sup>117</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* Op. cit., p. 137.

<sup>118</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* Op. cit., p. 156.

<sup>119</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* Op. cit., 2015, p. 149. Adiante, afirma o mesmo autor que: “*Seja como for, importa ter presente os inconvenientes que derivam da utilização de um instrumento pouco dúctil e muito formal como o silogismo. Tais inconvenientes consistem, de um lado, na natureza tautológica e na consequente ausência de valor heurístico do silogismo, e, de outro, no risco de deformações, ínsito no emprego indiscriminado e incauto dessa forma lógica – como atribuição de status de certeza a uma conclusão que, em realidade, não o tem, a excessiva automaticidade e formalismo do iter lógico e assim por diante. Em suma, pode-se dizer que quanto mais amplo é o recurso do juiz ao silogismo como instrumento de juízo, tanto maior é risco, por parte do próprio juiz, de uma sobrevalorização da sua utilidade e de uma subvalorização dos limites e dos inconvenientes que o seu emprego inevitavelmente comporta.*”

<sup>120</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* Op. cit., 2015, p. 156.

<sup>121</sup> MICHELLE TARUFFO (in: *A Motivação da Sentença Civil...* Op. cit., 2015, p. 158) aponta uma função ideológica da escolha do modelo silogístico: “*Falar de função ideológica da teoria silogística do juízo significa colocar em evidência que essa tende acreditar em uma determinada imagem do juízo, destinada não tanto a*

autores do realismo jurídico norte-americano, o julgador não é uma *slot-machine*, que decide mecanicamente após a apresentação dos elementos fáticos.<sup>122</sup>

A despeito disso, não foi, conforme se verá no Capítulo 4, o resultado encontrado após o levantamento empírico. A metodologia aplicada pelos Tribunais brasileiros permanece centrada no modelo silogístico de fundamentação das decisões. Maiores críticas e soluções serão apresentadas nos capítulos oportunos.

## 2.4 – Finalidade da Fundamentação das Decisões

Certamente, os dispositivos constitucionais e legais que regulamentam o dever de fundamentar as decisões judiciais possuem um propósito, um escopo. Demonstrar o *iter* lógico do magistrado possui diversas finalidades. Elenca FELIPE ARADY MIRANDA:

(A) pacificação social; legitimidade da decisão, do juiz e do tribunal; autocontrole e controle social das decisões; garantia ao direito ao recurso; controle da correção material e formal pelos seus destinatários; compreensão da decisão; exercício da função do Estado de forma transparente e aberta; função pedagógica; evolução jurisprudencial; responsabilidade do Estado; e outras.<sup>123</sup>

Tais objetivos, na verdade, evidenciam a existência de duas perspectivas distintas, espectros sobre os quais a fundamentação produzirá os efeitos desejados pelo legislador. Como resultado, possível identificar, quanto aos objetivos, a perspectiva extraprocessual e a perspectiva endoprocessual.<sup>124</sup>

No que toca à perspectiva endoprocessual, apresenta a fundamentação uma finalidade voltada para as partes, especificamente enquanto resposta jurisdicional adequada à demanda levada até o Poder Judiciário. É uma garantia processual à disposição do autor e réu para o adequado funcionamento do processo, ao permitir às partes o controle formal e material da

---

*delinear uma realidade concreta, mas sim a indicar como deveria ser essa realidade. Com efeito, a doutrina do silogismo judicial, mais do que descrevê-lo, constrói um modelo abstrato e ideal de juízo: parte de uma situação em que a norma é um dado pré-existente, em um ordenamento positivo completo e sistematizado, cuja interpretação para aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognitiva e com natureza sistemática.”*

<sup>122</sup> WASSERSTRON, The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification. Stanford, 1961. *Apud*. TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 156.

<sup>123</sup> MIRANDA, Felipe Arandy. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional...** *Op. cit.*, p. 35.

<sup>124</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, 2015, p. 39.

decisão.<sup>125</sup> Assim, a fundamentação atende à construção de um processo justo, tal qual definido no modelo Constitucional.<sup>126</sup> Além disso, tem ela uma função pedagógica ao explicitar a conduta esperada em sociedade, de modo que a parte perdedora possa evitar a prática dos mesmos atos que foram considerados ilegais.<sup>127</sup> Com isso, contribui a exposição das razões de julgar para a pacificação social, uma vez que – pelo menos em tese – a injustiça que surgiu na sociedade cessou. Acrescente-se que uma decisão devidamente fundamentada favorecerá à resignação da parte vencida, que terá conhecimento dos motivos pelos quais as suas alegações e provas foram rejeitadas, de modo a diminuir – também em tese – as possibilidades da interposição de um recurso.<sup>128</sup>

Especificamente no âmbito do Processo Civil brasileiro, na perspectiva ora analisada, importante também destacar que a motivação tem a finalidade de servir para a interpretação do dispositivo.<sup>129</sup> Considerando que somente o dispositivo da sentença é encampado pela coisa julgada (art. 504, inc. I, do CPC), pois nele está contido o comando jurisdicional, seria de se esperar que a fundamentação perdesse a sua relevância assim que se encerrasse o processo. Todavia, serve ela para a melhor compreensão do dispositivo da sentença, como instrumento interpretativo.<sup>130</sup>

Por sua vez, e aqui mais importante para o trabalho ora desenvolvido, perceptível que as finalidades extraprocessuais da fundamentação estão ligadas aos mecanismos de legitimação democrática do Poder Judiciário, inserindo-a nas garantias políticas mínimas do cidadão. Uma vez que o magistrado exerce um poder estatal, não pode ser ele utilizado sem quaisquer mecanismos de contenção, sob pena de validar o abuso.<sup>131</sup> O magistrado deve também adequar-se à lei e, caso não o faça, deve submeter-se à responsabilização. Serve a fundamentação, portanto, como método de limitação do poder exercido pelo juiz, restringindo a discricionariedade. Por isso, a finalidade externa da fundamentação configura controle externo da decisão pela própria sociedade.<sup>132</sup>

---

<sup>125</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia...** *Op. cit.*, p. 68-89.

<sup>126</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 510.

<sup>127</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 22.

<sup>128</sup> Nesse sentido, afirma OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (*in*: Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O Processo na Constituição**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p. 476) que: “A causa do aumento de recursos não é sequer objeto de cognição. O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvenientes, sentenças carentes de fundamentação.”

<sup>129</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, 2015, p. 116.

<sup>130</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 22

<sup>131</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis...** *Op. cit.*, p. 172.

<sup>132</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 388.

Além do controle social, também permite o controle exercido do próprio Tribunal sobre si mesmo. Aqui, não se confunde com o princípio do duplo grau de jurisdição e o direito ao recurso. Trata-se, na verdade, de controle da atuação do magistrado, de forma qualitativa, em uma análise sobre a justiça da decisão.

Em tal contexto de controle, serve a fundamentação também de autocontrole pelo magistrado prolator da decisão, de modo a promover o convencimento próprio da correção da decisão.<sup>133</sup> Pode o julgador discorrer sobre o bem da vida em litígio, as alegações das partes e as provas produzidas, bem como evidenciar que a sua convicção íntima e pessoal está devidamente respaldada com os elementos do processo.

Acrescente-se na perspectiva extraprocessual, em maior grau de relevância nos países de *common law*, mas com crescente aumento de importância nos países de *civil law*, a fundamentação ganha nova relevância na determinação da *ratio decidendi*, que permitirá a vinculação do precedente.<sup>134</sup> Assim, na motivação será encontrada a norma jurídica que emerge do julgamento e servirá de orientação para as condutas futuras, tanto do Poder Judiciário quanto do jurisdicionado. É a fundamentação das decisões que permite a segurança jurídica e coerência do sistema. Promove, assim, a unidade do Direito.<sup>135</sup>

## **2.5 – Diferença Entre Estrutura de Raciocínio da Escolha da Solução e Estrutura de Raciocínio da Justificação Racional**

Partindo das premissas ora apresentadas, importante destacar a função da fundamentação enquanto explicitação do raciocínio do juiz. Isso porque o próprio *iter* lógico possui diferenciação entre as razões reais da decisão e a motivação expressa, ou, como propõe MICHELE TARUFFO, a distinção entre juízo e motivação.<sup>136</sup> Segundo o referido autor, existem duas estruturas diversas que se consubstanciam na fundamentação da decisão. Porém, cada uma delas possui métodos e finalidades distintas. Enquanto temos de um lado o raciocínio jurídico condicionado para obter a decisão, temos de outro lado o raciocínio jurídico que busca justificar a decisão. Tal diferenciação é de extrema importância para o desenvolvimento do

---

<sup>133</sup> MIRANDA, Felipe Arandy. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional...** *Op. cit.*, p. 39.

<sup>134</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 116.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 510.

<sup>136</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 128.

presente trabalho. Partindo-se dela, é possível perceber um *context of justification* (contexto de justificação), diverso do *context of discovery* (contexto de descoberta).<sup>137</sup>

Com efeito, é necessário apontar a estrutura do raciocínio da escolha da solução realizada pelo julgador, denominada *context of discovery*.<sup>138</sup> Pode ser ela heurística, hipotética ou valorativa.<sup>139</sup> Em tal fase, está o juiz a escolher qual a solução mais adequada ao problema apresentado no caso concreto. Por sua natureza, é ela manifestamente extraprocessual, pois ocorre no foro íntimo do julgador, sob qual o Direito não possui qualquer instrumento ou mecanismo de controle. Aqui, todos os valores, história e ideologia do magistrado influenciam na sua tomada de decisão. Relevante destacar também que o raciocínio desenvolvido é necessariamente mais simples do que aquele que se apresenta na fundamentação, uma vez que pode se valer de intuições, hipóteses e conjecturas, sem a necessidade de se apresentar de forma lógica.<sup>140</sup>

Neste ponto reside parte relevante da discussão que ora se pretende tratar. Isso porque, se a afirmativa acima é correta, ou seja, que o raciocínio da solução é diverso do raciocínio da fundamentação, necessariamente haverá parte do *iter* lógico do julgador que não será exposto na decisão judicial.<sup>141</sup> Há que se reconhecer, como aponta MICHELE TARUFFO, que é impossível constar na fundamentação *todos* os mecanismos psíquicos do julgador,<sup>142</sup> bem como uma ampla gama de valores que não estarão expressos na decisão. Ao admitir tal fato, uma fase do julgamento ocorrerá, invariavelmente, sem o controle de conformidade entre os elementos que efetivamente foram utilizados para decidir e àqueles que o ordenamento jurídico reputa como válidos.<sup>143</sup> Assim, qualquer pretensão de controle da atividade jurisdicional por meio da fundamentação é, em sua essência, parcial.

<sup>137</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 197.

<sup>138</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 16.

<sup>139</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 123.

<sup>140</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 123. Não deixa de ser curiosa a felicidade da escolha, pelos romanos, da nomenclatura dada do ato de decidir. Com efeito, a palavra “sentença” tem origem no latim *sententia*, que representa a ideia de que a manifestação do juiz é resultado sobre o modo como ele “sente” a causa e as pretensões opostas. Sobre o tema, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 494.

<sup>141</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>142</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>143</sup> Sobre o tema, afirma MAURO CAPPELLETTI (*Apud.* TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 13): “O sentimento do juiz: a simpatia por uma das partes ou por uma testemunha; o interesse, o desinteresse por determinada questão ou argumentação jurídica; a tendência a um critério evolutivo, histórico, sociológico de interpretação das leis, em lugar de uma exegese forma; o interesse ou não diante de um intrincado problema fático, e assim por diante. Sentimentos: afetos, tendências, ódios, rancores, convencimentos, fanatismos; todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é a alma humana, refletidas, com ou sem disfarces, nas linhas frias dos repertórios de jurisprudência: paixões desencadeadas, paixões recolhidas, ternuras e temores, nas estantes emboloradas nos tribunais.”

Avançando, em um segundo momento, a solução encontrada pelo julgador para o litígio deve ter uma justificação racional para adquirir validade no ordenamento jurídico, sendo ela denominada *context of justification*. Uma vez que se entende que a *integralidade* da decisão não é verificável pelo Direito, maior importância assume a justificação apresentada pelo magistrado para mencionar o posicionamento por ele adotado. O reconhecimento de tal afirmativa pressupõe que a fundamentação acontece a *posteriori* da decisão, de modo que o julgador já elaborou a solução antes de explicitá-la.<sup>144</sup> É nesse momento que o requisito da motivação das decisões assume basilar importância no controle da formulação do raciocínio jurídico de fundamentação.

Por isso, a motivação das decisões, entendida enquanto o contexto de justificação, deve ser elaborada de acordo com os elementos referendados pelo ordenamento jurídico como instrumentos válidos para tanto. Se o controle da fase de decisão é impossível, o legislador pode – e deve – definir o método que reputar correto e adequado para confirmação do padrão decisório. Assim, todos os valores, ideologia e (pré)conceitos do julgador passarão por um filtro de validade na fundamentação, que servirá de mecanismo de exteriorização dos elementos internos. Exatamente por isso, merece o art. 489, §1º, do CPC/15, críticas por não definir quais os métodos válidos de fundamentação. Deixou o legislador de indicar como deve ser elaborada decisão judicial corretamente motivada, ou seja, modelo indutivo somado ao modelo dedutivo de fundamentação nas cortes voltadas para a criação dos precedentes e o modelo silogístico nas cortes destinadas à solução justa do litígio. Oportunamente, serão tais métodos explicitados com maiores detalhes.<sup>145</sup>

A importância da *correta* fundamentação, mais adequada a desnudar o procedimento psíquico interno daquele que decide, reside no fato de que, ausentes tais mecanismos, não haverá limites para a atividade jurisdicional. Sem ela, a discricionariedade do magistrado será ampla, irrestrita e sigilosa, o que em nenhuma hipótese se admite em uma sociedade pretensamente democrática. Se o método de fundamentação utilizado pelos Tribunais brasileiros permite um tipo de fundamentação das decisões que nada motiva, pode-se afirmar com certa margem de segurança que o Poder Judiciário deixou de ter qualquer controle, passando a ser ele o Poder absoluto.

---

<sup>144</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, p. 123.

<sup>145</sup> Ver Capítulo 7.



## 2.6 – Requisitos da Fundamentação

Não obstante as características outrora apontadas, importante esclarecer quais são os requisitos de uma decisão, de modo que possa ser ela considerada válida no Direito brasileiro. Tais requisitos, conforme aponta RODRIGO RAMINA DE LUCCA, são extraídos, de forma indireta, do art. 1.022, que regulamenta os embargos de declaração, bem como do art. 489, §1º, do CPC.<sup>146</sup> Com efeito, as decisões judiciais devem atender os requisitos de ser expressa, clara, coerente, completa e lógica.<sup>147</sup>

No que se refere ao requisito de ser ela expressa, deve o julgador apresentar os motivos de forma explícita, com todos os elementos que influenciaram na convicção quando, analisando os fatos da causa, interpretou o direito aplicável. Por conseguinte, não atende a tal requisito o magistrado que deixa de indicar algum raciocínio relevante, ou mesmo que faz simples remissão “às razões expendidas em atos produzidos em outro processo”.<sup>148</sup> Neste diapasão, é importante destacar a diferenciação existente na literatura especializada entre fundamentação *per relationem* e fundamentação implícita. A primeira deve ser entendida como a utilização pelo tribunal *ad quem*, quando do julgamento do recurso, das razões utilizadas pela instância inferior. Segundo afirma MÁRIO GUIMARÃES, “certas decisões, também, se fundamentam por si mesmas. Insistir em justificá-las, seria ocioso.”<sup>149</sup> Tal método de fundamentação somente será considerada válida se, ao indicar os motivos da decisão recorrida, que no acórdão sejam esclarecidas as razões pelas quais a referida decisão não merece reparos.<sup>150</sup> Por sua vez, a motivação implícita é a ausência de resposta analítica de todos os argumentos deduzidos pela parte, uma vez que o acolhimento ou rejeição de um argumento principal importa o afastamento implícito dos demais.<sup>151</sup> Como visto, o art. 489, inc. IV, do CPC afasta a possibilidade de fundamentação implícita, destacadamente porque é cinzenta a separação entre aquilo que está implícito e a manifesta omissão.

Lado outro, a fundamentação deve ser clara, no sentido de ser inteligível, compreensível pelas partes. Com efeito, a linguagem deve ser desprovida de vocábulos e

<sup>146</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria do Precedente**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 215.

<sup>147</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 18.

<sup>148</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 18.

<sup>149</sup> GUIMARÃES, Mario. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 347.

<sup>150</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil...** *Op. cit.*, p. 19.

<sup>151</sup> Sobre o tem JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in: A Motivação da Sentença no Processo Civil... Op. cit.*, p. 19) afirma que: “Com efeito, a adoção ou repulsa de certas razões pode encontrar-se motivada de um modo implícito: havendo argumentos principais e subsidiários estribados no mesmo fato, os argumentos explícitos para o acolhimento, ou não, dos primeiros prestam-se a justificar, implicitamente, idêntica solução dada aos segundos.”

locações ambíguas, bem como deve o magistrado primar pela ausência de quaisquer equívocos formais. A argumentação deve ser apta a transmitir o raciocínio desenvolvido para chegar na conclusão existente no dispositivo, com uma linguagem simples e acessível. Devem ser evitadas expressões arcaicas ou de rara utilização na comunicação cotidiana.<sup>152</sup> A motivação é destinada às partes e, eventualmente, a terceiros. Não se trata, portanto, de trabalho acadêmico, disponível apenas para aqueles versados na linguagem científica própria desta área de conhecimento. Para tanto, deve a decisão ser objetiva, de modo a responder somente os pontos controvertidos e questões relevantes para o processo, sem maiores delongas ou digressões.<sup>153</sup>

Ademais, deve a fundamentação ser coerente, ou seja, deve ser elaborada de acordo com os preceitos estabelecidos pelo legislador, partindo da análise das preliminares até chegar ao juízo de mérito. Tal requisito deve ser entendido enquanto complementação da clareza, uma vez que estabelece como elemento da fundamentação a necessidade de harmonia entre os argumentos utilizados pelo magistrado para decidir. Acrescente-se que a coerência também deve existir entre a fundamentação da decisão e o seu dispositivo.<sup>154</sup>

Quanto ao requisito da completude, deve ser ele compreendido enquanto fundamentação suficiente. Segundo TEREZA ARRUDA ALVIN WAMBIER, existe uma distinção entre fundamentação suficiente e fundamentação completa. Pode haver fundamentação suficiente sem que seja ela completa. Todavia, uma fundamentação completa necessariamente será suficiente.<sup>155</sup> Para RODRIGO RAMINA DE LUCCA, a fundamentação é completa se “(a) apresenta as razões fáticas e jurídicas que justificam o dispositivo e (b) afasta expressamente todas as alegações fáticas e jurídicas da parte desfavorecida pela decisão.”<sup>156</sup> Assim, o magistrado deve explicitar os fatos relevantes para a conclusão (completude fática) e a alegação da tese jurídica da parte vencedora, ao mesmo tempo que rebate, na integralidade, todos os argumentos deduzidos pela parte vencida (completude jurídica). Somente então a fundamentação estará completa, nos exatos termos previstos no art. 489, §1º e 1.022, do CPC.

Por fim, deve a fundamentação ser apresentada de forma lógica, de modo que o magistrado, ao elaborá-la, utilize os princípios inerentes ao pensamento racional. Aqui, deve-

---

<sup>152</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 216.

<sup>153</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 215. E continua o referido autor: “É muito comum que juízes, assim como comumente fazem muitos advogados, sejam tentados a inchar suas decisões com considerações genéricas e citações doutrinárias e jurisprudenciais completamente impertinentes e irrelevantes ao caso concreto. Essa situação é agravada pela usual e pernicioso associação entre decisões prolixas e modelos-padrões utilizados pelo juízo em determinadas espécies de decisões.”

<sup>154</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 218.

<sup>155</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração.** São Paulo: RT, 2005, p. 101.

<sup>156</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais...** *Op. cit.*, p. 219.

se valorizar a “*análise lógica e congruente das alegações das partes e dos elementos probatórios produzidos.*”<sup>157</sup>

## 2.7 – Possíveis Razões da Ausência de Fundamentação

Se, por um lado, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é tema de debate acadêmico, em contrapartida, são reduzidos os trabalhos que se dedicam à análise empírica e teórica dos motivos que ocasionam a ausência de motivação. Não que seja isso uma vicissitude exclusiva da matéria ora debatida. Na verdade, trata-se de um problema frequente na ciência jurídica brasileira, que pouco se debruça em levantamentos e verificações empíricas dos problemas jurídicos, uma vez que usualmente preocupada com o debate teórico dos textos legais.<sup>158</sup>

Não obstante, para o desenvolvimento do presente trabalho, importante destacar alguns elementos que podem causar a inexistência de fundamentação das decisões. Vale aqui ressaltar que o rol ora elencado não é exaustivo, mas apenas uma tentativa de sistematização do questionamento ora proposto.

Feitas tais considerações, é possível identificar três causas para a ausência de fundamentação, a saber, i) fatores empíricos, consubstanciados no excesso de trabalho; ii) de cultura jurídica, resultado da aplicação do princípio do livre convencimento; e iii) sociológicos, que podem ser subdivididos em cultura autoritária e impossibilidade de evidenciar valores antidemocráticos.

No que toca ao primeiro fator, verifica-se empiricamente a sobrecarga de trabalho dos magistrados brasileiros. Segundo MARIA TEREZA AINA SADEK, é possível encontrar problemas na área física, referentes à deficiência da estrutura do Poder Judiciário, que não dispõe de número suficiente de juízes, servidores e instrumentos necessários.<sup>159</sup> Não é recente a identificação das mazelas decorrentes do excesso de ações que tramitam perante o Poder Judiciário brasileiro. Somente no período compreendido entre os anos de 2010 e 2015, o total de ações em curso nos Tribunais brasileiros saltou de 86.600.000 para 100.000.000. Por sua vez, no mesmo período, o número de magistrados brasileiros, desconsiderando os afastamentos da judicatura em razão de quaisquer motivos, partiu de 16.108 para atingir 16.927. Ou seja,

---

<sup>157</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Motivação da Sentença no Processo Civil...* *Op. cit.*, p. 21.

<sup>158</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes: Para uma Crítica do Direito (Brasileiro) ... Op. cit.*, p. 51.

<sup>159</sup> SADEK, Maria Teresa A. *Poder do Judiciário: Perspectivas de Reforma*. Opinião Pública, vol. 10, nº 1, maio, 2004.

não houve um aumento proporcional de juízes para compensar o acréscimo no número de processos. De acordo com os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são julgados por ano uma média de 5.200 processos por juiz. Segundo levantamento empírico outrora realizado no âmbito do STJ, “9 ministros que integram a Primeira Seção do referido tribunal superior (STJ) proferiram 9.335 decisões, aqui somadas as decisões monocráticas e os acórdãos, o que resulta em uma média 1.037 decisões por magistrado. Caso tais magistrados trabalhassem todos os 365 dias do ano, teriam proferido 2,84 decisões por dia.”<sup>160</sup>

Não obstante, outro fator deve ser acrescentado. Desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi estabelecida uma política de metas de produtividade para os magistrados, com vistas a reduzir o passivo de processos em tramitação nos Tribunais. E para incentivar o cumprimento das disposições do CNJ, diversos Tribunais brasileiros vincularam a promoção na carreira, dentre outros elementos já existentes, à produtividade apurada. Por conseguinte, os juízes passaram a ser cobrados a decidirem de forma mais célere, dando origem à cultura de valorização da celeridade em detrimento de um apuro qualitativo das decisões.<sup>161</sup>

Em tal contexto, parece certo que a consequência da ausência de fundamentação seja esperada. Ora, diante do aumento do volume de trabalho e a exigência de celeridade do julgamento, o julgador está compelido, para encontrar uma saída para o problema, a sacrificar um dos preceitos: celeridade ou qualidade das decisões. E a opção, parece certo, foi sacrificar exatamente a fundamentação das decisões. Aos magistrados não é concedido o tempo necessário para debruçar sobre o processo e analisar, com detalhe, as alegações formuladas pelas partes. A consequência disso é a proliferação de decisões padronizadas, genéricas ao ponto de servirem para uma amplitude de processos, permitindo ao julgador atender aos desígnios do CNJ, às custas do direito do jurisdicionado.

---

<sup>160</sup> BRITO, Thiago Carlos de Souza. **Gerenciamento dos Processos Judiciais: Estudo Comparado dos Poderes e Atuação do Juiz na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 21.

<sup>161</sup> Por certo, tal cultura merece severas críticas, como foram elaboradas por CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD (*In: Fatores de Produtividade: Proposta de Avaliação do Desempenho do Magistrado Federal. In: Administração da Justiça Federal: concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: CJF, 2005, p. 12), que afirma: “A mera estimação quantitativa do trabalho do magistrado é insuficiente como critério de avaliação. O número absoluto de sentenças, decisões e despachos proferidos, se não diz nada, diz muito pouco, mormente se não há parâmetros claros a partir dos quais se permita constatar o que é ser produtivo. Para avaliar com rigor a produtividade, é preciso verificar ainda a complexidade das questões submetidas à apreciação judicial, a capacidade de resolução das lides e o tempo gasto na análise dos processos. Quanto maior o número de fatores, melhor será a avaliação. São eles formas de representação quantificável de características dos processos, utilizados para avaliar os resultados, acompanhar e melhorar o desempenho ao longo do tempo.”

No âmbito da cultura jurídica, cabe destacar o conceito de livre convencimento enraizado na tradição jurídica brasileira. Surgido em um contexto de resposta à tarifação legal das provas, que restringia a liberdade dos magistrados de apreciarem os elementos probatórios, a teoria do livre convencimento concedeu ao juiz a possibilidade de decidir as questões de forma justa, conforme lhe aprouvesse. A teoria do livre convencimento, é importante destacar, teve fundamental importância para a autonomia do magistrado ao decidir o caso concreto. Todavia, parece certo, as críticas a ele deferidas mereciam o seu acolhimento. Por conseguinte, em seu lugar, foi elaborada a teoria do livre convencimento motivado, consolidada no art. 118 do CPC/39. Em seguida, o dispositivo foi trazido para o CPC/73, no art. 131.<sup>162</sup> Na sequência, no CPC de 2015, retirou a palavra “livremente”, para definir que o convencimento deve ser racionalmente motivado.<sup>163</sup>

Não obstante, é possível identificar elementos da tradição do livre convencimento em diversas manifestações judiciais. Utilizado como muleta argumentativa para justificativa do entendimento adotado pelo magistrado no caso concreto, a liberdade decisória concedida por tal posicionamento continua aplicada pelo Poder Judiciário. Para exemplificar tal hipótese, basta relembrar o caso mencionado na introdução desse trabalho.

Por fim, dentre os fatores sociológicos, podem ser elencados dois elementos que contribuem para a ocorrência de decisões judiciais sem fundamentação. Em primeiro lugar, os resquícios do autoritarismo parecem ser uma vicissitude existente no Poder Judiciário e que deve ser enfrentado. Com efeito, o regime autoritário pode ser definido como:

(...) regime político com pluralismo político limitado, não responsável, sem ideologia orientadora e elaborada, mas com mentalidade distintas, sem mobilização política extensiva ou intensiva, exceto em alguns pontos do seu desenvolvimento, e no qual um líder ou, ocasionalmente, um pequeno grupo exerce o poder dentro de limites formalmente mal definidos, mas, na realidade, bem previsíveis.<sup>164</sup>

O Brasil, recém saído de uma ditadura militar que durou 21 anos, ainda guarda diversos elementos autoritários em seus quadros e atos. Especificamente no Poder Judiciário, é importante destacar que os magistrados são investidos de um poder que lhes concede

---

<sup>162</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 519.

<sup>163</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, 2015, p. 102.

<sup>164</sup> LINZ, Juan J. An Authoritarian Regime: Spain. *In*: ALLARDT, Erik and Rokkan, Stein. **Mass politics: Studies in political Sociology**. New York: Free Press, 1970, p. 121

demasiado reconhecimento social. Contudo, tais magistrados são usualmente muito jovens, de modo que não possuem a experiência de vida necessária para exercer as suas funções com o necessário espírito democrático. Afirma MAURO CAPPELLETTI que “*Magistratura de carreira significa, efetivamente, tornar-se juiz em idade juvenil, sendo a seleção baseada não numa experiência de vida – uma experiência coroada pelo sucesso na advocacia e na sociedade –, mas antes em exames e competições largamente fortuitos.*”<sup>165</sup> Com efeito, alguns daqueles que são aprovados nos concursos, a despeito de seu preparo teórico, não possuem o necessário perfil democrático para atuar como juiz, função que exige controle e parcimônia no exercício das atividades que lhes são inerentes. Em razão disso, talvez entendam que a motivação, em algumas situações, pode ser dispensada.

Ainda quanto ao critério sociológico, mas em um viés diverso, importante destacar outra causa para a ausência de fundamentação, encontrada nas convicções pessoais do magistrado que não estão em conformidade com o ordenamento ou as provas produzidas nos autos. O magistrado, enquanto indivíduo inserido em uma sociedade, possui também crenças, convicções e ideologias de cunho pessoal. Afirma REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA que todo magistrado é um ser político e “*carrega para os autos todas as suas angústias, seus preconceitos, suas convicções, sua ideologia. Não há juiz neutro, a neutralidade é incompatível com a só condição de ser alguém integrante de uma comunidade.*”<sup>166</sup> Tais convicções, é necessário admitir, nem sempre estão de acordo com os princípios constitucionais ou mesmo as disposições relativas aos direitos humanos e fundamentais. Além disso, por vezes, pode o magistrado formar sua convicção independentemente dos elementos probatórios, mas em máximas da experiência. Não se está fazendo aqui um julgamento quanto à correição, ou mesmo a “justiça” de tal entendimento. Apenas reconhece-se que existe a possibilidade de o juiz decidir em função de elementos que não podem ser explicitados na sua decisão judicial. Via de consequência, para evitar os constrangimentos decorrentes de seu

---

<sup>165</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989, p. 42. Contraponto interessante ao posicionamento de MAURO CAPPELLETTI pode ser encontrado na afirmativa de SIDNEI AGOSTINHO BENETI (in: Falam os Juízes na Pesquisa da AMB. In: SADEK, Maria Teresa. **Magistrados: Uma Imagem em Movimento.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 101), que sustenta: “*O fenômeno da ‘juvenilização da magistratura’, ao contrário do que se propaga sem conhecimento internacional, não é privilégio brasileiro, registrando-se em vários países, como, entre outros, a França, Itália, Portugal, Holanda, Japão e Taiwan. (...) Acentua-se nos países em que o acesso à carreira se dá por concurso público, como o são, geralmente, os países de civil law. Nesses países, se não se permite o ingresso jovem na magistratura, certamente ocorre a evasão dos melhores valores para profissões mais rentáveis e menos sujeitas à hostilidade da comunicação social, como a advocacia, o que faria a magistratura perder grandes valores. Isso não ocorre nos países de common law, em que a nomeação não se dá por concurso público, mas pela indicação do Executivo, por seleção de currículos, naturalmente inafastável a influência política.*”

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. **O Juiz na Sociedade Moderna.** São Paulo: FTD, 1997, p. 87.

posicionamento particular, utiliza da ausência de fundamentação para se furtar de apresentar suas razões.

Por óbvio, não são tais critérios de identificação uma crítica ao exercício, pelos magistrados, de tão importante função constitucional. Todavia, se mostra necessário debater as causas para que os remédios adequados possam ser elaborados.

### 3 – RAZÕES PARA SUPERAÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO: ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DOS PRECEDENTES

#### 3.1 – O Ativismo Judicial: Notas Introdutórias

Para sustentar as conclusões propostas no Capítulo 6, necessário se faz o aprofundamento de alguns temas que lhe são antecedentes. Especificamente no presente capítulo, será discutido o conceito de um fenômeno que foi denominado no direito brasileiro como ativismo judicial.

Importante esclarecer, de plano, que a expansão do Poder Judiciário não é criação brasileira, tampouco é fenômeno exclusivo dos nossos magistrados. Na experiência estrangeira, a incorporação pelo Poder Judiciário de novas funções para encampar atribuições que eram inicialmente conferidas aos outros poderes também foi percebida, destacadamente na década de 90.<sup>167</sup>

Em um mundo cada vez *menor*, no qual a tecnologia proporcionou um redimensionamento das distâncias, fronteiras e relações humanas, parece certo dizer que a experiência jurídica de determinado país pode ser facilmente apreendida e, com certa facilidade, simulada em outra nação. Especificamente no tema ora enfrentado, a análise do exercício da função jurisdicional permite o esclarecimento quanto às modificações que ocorreram e os prováveis rumos que devem ser tomados diante do reconhecimento de sua importância para o Estado de Direito.

No Brasil, é perceptível a significativa ingerência dos Poderes entre si. Destacadamente, o Poder Legislativo sofre com a profusão de medidas provisórias, oriundas do Poder Executivo, que retiram grande parte do âmbito da atuação legislativa, bem como a frequente intromissão do Supremo Tribunal Federal, seja no controle de constitucionalidade das leis, seja na supressão de omissões legislativas. Não é de pouca relevância a preponderância histórica do Poder Executivo em face do Poder Legislativo, de consequências nefastas para a democracia. Entretanto, não será tal matéria objeto de discussão no presente trabalho.

O ativismo judicial, na verdade, é a nomenclatura dada à tensão entre os poderes resultante da atuação anômala do Poder Judiciário, que ameaça o necessário equilíbrio entre eles, colocando em xeque a harmonia e independência preconizada no art. 2º da CF/88. A preocupação quanto aos limites democráticos da ingerência do Poder Judiciário assumiu maior

---

<sup>167</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power...* *Op. cit.*, p. 3.



relevância quando se percebe que o Supremo Tribunal Federal, diante dos princípios encampados pela CF/88, promove uma reestruturação dos poderes estatais, definindo critérios e métodos de atuação dos demais Poderes.<sup>168</sup> Como será demonstrado, partindo do controle de constitucionalidade das leis e a omissão legislativa, é possível perceber que o STF e, em menor medida, as demais cortes, consolidaram a modificação do centro de gravidade da democracia brasileira para o Poder Judiciário, que demanda nova análise sobre o seu desenho institucional. E tais elementos são essenciais para a compreensão da problemática da fundamentação das decisões judiciais.

### 3.1.1 – O Conceito de Ativismo Judicial

O ativismo judicial pode ser conceituado, segundo ELIVAL DA SILVA RAMOS, como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”<sup>169</sup>

Cabe destacar que, em sua origem, a discussão sobre a existência<sup>170</sup> e o limite do ativismo judicial concentra-se na interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Nascido da experiência jurídica dos EUA, lá chamado de *judicial review*, é ele decorrência da escolha de uma constituição rígida e criação de um tribunal constitucional. Em razão disso, surge a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e a subsequente discussão dos limites em que tais controles devem ser exercidos.

Importante destacar que nos EUA, assim como nos demais países de *common law*, a problemática do *judicial review* não possui a mesma relevância acadêmica identificada no Direito brasileiro. Em decorrência da teoria dos precedentes, as decisões judiciais são, há muito, reconhecidas enquanto fonte de direito, em situação de igualdade com as leis (*statutes*)

<sup>168</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

<sup>169</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 324

<sup>170</sup> Segundo THAMY POGREBINSCHI (*in: Judicialização ou Representação: Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 183), a atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal, destacadamente na atuação contramajoritária, ocorreria em menor proporção do que é propalado pela literatura especializada: “Acredito ter mostrado que, ao contrário do que muito se supõe, nem o Congresso Nacional exercita de forma débil sua vocação majoritária, nem o Supremo Tribunal Federal cumpre de forma tão robusta a sua competência contramajoritária. Diante de sua imagem de gigante construída pela literatura sobre judicialização da política, o Supremo é, na verdade, muito mais deferente ao Congresso do que a ausência de pesquisa empírica pode fazer supor.”

enquanto fonte de Direito. Nos países de *civil law*, por sua vez, o ativismo judicial assume especial destaque uma vez que a criação do Direito pelos tribunais não é tema pacífico. Assim, o ativismo estaria compreendido como usurpação pelo Judiciário da competência prevista na separação de poderes ao Poder Legislativo. Todavia, na atualidade,<sup>171</sup> é possível perceber que também o Poder Executivo passa a sofrer com a atuação anômala do Judiciário. Em razão do déficit de efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, os cidadãos, em face da incapacidade da administração pública em atender aos seus reclames, passaram a demandar, de forma individual, a sua concretização na via judicial. É notável tal movimento de judicialização de matérias como saúde, educação, moradia (art. 6º, CF/88), anteriormente objeto de discussão e pleito restrita ao Poder Executivo. Tamanha é a ingerência do Poder Judiciário, que, em determinadas situações, o orçamento dos entes federativos fica em sua totalidade comprometido com o cumprimento das decisões judiciais, desconsiderando as escolhas políticas construídas em determinada localidade.

Por isso, o ativismo judicial, para os fins do presente trabalho, deve ser entendido enquanto atuação anômala do Poder Judiciário, em igual medida, sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Assim consignado, o ativismo judicial apresenta-se como disfunção na teoria da separação dos poderes, a qual o Estado Democrático de Direito finca as suas raízes. Na sua origem está contida a ideia de delimitação das atribuições dos poderes constituídos, que foram criados em um contexto histórico de restrição dos excessos dos monarcas absolutos. Com vistas a atingir tais propósitos, foram elaboradas regras de exercício do poder no Estado, que passou a ser organizado por meio de um conjunto de normas prévias, de modo a submeter Estado ao Direito.<sup>172</sup>

Influenciados pelo monumental trabalho de CHARLES DE SECONDAT, o Barão de MONTESQUIEU, em sua obra “O Espírito das Leis”, os Estados europeus modernos, bem como suas colônias, foram organizados a partir da premissa de que a liberdade do cidadão somente

---

<sup>171</sup> Segundo HERMES ZANETI JR. (*in*: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 56), a despeito de sua relevância atual, é possível apontar a Constituição Federal de 1891 como origem do *judicial review* no direito constitucional brasileiro: “A verdadeira revolução copernicana no direito constitucional brasileiro foi a recepção do sistema de freios e contrapesos para o controle do poder na Constituição Republicana de 1891. A Constituição de 1891 mudou totalmente a relação entre o Poder Judiciário e os demais poderes da República, pelo menos no papel. O Poder Judiciário passou de poder subalterno a exercer a função principal de mediador ente os poderes, por meio do judicial review. Garantia, assim, a adequação dos atos dos demais poderes do Estado, e dos seus próprios, ao Texto Constitucional, porque a Constituição Republicana pela primeira vez possibilitou o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.”

<sup>172</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 113.

será alcançada se houver limitação do poder estatal. Para tanto, necessário se faz que o exercício de tal poder não seja concentrado em uma só pessoa. Isso porque, segundo o próprio MONTESQUIEU, haverá o risco de que a pessoa que o exerce seja corrompida.<sup>173</sup> Assim, a fragmentação do poder do Estado em três funções distintas permitiria o mútuo controle entre eles. Para chegar em tais conclusões, MONTESQUIEU parte da experiência política inglesa para defender a limitação da monarquia, por meio de três funções estatais identificadas enquanto legislativo, executivo e judiciário, que deverão ser exercidas por órgãos distintos, independentes, capazes de inibir os abusos de seus equivalentes.<sup>174</sup>

Não obstante a inquestionável relevância da obra de MONTESQUIEU, deve ser ela lida com a devida cautela. É importante ressaltar que inexiste, ou mesmo existiu, pelo menos em nosso conhecimento, alguma nação que tenha aplicado, de forma absoluta, a separação dos poderes. Há, como aponta NICOLA PICARDI, um pêndulo, que ora aponta para a prevalência de um poder, para logo após apontar para outro.<sup>175</sup> Com efeito, no contexto histórico em que desenvolveu sua tese, MONTESQUIEU vivenciou a primazia do Poder Executivo, representado na monarquia absoluta pelo Rei. Após, com a vitória dos revolucionários em França, houve a ascensão do Poder Legislativo enquanto função preponderante. Por fim, nos dias que correm, o pêndulo movimentou-se novamente, de modo que está o poder judiciário em um patamar diverso de seus equivalentes.<sup>176</sup>

Ademais, o modelo institucional pensado por MONTESQUIEU deve ser inserido em seu contexto histórico específico, de modo que a sua transposição para o Estado contemporâneo deve acompanhar uma adequação dos direitos reconhecidos e tutelados nos últimos três séculos. MONTESQUIEU escreveu em uma realidade na qual a principal preocupação era a garantia das liberdades individuais mínimas em face da tirania das monarquias absolutistas dos Estados europeus, ou seja, direitos que se confundiam com os reclames da burguesia revolucionária. Portanto, o princípio da separação de poderes por ele pensado está adequado apenas para tal conformação social. Entretanto, considerando as conquistas históricas de direitos sociais e difusos dos séculos XIX e XX, o Estado assumiu novas atribuições e encargos,

---

<sup>173</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis...** *Op. cit.*, p. 130-133.

<sup>174</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis...** *Op. cit.*, p. 172.

<sup>175</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione Del Nostro Tempo Per la Giurisdizione*. In: **Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia**. Tomo I. Milão: Dott. A. Giuffré, 2005, p. 180.

<sup>176</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione...* *Op. Cit.*, p. 179. Afirma o referido autor que: “All’inizio del XIX secolo, Friedrich K. von Savigny, con una felice espressione, parlò di ‘vocazione’ dei suoi tempi per la legislazione e la scienza giuridica. Nel XX secolo, alla fine degli anni ’30, Mariano D’Amelio riprese tale espressione in un noto saggio sulla vocazione del XX secolo per la codificazione; ma, alla fine degli anni ’70, Natalino Irti parlerà di età della decodificazione. All’inizio del XXI secolo, la situazione appare ormai differente e più complessa. Potremmo sintetizzarla parlando di vocazione del nostro tempo per la giurisdizione e la dottrina giuridica.”

a reclamar das funções estatais readequação para atender as exigências do *welfare state* e seu sucessor, o Estado Democrático de Direito.<sup>177</sup> Perceptível um crescimento do papel do Estado no século XX, para atuar na regulamentação de setores da sociedade anteriormente desprovidos de regulamentação.<sup>178</sup> Para tanto, houve um aumento da atividade legislativa, criando, segundo NICOLA PICARDI, uma “orgia de leis”.<sup>179</sup> O Estado, portanto, agiganta-se. Suas funções iniciais de repressão do ilícito e proteção do indivíduo não mais são suficientes.<sup>180</sup> Agora, o Estado passa a promover o desenvolvimento social, por meio de medidas ativas na sociedade.<sup>181</sup> Em tal contexto, também a função jurisdicional se modifica. Enquanto na legislação produzida nos Estados liberais haveria uma simples distinção entre o “justo” e o “injusto”, poderia o julgador utilizar da lógica silogística para decidir o caso em julgamento. Já no *welfare state*, posteriormente substituído pelo Estado Democrático de Direito, ao criar a noção de direitos sociais, a legislação estabelece um programa de futuro, com a ideia de gradual transformação do presente, no qual caberá ao magistrado definir a efetividade de um direito reconhecido aplicável ao caso concreto.<sup>182</sup> O *welfare state*, criação do Poder Legislativo, depende do Poder Judiciário para a sua efetivação.<sup>183</sup>

A confluência de tais fatores exige um redimensionamento do conceito da separação de poderes, para que continue a atender à sua principal finalidade: a limitação do poder com vistas a evitar o abuso, ao mesmo tempo que trabalha para garantir a efetividade dos direitos do cidadão. Sobre o tema, assim afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS:

Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, mas, também, o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catálogo de atividades a serem por eles desempenhadas. Ademais, se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que se assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.<sup>184</sup>

<sup>177</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 27-29.

<sup>178</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 34.

<sup>179</sup> PICARDI, Nicola. Notas sobre o Precedente Judicial. In: **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

<sup>180</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 41.

<sup>181</sup> Basta ver, a título de exemplo, as agências reguladoras e sua importância na sociedade contemporânea.

<sup>182</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 41

<sup>183</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 43

<sup>184</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 117.

Aqui, interessante ressaltar a genialidade da obra de MONTESQUIEU, que coloca a liberdade individual como principal objetivo da limitação da atuação estatal, independente da dimensão que o Estado historicamente assuma, com vistas a encontrar aquilo que poderia ser chamado de ponto otimização das três funções estatais, sem que importasse qualquer abuso ou predomínio de um poder sobre os demais.<sup>185</sup> A liberdade individual é que estará no alicerce da fundamentação das decisões judiciais, sem a qual o cidadão não terá mecanismo de contenção contra os excessos do Poder Judiciário.

Partindo-se de tais premissas, J.J. GOMES CANOTILHO aponta que o princípio da separação de poderes apresenta facetas distintas em sua efetividade. Com efeito, por um lado, importa a separação entre estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, sem a quebra da soberania (princípio organicamente referenciado). Por outro lado, tal princípio resulta na orientação dos atos estatais de acordo com a qualidade do órgão, no sentido de verificação da validade de cada órgão de acordo com a sua função no Estado (sentido formal), bem como a verificação do conteúdo do ato estatal (sentido material). Considerando tal classificação, parece ser evidente que o ativismo judicial se encontra na realização de um ato estatal formalmente pertencente ao Poder Judiciário, mas que possui conteúdo afeto aos demais Poderes.

Importante aqui destacar, na esteira de JORGE MIRANDA,<sup>186</sup> que as funções estatais não são previstas de forma estanque nos textos constitucionais. Até mesmo porque impossível seria para o constituinte estabelecer, de forma exaustiva, quais são as atribuições esperadas de cada um dos poderes. Na verdade, a interpretação cabe aos próprios operadores do sistema, que definem no caso concreto qual a atribuição material de cada um dos órgãos governamentais. Considerando que cada um deles exerce atividades que lhes são precípuas, mas não exclusivas, caberá ao operador do sistema identificar qual é o núcleo essencial da função estatal, quais atividades são correlatas e, portanto, constitucionais, bem como àquelas que invadem o núcleo essencial de outro Poder estatal.

---

<sup>185</sup> Afirma MONTESQUIEU (in: **Do Espírito das Leis...** *Op. cit.*, p. 169) que: “A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se tiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.”

<sup>186</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 19-21

Por certo, encontrar a linha que delimita tais atividades é um problema para os operadores, sejam eles do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo. Ao aceitar a premissa de que as atividades atribuídas aos poderes não são exclusivas, mas sim preponderantes, haverá sempre no Poder Judiciário competência constitucional para legislar e administrar. Entretanto, o problema do ativismo judicial encontra-se exatamente no exercício pelo Poder Judiciário de atribuições que pertencem ao núcleo *essencial* dos outros poderes. Tendo em vista que, ao que é de certa forma unânime na processualística, a função do Poder Judiciário é a atuação secundária de pacificação dos conflitos, mediante a realização de um direito justo, por meio do processo, todas as atribuições fora do referido escopo configura ativismo judicial.

O Estado definiu o Poder Judiciário para fazer a aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, com a solução dos litígios que emergem na sociedade. Na visão positivista exegética, caberia ao Poder Judiciário apenas ocupar-se da execução da lei previamente elaborada pelo Poder Legislativo. Como afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS, “*as leis, por conseguinte, em sentido material seriam atos veiculadores de normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, ao passo que as decisões judiciais seriam meros atos de aplicação dessas normas.*”<sup>187</sup> Como visto, tal posicionamento não mais subsiste. Segundo HANS KELSEN, inegável a atividade criativa do julgador, que na hermenêutica da lei insere elementos criativos individuais. Não há mera reprodução do texto legal, com a subsunção do fato à norma, mas verdadeira vontade criadora.<sup>188</sup>

Com isso, é possível identificar novo elemento distintivo entre as funções Legislativa e Judiciária. Cabe ao Poder Legislativo a elaboração de normais gerais, abstratas, e situadas em um nível hierárquico superior. Por sua vez, o Poder Judiciário tem a função de também criar normas, mas de atuação das normas superiores elaboradas pelo Legislativo.<sup>189</sup>

Não é demais ressaltar o papel desempenhado pelos advogados, elemento usualmente desconsiderado no ativismo judicial, ainda que tenham eles função relevante. Em parte, a responsabilidade pela expansão da atividade criativa é dos causídicos que, ao elaborarem

---

<sup>187</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 121.

<sup>188</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240-244.

<sup>189</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 122. Cumpre ressaltar, como lembra GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES (*in: Observação Jurídico-Sociológica da Lei dos Juizados Especiais*. Tese. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 66), que o Poder Judiciário tem outras atribuições, referentes à função cautelar e executiva: “*Essa concepção de jurisdição do direito romano perpetuou-se até nossos tempos, no sentido de que ela só estaria presente no processo de conhecimento, em razão do efeito declaratório do provimento. Todavia, de forma equivocada. A jurisdição também está presente nas tutelas cautelar e executiva. O juiz, além de dizer o direito aplicável, igualmente exerce jurisdição ao fazer atuar a norma jurídica concreta definida na sentença (tutela jurisdicional imediata), bem como assegurar eficácia prática a providências cognitivas ou executivas (tutela jurisdicional mediata).*”

petições que reclamavam direitos anteriormente não amparados pelo Poder Judiciário, abriram as comportas para o fenômeno que viria ocorrer a seguir. Uma vez que a jurisdição é inerte,<sup>190</sup> somente após a provocação por parte dos advogados que os juízes puderam romper a posição passiva em face da lei.

Identificadas as novas atribuições do Poder Judiciário, a discussão do ativismo judicial transfere-se para a sua legitimidade democrática.<sup>191</sup> Considerando a estrutura institucional, modo de ingresso, progressão da carreira, dentre outros elementos, o Judiciário foi pensado para funcionar em uma sociedade liberal, com a legislação a ocupar um papel central. Havia uma demarcação clara entre legislação e jurisdição, de tal modo que o Poder Judiciário construiu uma imagem de neutralidade em face das discussões políticas existentes na sociedade.<sup>192</sup> Conforme afirma CELSO FERNANDES CAMPILONGO, ainda que tal imagem não correspondesse à realidade, o modelo jurisdicional de atuação indicava uma burocracia supostamente fechada às pressões do ambiente externo.<sup>193</sup> Partindo-se dessa premissa, a própria dogmática do Direito Processual construiu conceitos e descreveu fenômenos pressupondo a racionalidade intrínseca a atividade apolítica do magistrado. Dentre elas, parece certo, pode-se incluir a técnica da fundamentação das decisões judiciais.

Todavia, reconhecendo-se uma profunda mudança no paradigma social, que alterou as funções exercidas pelos Poderes, faz ser premente a necessidade de readequar o Poder Judiciário, bem como a ciência que se ocupa do seu estudo, à nova realidade. *“Tudo isso faz com que a decisão judicial mude seu perfil. Por isso, a jurisdição – e não a legislação – ocupa um papel central no sistema jurídico.”*<sup>194</sup>

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial deve ser compreendido como a atividade atípica do Poder Judiciário, de natureza política, para criar, modificar ou retirar direitos em determinado ordenamento jurídico.

---

<sup>190</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios de Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, p. 69-71.

<sup>191</sup> No mesmo sentido, ROBERTO GARGARELLA (*in*: GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 9) ao indagar: *“Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, não eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”*

<sup>192</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial...** *Op. cit.*, p. 27.

<sup>193</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial...** *Op. cit.*, p. 27.

<sup>194</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial...** *Op. cit.*, p. 30.

### 3.1.2 – O Problema da Discricionariedade do Julgador

A questão do ativismo judicial, conforme depreende-se do seu conceito, se insere na delimitação da discricionariedade do magistrado ao aplicar a norma jurídica no caso concreto. O conceito de discricionariedade, por mais problemático que seja, pode ser estabelecido, para os fins do presente trabalho, enquanto liberdade de ação nos limites estabelecidos pelo Direito.<sup>195</sup> Tal conceito, por certo, pode ser aplicado de igual forma nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Destacadamente no âmbito do Poder Executivo, diversas teorias foram construídas para justificar o ato decisório de cunho pessoal, sem que o tema tenha recebido a mesma atenção quanto à sua ocorrência no âmbito do Poder Legislativo e Judiciário.

Considerando os propósitos do presente trabalho, não será explorada a discricionariedade no âmbito do Poder Executivo. Tal matéria foi profundamente discutida em sede do Direito Administrativo, de modo que se remete aos trabalhos competentes naquela seara.<sup>196</sup>

Conforme aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS,<sup>197</sup> no âmbito do Poder Legislativo, a ausência de discussão sobre a discricionariedade do legislador tem sua justificativa na Teoria Positivista, que inseriu a produção das leis, no âmbito político, separado da aplicação do Direito, que caberia ao Poder Judiciário. Por conseguinte, qualquer excesso na produção legislativa, caberia ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, efetuar o seu controle. Acrescente-se o entendimento de que o legislador, ao atuar, nada mais faz do que representar os interesses dos seus eleitores. Não haveria, portanto, discricionariedade do legislador, mas apenas representação.<sup>198</sup>

A temática da discricionariedade do Poder Judiciário, porém, traz maiores questionamentos. Isso porque existem autores que entendem não haver discricionariedade, em sentido estrito, do magistrado. Tal posicionamento pode ser denominado como formalista. Segundo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, o poder discricionário conferido ao administrador difere, em sua natureza, daquele exercido pelo julgador na exegese da lei.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>196</sup> Apenas de forma exemplificativa, podem ser indicados: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Const. São Paulo: Malheiros, 2002; OMMATI, Ricardo Emilio Medauar. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios Fundamentais**. 4. ed., refund. e ampl. -. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>197</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>198</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217-219.

<sup>199</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz...** *Op. cit.*, p. 159.



Partindo de tal premissa, faz uma diferenciação entre a discricionariedade e interpretação da lei. Em um ato discricionário, haveria duas opções de escolha legítimas para o agente, sendo ambas igualmente válidas. Por sua vez, no ato de interpretar a lei, o Poder Judiciário não atuaria de tal forma.<sup>200</sup> A opção feita por um magistrado, integrante da função jurisdicional, poderá ser passível de reexame por outro magistrado, com liberdade para discordar e apresentar resultado diverso. Por isso, conclui que “*se entendermos discricionariedade como juízo fundado em conveniência e oportunidade, o juiz não atua dessa forma.*”<sup>201</sup> No mesmo sentido, afirma TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que, “*indubitavelmente, entre a discricionariedade administrativa e a ‘discricionariedade’ judicial há diferenças tão fundamentais a ponto de justificar que, de regra, não se deva usar do termo discricionariedade atinentemente à atividade do Poder Judiciário, como se verá, salvo em raríssimas exceções.*”<sup>202</sup> Com efeito, não haveria, diante de um caso concreto, duas ou mais decisões corretas, igualmente válidas, à disposição do magistrado para escolha livre daquela que entende ser a melhor. Assim, conclui que “*Para o Magistrado há uma solução, que há de ser tida como a correta: a desejada pelo legislador e “determinada” pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja dos mais fáceis.*”<sup>203</sup> Interessante aqui ressaltar que o posicionamento dos referidos autores encontra respaldo na teoria da decisão judicial elaborada por RONALD DWORKIN. Em apertada síntese, atenta à proposta do presente trabalho, vale ressaltar que entende ele não existir discricionariedade judicial, mas apenas uma resposta certa para o problema proposto.<sup>204</sup> Caberia ao julgador, em uma feliz adjetivação, identificado como o herói Hércules da mitologia grega, a responsabilidade de encontrar a única solução possível, respeitando a história, os precedentes, a tradição jurídica e a moralidade política.

Todavia, o entendimento adotado no presente trabalho é diverso. Com efeito, desde a Revolução Francesa, a preocupação com a liberdade da atuação do magistrado na aplicação da lei deu origem ao movimento de limitação de interpretação. Receosos dos excessos praticados no *Ancien Régime*, surgiu naquele contexto o positivismo exegético, influenciado por pensamento racionalista<sup>205</sup> e consolidado na elaboração do Código Civil francês de 1804, no qual se pregava o automatismo decisionista da subsunção do fato à norma. Caberia ao juiz, tão-

<sup>200</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz...** *Op. cit.*, p. 160.

<sup>201</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz...** *Op. cit.*, p. 161.

<sup>202</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a "Discricionariedade" Judicial? *In: Revista de Processo*. Vol. 70, p. 232 – 234. Abr – Jun. São Paulo: RT, 1993.

<sup>203</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a "Discricionariedade" Judicial? *Op. cit.* p. 233.

<sup>204</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 211-215.

<sup>205</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64.

somente, ser a boca da lei.<sup>206</sup> Assim, buscava-se a total limitação da discricionariedade do magistrado e vedação de qualquer manifestação de criatividade. Por isso, PIERO CALAMANDREI sustentava que a elaboração legislativa do Direito deveria ser o usual, enquanto a formação judicial do Direito era a *extrema ratio*, aceitável somente em períodos críticos, nos quais o legislador não teve tempo hábil para preparar a reforma legislativa.<sup>207</sup> A resistência de se reconhecer a natureza criativa da atividade jurisdicional encontra respaldo na concepção do julgador então construída – e até hoje prevalente – de que inexistia elemento voluntarístico no magistrado, sendo ele objetivo e neutro diante do caso em julgado.<sup>208</sup> A simples proposição de discricionariedade judicial coloca em perigo, nos dizeres de CAPPELLETTI, tal mística.

Dentre aqueles que se propuseram a trabalhar a questão da discricionariedade judicial, HANS Kelsen propôs uma notável revisão da interpretação da norma jurídica, para definir a discricionariedade judicial.<sup>209</sup> Entretanto, o Professor de Viena inseriu o problema no âmbito da Política do Direito, fora dos limites da Dogmática Jurídica. Isso porque entendia ele que a discricionariedade da atividade interpretativa da decisão judicial era uma questão que trazia à discussão da atividade legislativa. Interessante destacar também que Kelsen entendia que a atividade jurídica e a atividade legislativa eram dotadas da mesma criatividade para definir o Direito, desde que observados certos parâmetros jurídicos. A diferença entre as duas atividades residiria no grau de liberdade que cada uma delas possui:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente de quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este.<sup>210</sup>

No mesmo sentido, MAURO CAPPELLETTI sustenta que a atividade interpretativa do juiz é necessariamente criativa – em outras palavras, discricionária – e que em sua substância, não é diversa da atividade legislativa. A diferença entre ambos seria de intensidade e não de essência. Haveria uma complexidade no momento de decidir o caso concreto, no qual o julgador faz um juízo não somente jurídico, mas também político e moral. Na atividade judicial,

---

<sup>206</sup> Interessante notar que tal noção de julgador como simples autômato que aplica a lei foi preconizada por MONTESQUIEU (*in: Do Espírito das Leis... Op. cit.*, p. 175), na sua célebre frase: “*Mas os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras.*”

<sup>207</sup> CALAMANDREI, Piero. **Il Significato Costituzionale delle Giurisdizione di Equita.** *Apud.* PICARDI, Nicola. *La Vocazione... Op. Cit.*, p. 189.

<sup>208</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 35.

<sup>209</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito...** *Op. cit.*, p. 364.

<sup>210</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito...** *Op. cit.*, p. 368.

assim como na atividade legislativa, haveria valoração e balanceamento, escolha de argumentos não só lógicos jurídicos, mas também históricos, econômicos e sociais.<sup>211</sup> A diferença entre ambas residiria, do ponto de vista processual, na distinção do modo pelo qual a criação do direito ocorre no Judiciário e no Legislativo.<sup>212</sup>

Mesmo diante da complexa construção da Teoria Kelseniana, poucos foram os trabalhos que desenvolveram argumentos sobre a discricionariedade judicial. A razão para isso, segundo ELIVAL DA SILVA RAMOS, é a “*utilização pragmática do conceito de discricionariedade, que, em última análise, serve para tornar menos intenso o controle jurídico sobre determinados atos do Poder Público, exatamente em virtude da liberdade de escolha no tocante a alguns aspectos de sua prática.*”<sup>213</sup>

De toda forma, seguindo os passos de HANS KELSEN, parece ser perceptível que a discricionariedade do legislador encontra limitação apenas na Constituição, destacadamente quanto à promoção dos direitos fundamentais, forma de organização do estado e separação de poderes. Fora disso, em tese, pode o legislador atuar de forma irrestrita na criação do Direito.

Por sua vez, a discricionariedade judicial encontra um campo de incidência restrito para a sua ocorrência. Haverá, em tese, liberdade mínima para o julgador se o texto normativo for expresso e não se encontrar no caso alguma situação excepcional. E se o mesmo caso já possuir solução dada pelo Poder Judiciário em julgamento de litígio similar, também a discricionariedade será vedada. Por outro lado, se o caso em julgamento evidenciar uma lacuna no ordenamento jurídico, ou mesmo que tenha o legislador utilizado de conceitos vagos ou indeterminados para regulamentá-lo, possibilitará ao magistrado ampla liberdade na indicação da solução jurídica.<sup>214</sup> Ainda assim, a liberdade do juiz encontrará gradação mesmo no seu âmbito interno, ou seja, se o caso em julgamento possui norma de incidência indireta que o regulamenta ou, caso contrário, trata-se de caso limite, que na terminologia de RONALD DWORKIN, denomina-se *hard-cases*.<sup>215</sup>

<sup>211</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 33. E complementa o referido autor que: “*É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.*”

<sup>212</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 27.

<sup>213</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 125.

<sup>214</sup> Sobre o tema, afirma NICOLA PICARDI (*In: La Vocazione...* *Op. Cit.*, p. 179) que: “*La cultura giuridica, da parte sua, é impegnata, da almeno un secolo, ad analizzare le diverse forme di apertura della legge ed a prospettare sottili, ma non sempre chiare, distinzioni, quali i concetti valvola (Ventillbegriffe), i legal standards, le clausule generali (Generalklauseln), inconcetti di discrizionalità (Ermessensbegriffe), i concetti giuridici indeterminati (unbestimmten Rechtsbegriffe). Di recente si é anche diffusa l'espressione 'vaghezza delle norme'.*”

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127.

Diferentemente do que ocorre com a discricionariedade legislativa e administrativa, que utilizam critérios de conveniência e oportunidade *política* como balizas para a sua atuação, a discricionariedade judicial deve ser pautada pela consciência individual do julgador na construção daquilo que seria o resultado jurídico adequado, conforme o ordenamento jurídico vigente em determinado tempo e lugar. Por conseguinte, a conveniência e oportunidade devem ser adequadas aos valores constitucionais, bem como devem constar de forma expressa na fundamentação da decisão.<sup>216</sup> Assim, discricionariedade importa uma escolha política, não escolha certa ou errada, mas escolha adequada constitucionalmente. Na esteira de NICOLA PICARDI, se discricionariedade é o poder de fazer uma escolha entre duas ou mais alternativas, ainda que sejam todas elas válidas, necessariamente o julgador não estará autorizado a optar entre cada uma livremente, mas apenas algumas de tais opções.<sup>217</sup> Inexiste, é preciso ressaltar, uma vinculação obrigatória no poder do julgador a determinada opção no momento de concretização da norma jurídica. Tampouco é tal poder absoluto, uma vez que a própria jurisdição encontra vinculação ao ordenamento jurídico.<sup>218</sup>

Ao decidir, portanto, deve o juiz indicar os motivos que o levaram a optar por determinada solução jurídica e evidenciar aqueles que foram rejeitados ainda que democraticamente válidos. Certamente, após a primeira decisão, haverá um *leading case* (precedente), que deverá ser utilizado em decisões posteriores como solução para o caso concreto, de modo a limitar a discricionariedade dos julgadores futuros de casos similares. Não obstante, parece certo que a liberdade do magistrado que decidiu em primeiro lugar resultou na criação de uma norma para o caso concreto.

A indagação que surge de tal movimento de criação é exatamente como controlar a discricionariedade do magistrado. Isso porque, nos demais poderes, a discricionariedade dos agentes é fiscalizada pelo Poder Judiciário. Como se conformará o controle do ato discricionário do Poder Judiciário? Segundo NICOLA PICARDI, a discricionariedade judicial não é absoluta, nem deve ser, uma vez que qualquer poder exercido de forma absoluta tende ao absolutismo. Entretanto, a discricionariedade judicial encontra alguns controles externos, que a caracterizam enquanto limitada e controlável. Limitada porque, no momento de aplicação da norma jurídica, ao utilizar as técnicas de hermenêutica, o julgador está adstrito à imparcialidade e razoabilidade. Ao elaborar o seu raciocínio argumentativo, o julgador permite a demonstração

---

<sup>216</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione...* Op. Cit., p. 194.

<sup>217</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione...* Op. Cit., p. 194.

<sup>218</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione...* Op. Cit., p. 195.

de sua objetividade na aplicação da lei.<sup>219</sup> Por sua vez, o controle da discricionariedade é feito por meio da publicidade dos atos judiciais e a obrigatoriedade da fundamentação. Aqui merece destaque, para os fins do presente trabalho, a importância do dever de fundamentar como instrumento de controle da discricionariedade judicial. Parece certo que o controle da discricionariedade do julgador se faz por meio da fundamentação das decisões judiciais.

### 3.1.3 – O *Judicial Review* Norte-Americano

Qualquer análise sobre o denominado ativismo judicial não pode deixar de debruçar-se sobre a experiência jurídica dos Estados Unidos da América. Por se tratar do país onde foi criada a primeira – e mais estudada – corte constitucional do mundo, bem como local onde teve origem o controle de constitucionalidade, tal fenômeno tem antigo assento nas discussões doutrinárias e permite o enriquecimento do debate.

Conhecido como *judicial review*, o problema do limite da atuação da Corte Constitucional no controle dos demais poderes é conhecido desde o início do Século XIX. Com efeito, partindo da famosa decisão proferida em 1808 pelo Juiz Marshal no caso *Marbury v. Madison*, a literatura especializada norte-americana deu início à discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, destacadamente quanto à possibilidade de uma corte de Direito decidir questões pertinentes à esfera política.

Na verdade, perceptível que ao longo dos mais de 200 anos de debates, partiu-se do problema de legitimidade do Judiciário para controlar, considerando parâmetros constitucionais, as decisões políticas dos demais Poderes, para atingir a temática da possibilidade de interferência e ingerência de questões que tradicionalmente eram consideradas competência exclusivas do Poder Executivo e Legislativo. Considerando tal padrão histórico, conforme aponta CHRISTOPHER WOLFE, é possível identificar três estágios distintos do *judicial review* no Direito norte-americano.<sup>220</sup>

O primeiro estágio, denominado “*tradicional era*”, tem início com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos até o ano de 1890. Em tal período, a única preocupação dos *justices* era garantir a supremacia da constituição em face das demais leis. Havia assim o intuito

---

<sup>219</sup> PICARDI, Nicola. *La Vocazione...* Op. Cit., p. 198-199.

<sup>220</sup> WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from Constitutional Interpretation to Jude-Made Law...* Op. cit., p. 3-11.

de cumprir os desígnios definidos pelos *founding fathers*. Porém, inexistia nessa fase a intenção de se fazer aparecer o exercício da jurisdição ou de se reforçar o papel do juiz.<sup>221</sup>

No segundo estágio, chamado “*transitional era*”, é perceptível a influência do liberalismo econômico na Suprema Corte. Compreendida entre os anos de 1890 até 1937, tal período é marcado pela defesa da propriedade e limitação da ação do Estado em face das relações privadas, que denota um caráter eminentemente conservador da Corte. CLARISSA TASSINARI aponta um interessante exemplo sobre a atuação da *Supreme Court* na era de transição:

Um dos mais famosos casos julgados nesse período foi o *Lochner v. New York*, no qual a Suprema Corte reconheceu que o poder de legislação dos Estados deveria ser limitado, motivo pelo qual, em face da liberdade de contratar, o Estado de Nova Iorque não estaria autorizado a expedir uma lei que fixasse a jornada máxima de trabalho em padaria. Com isso, abria-se espaço para que a Corte tivesse liberdade para invalidar aquela lei que considerasse intrusiva demais na política econômica do Estado.<sup>222</sup>

Por fim, no terceiro estágio, denominado por WOLFE como “*modern era*”, iniciado após 1937, tem como principal característica o protagonismo judicial, no qual os julgadores reconhecem a necessidade de *reescrever* o direito, dando origem ao *jude-made law*. Parece evidente, portanto, que também nos EUA o ativismo é percebido como atuação anormal do Poder Judiciário, destacadamente em detrimento do Poder Legislativo.<sup>223</sup>

Todavia, considerando ser ele um país de *common law*, a identificação do que poderia ser denominada uma atuação *ativista* da magistratura, que seria passível de repreensão pela literatura especializada, é relativamente diversa daquela verificada nos países de *civil law*. Isso porque, desde sua origem remota, é perceptível a proximidade existente entre a atuação do julgador e do legislador quanto à produção das normas jurídicas.<sup>224</sup> Aponta MAURO

<sup>221</sup> WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from Constitutional Interpretation to Jude-Made Law...** *Op. cit.*, p. 5.

<sup>222</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário...** *Op. cit.*, p. 88. E complementa a mencionada autora: “*Convém mencionar que a decisão da Suprema Corte de não se poder legislar sobre questões de política econômica estava assentada no direito de propriedade, que, para dar uma roupagem jurídica a seu entendimento, a corte afirmava ser decorrente de um direito natural ou, inclusive, de uma leitura adequada da Constituição (e percebe-se que ainda se pode encontrar resquícios da tradicional era). Isso foi alvo de duras críticas feitas pelo realismo jurídico, que, partindo da ideia de que todos os julgamentos possuem caráter legislativo, afirmava que a defesa do direito à propriedade não passava de uma decisão judicial (novamente, uma questão de will), não possuindo nem relação com o direito natural, nem com a Constituição.*”

<sup>223</sup> WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from Constitutional Interpretation to Jude-Made Law...** *Op. cit.*, p.10.

<sup>224</sup> Interessante destacar que HANS Kelsen (*in: Teoria Pura do Direito...* *Op. cit.*, p. 268) já identificava a função criativa dos tribunais: “*A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes.*”

CAPPELLETTI que, em tal sistema, não se trata de diferença qualitativa de atuações, mas sim quantitativa.<sup>225</sup> Ao estabelecerem um precedente, ou mesmo reconhecerem o *overruling* – que será melhor explicitado no item sobre a teoria dos precedentes – as cortes nos países de *common law* atuam com a discricionariedade do legislador, uma vez que estabelecem uma regra abstrata disciplinadora de condutas futuras.<sup>226</sup> Ademais, os atos normativos emanados pelo Poder Legislativo somente serão integrados ao ordenamento jurídico após a definição de seu alcance por meio de decisões judiciais.<sup>227</sup>

Por isso mesmo, não se verifica em tais países a conotação negativa que acompanha a expressão “ativismo judicial” no Brasil. O *judicial review* é percebido enquanto mecanismo de adaptação do direito às demandas sociais, bem como abertura para novas pautas axiológicas, em manifesta oposição à posição passiva de respeito exagerado aos precedentes passados ou opções do legislador.

Acrescente que tal posicionamento também é incentivado pela própria limitação do texto constitucional americano. Considerando que a Constituição Americana possui apenas 7 artigos e 27 emendas, o material sobre o qual a Suprema Corte pode fazer o controle de constitucionalidade é manifestamente reduzido. Não obstante, o texto constitucional, em seu conteúdo, é abrangente e de linguagem abstrata.<sup>228</sup> Em razão disso, surgiu no âmbito da literatura especializada norte-americana uma distinção entre a defesa dos direitos enumerados, entendidos como aqueles expressos no texto constitucional, e os não enumerados, decorrentes de uma interpretação expansiva da norma constitucional. Assim, pode-se afirmar que parte da doutrina defende que a Suprema Corte somente pode aplicar os direitos enumerados, enquanto outra parte sustenta que as decisões podem ser elaboradas com fundamento em direitos não escritos na Constituição. Parece certo afirmar que tal debate tem como pano de fundo exatamente a deliberação sobre os limites da atuação do Poder Judiciário e sua capacidade de criar o Direito.

<sup>225</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**... *Op. cit.*, p. 21.

<sup>226</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**... *Op. cit.*, p. 110.

<sup>227</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 347. Entretanto, aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS (*in: Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*... *Op. cit.*, p. 111) que não há equiparação entre as duas funções: “*Não obstante, por vezes, nos sistemas de common law as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (in fieri) balizadores de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva.*”

<sup>228</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**... *Op. cit.*, p. 79.

Neste diapasão, é importante mencionar o trabalho de LAURENCE H. TRIBE, denominado “*The Invisible Constitution*”.<sup>229</sup> Partindo da premissa da limitação textual da Constituição Americana, o referido autor sustenta que a Suprema Corte é convocada a decidir sobre matérias diversas, que não necessariamente possuem uma resposta na própria constituição. Por conseguinte, mostra-se necessário perceber que existe um texto constitucional, visível a todos, com um corpo normativo próprio e, ao seu lado, uma constituição invisível, que permite a complementação e atualização daquela, sem que seja necessária a elaboração de quaisquer novas emendas. A tese sustentada por TRIBE possui inúmeras vantagens ao aplicador do direito, pois amplia a incidência do controle de constitucionalidade – e, por conseguinte, do *judicial review* – a matérias que não estão materialmente previstas na Constituição Americana. Contudo, merece maior destaque a possibilidade de evidenciar as diferenças existentes entre o texto constitucional, a compreensão que emerge dele e a sociedade que se pretende regular. E, sobre o tema ora estudado, traz ainda mais contribuição. Ora, considerando que o ativismo judicial é a atuação da jurisdição para além dos limites que foram estabelecidos na separação de poderes, quando se reconhece uma normatividade fora do texto legal, é evidente que os poderes atribuídos ao Poder Judiciário se ampliam. Com efeito, TRIBE propõe que seu objeto de estudo é explorar a substância da constituição e o que está na órbita da constituição, mas não é visto. Para o tema ora proposto, a contribuição de TRIBE é de suma relevância para evidenciar o papel normativo que as cortes constitucionais assumem, excedendo de forma clara o texto sobre o qual deveriam ater-se.

Não obstante, parece evidente que os parâmetros para a análise de eventual abuso da jurisdição em detrimento dos demais poderes não podem ser facilmente importados da experiência norte-americana. Até mesmo porque a discussão sobre o ativismo judicial, como aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS, tende a se deslocar da Teoria Geral do Direito para a Filosofia Política, “*em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.*”<sup>230</sup>

Ainda, assim, permanece o debate norte-americano sobre os limites da atuação jurisdicional<sup>231</sup> como importante fonte de estudo para compreender o fenômeno do ativismo judicial.

---

<sup>229</sup> TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>230</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 113.

<sup>231</sup> Ver BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 15-16.



### 3.1.4 – Origem do Ativismo Judicial no Brasil

Parece seguro afirmar que o ativismo judicial teve um considerável aumento nos últimos anos, destacadamente após a promulgação da Constituição de 1988.<sup>232</sup> Diversas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, destacadamente o STF, evidenciam a atuação fora dos limites institucionais esperados do Poder Judiciário em um país de *civil law*. Matérias como a perda do mandato em razão da desfiliação partidária, restrição à nomeação de parentes de funcionários públicos para exercer cargos de confiança, exercício do direito de greve, desaposentação, dentre diversas outras decisões, demonstram a atuação considerada ativista das Cortes brasileiras.

Entretanto, nenhuma análise do ativismo judicial será completa se olvidar o estudo das causas que motivaram o incremento da atividade jurisdicional brasileira em detrimento dos demais Poderes. Até mesmo porque tais fatores de expansão apenas servirão como reforço na necessidade de reconstruir a técnica da fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, cabe agora evidenciar as prováveis causas do ativismo judicial no Brasil.

Dentre as principais origens do fenômeno ora estudado, é possível apontar o intervencionismo do Estado brasileiro. As primeiras decisões que se adequam ao conceito de ativismo judicial ora adotado surgiram no Brasil após a Constituição de 1934,<sup>233</sup> que tinha como uma de suas principais características a promoção do Estado-Social (*welfare state*). Tal modelo de Estado, diversamente do Estado Liberal, como visto, tem como finalidade a promoção dos direitos sociais que são constitucionalmente elencados, intervenção estatal em diversos setores da economia, dentre outras.<sup>234</sup> Tem ele como característica o predomínio do Poder Executivo sobre os demais, com vistas a efetivar os preceitos reconhecidos nos textos constitucionais. No Estado Social, via de regra, deve o Poder Judiciário atuar no controle de constitucionalidade e/ou legalidade dos atos do Poder Executivo. Porém, o que se percebeu foi algo diverso. Também o Poder Judiciário foi colocado na posição de garantir a promoção dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.<sup>235</sup> Afirma CELSO FERNANDES CAMPILONGO que:

A complexidade da divisão de poderes fica ainda mais evidente se, ao lado dos dois diferentes modelos de Judiciário concebidos pela teoria e pela prática constitucional

---

<sup>232</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia...** *Op. cit.*, p. 18.

<sup>233</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 283.

<sup>234</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 284.

<sup>235</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia...** *Op. cit.*, p. 22.

modernas, o enfoque foi combinado com um estudo comparativo da relação entre os três Poderes no Estado liberal (século XIX), no Estado social (século XX) e na atual situação de redefinição das funções do Estado, ou seja, na chamada “crise” do Estado social.<sup>236</sup>

Desde então, em maior ou menor grau, ressalvados os períodos ditatoriais, as Constituições brasileiras previram direitos sociais. Por conseguinte, é seguro afirmar que o próprio modelo de *welfare state* deu origem ao ativismo judicial, que tomou novas dimensões após a Constituição Federal de 1988. Cabe ao Poder Judiciário efetivar, de forma imediata e independente de verificação sobre a existência dos recursos ou quaisquer outros elementos empíricos de delimitação, os direitos sociais reconhecidos universalmente ou para determinados grupos. A atuação criativa dos magistrados é causada, como afirma MAURO CAPPELLETTI, pela nova compreensão da função do Direito na sociedade de bem-estar:

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.<sup>237</sup>

Alguns problemas, no entanto, surgiram de tal prática. Com o intuito de garantir o programa social reconhecido na constituição, os magistrados “queimam etapas” e desconsideram limites estabelecidos pelo próprio legislador ou pela escassez de recursos disponíveis para o Estado.<sup>238</sup> Assim, mesmo as decisões mais bem intencionadas podem gerar a desorganização financeira do Estado e causar a redução de serviços igualmente garantidos na constituição.<sup>239</sup> Não obstante, o ativismo judicial tem como uma de suas fontes o intervencionismo estatal.

Aponta a literatura especializada outra causa para o ativismo judicial, a saber, a expansão do controle abstrato de leis. Com efeito, em razão do aumento da atuação estatal, também decorrentes do Estado intervencionista, houve um correlato aumento na produção legislativa. Novos textos legais foram produzidos para regular diversos setores da sociedade anteriormente desprovidos de regulamentação própria. Tais leis, por vezes, são elaboradas em desacordo com o procedimento previsto pela Constituição, ou mesmo têm em seu texto

<sup>236</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial...** *Op. cit.*, p. 31.

<sup>237</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?...** *Op. cit.*, p. 42.

<sup>238</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 286.

<sup>239</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia...** *Op. cit.*, p. 24

disposições que violam preceitos constitucionais. Em razão disso, emerge para o Poder Judiciário uma nova função, concernente ao controle de constitucionalidade dos textos legais. E o referido controle importa uma atividade jurisdicional muito próxima da atividade legislativa, resultando em ativismo judicial. Ora, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos *erga omnes*, bem como admite a modulação dos seus efeitos temporais.<sup>240</sup> Com isso, torna-se cada vez mais cinzenta a distinção entre a atividade jurisdicional e a atividade legislativa. Interessante ressaltar que, com o passar dos anos, as soluções de controle concentrado de constitucionalidade tendem a diminuir com a consolidação democrática das Cortes Constitucionais. Sobre o tema, assim afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS:

A descoberta desse instrumental, relativamente recente no constitucionalismo, tende a provocar certo “deslumbramento” em Cortes Constitucionais jovens ou em tribunais consagrados, que passem a exercer mais intensamente o controle de constitucionalidade. Apenas o amadurecimento institucional, e o *self-restraint* que sempre o acompanha, fornece o antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como sucedeu no sistema de controle europeu.<sup>241</sup>

Lado outro, aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS outra causa do ativismo judicial, de origem teórica, a saber, o “neoconstitucionalismo”. Tal posicionamento doutrinário teria como fundamento, segundo aponta LUIZ ROBERTO BARROSO,<sup>242</sup> na identificação de três pontos de evolução da teoria constitucional, quais sejam: (i) reconhecimento da força normativa da constituição, (ii) expansão da jurisdição constitucional e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da Constituição. Tal corrente, supostamente de matriz pós-positivista, tem como característica a “*superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo*”.<sup>243</sup> Com isso, permitiu-se uma nova forma de interpretação da Constituição, preocupada com a concretização dos valores morais elencados na ordem constitucional, que sobrevaloriza os princípios constitucionais.

Considerando os seus fundamentos, o neoconstitucionalismo sofreu diversas críticas, por autorizar o afastamento de uma regra constitucional em favor de um princípio, inserindo no ordenamento jurídico um subjetivismo que não coaduna com a necessidade de segurança

<sup>240</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 292.

<sup>241</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 293.

<sup>242</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso no dia 2/10/2016, p. 6.

<sup>243</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *Op. cit.*, p. 6.

jurídica.<sup>244</sup> Não obstante, o neoconstitucionalismo serviu como fundamento teórico para a atuação dos Tribunais, destacadamente do STF, de forma manifestamente anômala, uma vez que permite um controle de constitucionalidade/legalidade de forma amplíssima, de modo a colocar a atividade legislativa em detrimento da atividade jurisdicional.

Ademais, importante apontar a atividade normativa do STF e STJ com a edição de súmulas. Não caberia, no escopo do presente trabalho, demonstrar os inúmeros problemas decorrentes da adoção de tal modelo de normatividade pelos Tribunais brasileiros.<sup>245</sup> Entretanto, merece destaque o fato de que se trata de evidente elemento de criação normativa por parte dos tribunais. Aponta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que as súmulas vinculantes têm natureza normativa, e as classifica enquanto “função paralegislativa” do Poder Judiciário.<sup>246</sup> Sintetiza RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

Percebe-se dos subsídios doutrinários que reconhecem uma força obrigatória, ou praticamente normativa, na jurisprudência assentada pelos Tribunais de cúpula, que o advento da súmula vinculante vem alterar, em profundidade, o contexto jurídico-político preexistente, não se reduzindo, pois, a uma inovação de natureza tão-somente processual, na medida em que o paradigma jurídico nacional, regular de condutas presentes e futuras, passa a ser buscado não apenas na norma legal, mas também nos estratos da jurisprudência dominante.<sup>247</sup>

Assim, com a justificativa de atingir-se uma segurança jurídica e coerência do sistema, foi concedido aos tribunais elaborarem uma norma geral, abstrata, para os casos futuros, com conformações idênticas aos textos legais elaborados pelo Poder Legislativo.<sup>248</sup>

Acrescente-se, por fim, que o modelo de representação, adotado pelo Poder Legislativo, permite a composição do Congresso Nacional, em sua maioria, por membros

---

<sup>244</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 97. O referido autor afirma que: “*Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra do mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional). Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve ser.*”

<sup>245</sup> Sobre o tema, ver BUSTAMANTE, Thomas. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais ao contribuinte**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>246</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.

<sup>247</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 336.

<sup>248</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...** *Op. cit.*, p. 312.

oriundos das classes mais conservadoras da sociedade, como é possível atestar por meio da representatividade de setores da economia, tais como o agronegócio, o sistema financeiro e o ramo imobiliário entre os deputados federais e senadores. Além disso, é perceptível a influência de setores mais organizados da sociedade, como os representantes de denominações evangélicas. Em consequência, as deliberações legislativas são reflexo do conservadorismo dessas bancadas e podem ocasionar retrocessos a direitos constitucionalmente reconhecidos.

Em síntese, tais são os elementos que compõem a origem remota do ativismo judicial que hoje se apresenta no Poder Judiciário.

### 3.2 - O CPC de 2015 e o Sistema de Precedentes: *Common Law* à Brasileira

Não obstante, outro fenômeno deve ser bem elucidado para justificar a urgência de adequação da técnica de fundamentação das decisões judiciais no Brasil.

Com fundamento na obra de RENE DAVID, podem-se distinguir os sistemas<sup>249</sup> jurídicos ocidentais em dois grandes grupos. De um lado, encontram-se os ordenamentos romano-germânicos, mais conhecidos como sistema de *civil law*. De outro lado, os ordenamentos anglo-saxônicos, também denominados *common law*.<sup>250</sup>

O sistema de *civil law* pode ser definido como aquele que traduz da melhor forma a tradição do Direito Romano. Nele, a construção das regras de direito é feita de modo abstrato, sendo as leis dotadas de certo grau de generalidade, com a simplificação das condutas, distantes do caso concreto que pretendem resolver. Segundo afirma MISABEL DERZI, trata-se de característica que pode ser denominada de tipificação das condutas:

---

<sup>249</sup> Optamos pela nomenclatura “sistema”, tal qual preconizado por RENÉ DAVID (*in: Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo... Op. cit.*, p. 17). A palavra “sistema” deve ser entendida como *ordenação e unidade* (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12). Em sentido diverso, HERMES ZANETI JR. (*in: O Valor Vinculante dos Precedentes... Op. cit.*, p. 45), sustenta que o vocábulo “tradição” explicita melhor a ideia de identificação dos diversos sistemas jurídicos nacionais: “Adota-se aqui a denominação ‘tradição’, proposta por Merryman em substituição à denominação ‘sistema’, proposta por René David. Essa atitude impõe-se para evitar a confusão entre os modelos apresentados e os sistemas jurídicos internos, bem como para facilitar a aproximação das linhas mestras dos diversos sistemas nacionais.”

<sup>250</sup> Afirma BARBOSA MOREIRA (*in: Temas de Direito Processual Civil*. 9ª Serie. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41) que: “Semelhante divisão, vale ressaltar, não há de ser concebida em termos estáticos. Tem o sabor do óbvio o asserto de que os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução – nos dias que correm, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempos. Ao estudioso não é lícito deixar de tomar em consideração esse dinamismo. Semelhanças e dessemelhanças podem aumentar e diminuir, quicá desaparecer. Nem é necessária, às vezes, uma expressa reformulação de textos legais. À margem deles, mudanças culturais fazem sentir-se na maneira de compreender e valorar comportamentos humanos. A interpretação e aplicação das normas jurídicas não escapa a esse processo evolutivo. É oportuno, para não dizer indispensável, que de vez em quando se retornem as comparações, a fim de verificar se ocorreram modificações capazes de tornar obsoletas posições clássicas, ou se – e em que medida – ainda é possível reputá-las válidas.”

Tipificar tem o sentido amplo de abstrair as particularidades individuais, para colher o que é comum ou repetitivo. Tipo será, então, o que resultar desse processo de abstração generalizante, vale dizer, a forma média ou frequente, ou aquela especificamente representativa, ou ainda, o padrão normativo ideal.<sup>251</sup>

Não sem razão, o pensamento tipificante tem assento garantido no ordenamento jurídico, uma vez que permite uma simplificação e padronização da aplicação da norma jurídica, para atender ao princípio da praticidade e permitir que tenha ela maior porosidade. Ao adotar essa concepção na elaboração da norma jurídica, o sistema de *civil law* cria as bases para a emergência dos códigos. Sendo assim, nos ordenamentos jurídicos que adotam tal sistema, assume a lei, primazia entre as fontes do direito.<sup>252</sup> Por isso, deve o jurista procurar o apoio das suas conclusões nas disposições existentes nos códigos e nas constituições escritas.<sup>253</sup> Estará no direito escrito, portanto, a solução mais justa para cada situação fática a ser dirimida.

Por sua vez, a característica essencial do sistema de *common law*, originado e desenvolvido na Inglaterra, posteriormente disseminado para as suas colônias, consiste na prevalência da jurisprudência em detrimento das outras fontes de direito. Diferentemente do que ocorre no direito continental europeu, a lei (*stricto sensu*), também conhecida como *statute*, tem apenas uma função secundária, atuando como complemento “à obra da jurisprudência”.<sup>254</sup>

No Direito Processual também é possível identificar diferenças entre os sistemas, destacadamente quanto à instrução probatória.<sup>255</sup> Enquanto no sistema de *common law* a tarefa de produção das provas cabe aos advogados, no sistema de *civil law* percebe-se uma preponderância da condução judicial. O primeiro procedimento é chamado *adversarial* (*adversary system*). Já o segundo, processo *inquisitorial*.

Em princípio, conforme os delineamentos acima apresentados, bem como considerando a histórica influência da colonização portuguesa, é o Direito brasileiro classificado enquanto pertencente ao sistema de *civil law*. Entretanto, após o início da década

<sup>251</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. 2007. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 70.

<sup>252</sup> Cabe destacar que se mostra tarefa das mais tormentosas a correta hierarquização das fontes do direito no sistema de *civil law*. Afirma RENÉ DAVID (in: **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...** *Op. cit.*, p. 87) que: “*Expor a teoria das fontes do direito, que é dominante no âmbito da família romano-germânica, constitui uma empresa difícil. As concepções originárias do direito romano, quanto a este ponto específico, foram completamente reformadas na nossa época; não são elas que podem servir para estabelecer uma base comum. Os direitos que constituem a família romano-germânica são múltiplos, e cada um deles possui, em confronto com os outros, a sua originalidade.*”

<sup>253</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...** *Op. cit.*, p. 93.

<sup>254</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...** *Op. cit.*, p. 331. Ver também, LOPES, José Reinaldo Lima. **Uma Introdução à História Social e Política do Processo**. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 370.

<sup>255</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9ª Série... *Op. cit.*, p. 41.

de 90 do século passado, inúmeros mecanismos foram inseridos no CPC de 1973, com vistas a retirar os entraves e, em determinado grau, acelerar a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias superiores. A preocupação com a melhora da técnica procedimental objetivou a diminuição da litigiosidade e a inviabilização das causas de violações de direito que são dirimidas por meio do processo.<sup>256</sup> Assim, foram incluídas no sistema jurídico a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, a criação da fase de cumprimento de sentença (processo sincrético), as alterações no regime do recurso de agravo contra decisão interlocutória, a súmula vinculante e a repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dentre outras.

Nessa esteira, um novo Código de Processo Civil foi discutido e aprovado nas Casas do Poder Legislativo. Nota-se no novo diploma a inserção de institutos originários do sistema de *common law*, com especial relevo na valorização das decisões proferidas pelos tribunais superiores.<sup>257</sup> Em tal contexto, verifica-se a inclusão dos artigos 926, 927 e 928. De forma revolucionária, foi estabelecido, no art. 926, que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*”

Diante de tais considerações, parece certo afirmar que o sistema de Direito brasileiro não mais se insere, de forma preponderante, no sistema de *civil law*.<sup>258</sup> Não que tal fenômeno seja exclusividade da experiência jurídica brasileira, destacadamente nas últimas décadas do século XX, a percepção da convergência entre os sistemas. As possibilidades advindas da

---

<sup>256</sup> Nesse sentido, afirma DIERLE NUNES (*In: Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva: a litigância de interesse público e as Tendências não Compreendidas de Padronização Decisória. Revista de Processo*. Vol. 199, p. 45-64. São Paulo: RT, 2011, p. 45): “*A análise dos processualistas arraigada aos textos legislativos e a compreensão das técnicas vem se mostrando ineficiente do ponto de vista de legitimidade e de operatividade do sistema jurídico, eis que tal postura somente permite a busca por soluções técnicas para as consequências (alta litigiosidade, utilização de litigiosidade de interesse público, utilização de jurisdição como espaço contra-majoritário, entre outras), mas não viabiliza o trato das causas que induzem a profusão de demandas e a utilização do processo.*”

<sup>257</sup> Afirma ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e ALINE HADAD LADEIRA (*In: O Precedente Judicial em Paralelo a Súmula Vinculante: Pela (Re)Introdução da Faticidade no Mundo Jurídico. In: Revista de Processo*. Vol. 234, Ago/2014, São Paulo: RT, p. 277): “*É de se ver que as várias reformas legislativas ocorridas em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas permitiram a entrada de institutos incomuns à tradição do civil law, inspirando, sobretudo, na valorização do precedente oriundo do common law. Basta ver, por exemplo, a edição da EC 45/2004 que institui entre nós a denominada súmula vinculante (art. 103-A da CF/1988), além das reformas legislativas do Código de Processo Civil que instituíram as denominadas súmulas obstativas de recurso ou, ainda, deram poderes ao relator para prover (ou não) monocraticamente recurso quando haja súmula ou jurisprudência dominante.*”

<sup>258</sup> Não obstante, a própria tese da separação dos sistemas entre *common law* e *civil law* sofre críticas de diversos autores. Como afirma HERMES ZANETI JR. (*in: O Valor Vinculante dos Precedentes... Op. cit.*, p. 45): “*A tese da autonomia metodológica entre o common law e o civil law está baseada em falsas premissas. Muito embora seja repetida por expressiva doutrina comparatista como um dado consolidado, a autonomia metodológica das tradições jurídicas pressupõe, na verdade, uma comparação equivocada entre interpretação/aplicação da lei e interpretação/aplicação do precedente. Como é evidente, partindo-se da compreensão de que são métodos de trabalho diferentes, tal comparação não pode prevalecer. Assim como não se comparam peras e uvas apenas porque são frutas, não se podem comparar a interpretação/aplicação de leis com a interpretação/aplicação de precedentes, apenas porque seu resultado são decisões judiciais.*”

globalização e facilidades da comunicação permitiram um maior intercâmbio de informações entre os sistemas jurídicos que antes se encontravam distantes. Experiências bem sucedidas em cada um deles eram rapidamente compartilhadas e, em alguns casos, copiadas. Por um lado, nos países de *common law*, discute-se a possibilidade de codificação de seu ordenamento, ainda que a referida codificação seja condicionada a alguns ramos específicos, como o direito processual, tal qual ocorreu na Inglaterra após a edição do *Civil Procedure Rules* – CPR, em 1999.<sup>259</sup> Lado outro, nos países de *civil law*, como visto, o Poder Judiciário deixou sua posição passiva de mera “*bouche de la loi*” para, de forma propositiva, deliberar sobre os direitos da população.

Sendo assim, necessário se faz algumas considerações sobre o sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015, com vistas a justificar a modificação do método da fundamentação das decisões judiciais.

### 3.2.1 – Teoria dos Precedentes: A Aplicação do *Stare Decisis* nos sistemas de *Common Law* e no de *Civil Law*

O ato de seguir as decisões pretéritas, proferidas pelos Tribunais, possui longa tradição no Direito brasileiro. Ainda que inserido na tradição do *civil law*, é possível notar o traço de vinculação às decisões judiciais característico do *common law*. Desde a lusitana figura dos “assentos”, cujo ancestral pode ser identificado no instituto do direito português denominado “façanha”,<sup>260</sup> inserida nas Ordenações Filipinas e mantida durante o Brasil Imperial, “*a jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos.*”<sup>261</sup>

Todavia, a despeito de sua contínua importância, a teoria jurídica dos precedentes foi pouco – ou quase nada – desenvolvida na literatura especializada do Brasil durante os séculos XIX e XX. Aponta THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE, ao acompanhar o posicionamento de LUÍS ROBERTO BARROSO, que “*vigorava na tradição romano-germânica um modelo de Estado Legislativo assentado sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da*

---

<sup>259</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos Processos Judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nº 66, jan/jun, 2015, p. 291-326.

<sup>260</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 23.

<sup>261</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: Uma escalada e Seus Riscos. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300. Interessante destacar que a “súmula da jurisprudência dominante”, criada em 1963 pelo STF, teve como propósito principal atenuar o problema, já existente à época, da sobrecarga de trabalho dos ministros do referido tribunal.



*legalidade (...).*<sup>262</sup> Por conseguinte, na tradição brasileira do *civil law*, poucas eram as ferramentas metodológicas para a interpretação e aplicação dos precedentes.<sup>263</sup> Sendo assim, diante da já apontada inserção de instrumentos processuais do *common law* em nossa sistemática no final do século XX, foi necessário volver para a experiência dos países filiados ao referido sistema de Direito, de modo a aproveitar, naquilo que fosse possível, o seu cabedal teórico.

Com efeito, naquela tradição jurídica, preocupados com as garantias de segurança e de previsibilidade do ordenamento jurídico, a literatura especializada tentou racionalizar o uso dos precedentes, por meio da doutrina do *stare decisis*.<sup>264</sup> Em tempo, importante destacar que no *common law* inexistiu sinonímia entre “doutrina dos precedentes” e *stare decisis*.<sup>265</sup> Como apontam ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e ALINE HADAD LADEIRA, a eficácia vinculante dos precedentes tem recente assento no *common law*, que existiu por séculos sem o *stare decisis*.<sup>266</sup> Dito isso, necessário esclarecer o seu conceito. Até mesmo porque nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente vinculante, ou seja, uma decisão com o denominado *binding effect*. Para que ela atinja tal condição, deve ser dotada de determinadas características específicas que a distinguem das demais manifestações judiciais.

Aponta JIN EVANS que a doutrina do precedente consolidou-se na Inglaterra no século XIX.<sup>267</sup> No final do século XVIII, era reconhecida a prática de seguir o precedente, identificado como importante o suficiente para servir de referência para as decisões posteriores. Mas a doutrina do *stare decisis* ainda não estava vigente, uma vez que não haviam sido identificadas as suas regras de aplicação e as situações nas quais o precedente era estritamente vinculativo ou poderia ser afastado.<sup>268</sup>

Neste diapasão, interessante notar que, durante a primeira metade do século XIX, por influência do Positivismo Jurídico que floresceu na Inglaterra à época, que reconhecia um

<sup>262</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 252.

<sup>263</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 252.

<sup>264</sup> Sobre o tema, afirmam ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e ALINE HADAD LADEIRA (in: **O Precedente Judicial em Paralelo a Súmula Vinculante...** *Op. cit.*, p. 280): “*Como consectário lógico de uma tradição de direito jurisprudencial, a doutrina do stare decisis foi estabelecida com o propósito de racionalizar o uso dos precedentes e, como consequência, conferir certeza ao sistema jurídico. Sua forma e concepção moderna remontam essencialmente do Direito inglês como consequência direta das falhas procedimentais da doutrina do precedente (anterior ao stare decisis).*”

<sup>265</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito... *Op. cit.*, p. 21.

<sup>266</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad Ladeira. **O Precedente Judicial em Paralelo a Súmula Vinculante...** *Op. cit.*, p. 282.

<sup>267</sup> EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century... *Op. cit.*, p. 35.

<sup>268</sup> EVANS, Jim. **Change in the Doctrine of Precedent...** *Op. cit.*, p. 45.

restrito poder criador do juiz,<sup>269</sup> o precedente no *common law* encontrava o seu elemento vinculante na autoridade da corte que proferiu a decisão, independente da sua fundamentação.<sup>270</sup> De acordo com essa visão, defendida inicialmente por BLACKSTONE, o *common law* era composto apenas pelos costumes do reino *declarados* pela corte.<sup>271</sup> Além disso, a teoria então vigente sustentava que em cada decisão era possível identificar apenas uma *ratio decidendi*.<sup>272</sup> Apesar dos problemas decorrentes de tal posicionamento, identificado enquanto “teoria declaratória” dos precedentes, é notável a consolidação da teoria do *stare decisis* no final do século XIX, no sentido de que cada corte estava vinculada aos precedentes das cortes superiores e as cortes superiores estavam vinculadas aos seus próprios precedentes.<sup>273</sup>

Em contrapartida, outra teoria surgiu como resposta à teoria declaratória. Percebeu-se que as cortes, ao decidirem o caso concreto, não só declaravam o direito, mas também o criavam.<sup>274</sup> JEREMY BENTHAM – mordaz defensor da codificação na Inglaterra – e AUSTIN demonstraram os problemas do *common law* decorrentes da incerteza de um sistema que, na verdade, poderia ser definido como “*judge-made law*”. A ficção construída pela Teoria

<sup>269</sup> Nesse sentido, afirma THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE (in: **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 253): “O poder de criação do Direito reconhecido pelo Positivismo aos juízes levou a uma abordagem muito estreita dos precedentes judiciais. Já que os juízes não encontravam limites ao seu poder de criação normativa, tornou-se necessário interpretar as regras jurisprudenciais de modo estrito.”

<sup>270</sup> Afirma THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE (in: **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 284): “A teoria positivista do precedente judicial não precisou tecer quaisquer considerações metodológicas sobre a força dos precedentes judiciais porque partiu da premissa, que permaneceu inquestionável durante todo o período de vigência dessa teoria, de que os precedentes constituem fontes do Direito.” Sobre o tema, JIM EVANS (in: **Change in the Doctrine of Precedent...** *Op. cit.*, p. 36) nos lembra que: “Os acontecimentos dramáticos neste período ocorrem no final do mesmo: eles são os primeiros estágios na evolução da regra que a Câmara dos Lordes está vinculada às suas próprias decisões, e o crescimento do rigor exercido pelos tribunais em um nível inferior em relação às decisões dos tribunais do mesmo nível.” Tradução livre de: “The dramatic developments in this period occur towards the end of it: they are the first stages in the evolution of the rule that the House Of Lords is bound by its own decisions, and the growth of increasing strictness by courts at a lower level towards decisions of courts at the same level.”

<sup>271</sup> Ademais, acrescenta JIM EVANS (In: **Change in the Doctrine of Precedent...** *Op. cit.*, p. 36) que: “Nunca ficou claro sobre este ponto de vista se o que os tribunais estavam declarando tinha conteúdo detalhado de uma prática original, ou o que era coerente com o espírito deste costume. Essa falta de clareza pode ser tolerado porque a crença foi, em qualquer caso, uma ficção em que não mais que o valor convencional foi pago. A ficção foi feita viável pelo fato de que, em sua maior parte, não havia nenhuma evidência deste costume original, exceto as decisões dos tribunais; e por mais ficção que, quando uma decisão posterior se recusasse a seguir uma decisão anterior que apenas pretendia declarar o feito sob encomenda original com mais precisão.” Tradução livre de: “It was never made plain on this view whether what the courts were declaring was detailed content of an original custom, or that which was consistent with the spirit of this custom. Such lack of clarity could be tolerated because the belief was in any event a fiction to which no more than lip-service was paid. The fiction was made workable by the fact that, for the most part, there was no evidence of this original custom except the decisions of the courts; and by the further fiction that when a later decision refused to follow a previous decision it merely purported to declare the original custom more accurately.”

<sup>272</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 253.

<sup>273</sup> EVANS, Jim. **Change in the Doctrine of Precedent...** *Op. cit.*, p. 64.

<sup>274</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2017, p. 31.

Declaratória foi chamada de “infantil” por AUSTIN, em passagem já famosa, na qual afirma ser “a ficção mais infantil empregada pelos nossos juízes, que o Judiciário ou common law não é elaborado por eles, mas algo milagroso feito por ninguém, existindo, eu suponho, eternamente, e meramente declarado pelos juízes de tempos em tempos.”<sup>275</sup> Partindo de tais premissas, obviamente simplificadas no presente trabalho, a teoria constitutiva reconhece a capacidade de criação da corte diante do caso concreto.

Na verdade, como aponta LUIZ GUILHERME MARINONI, a disputa entre as duas teorias serve como pano de fundo para o reconhecimento da autoridade da decisão e a consequente necessidade de segui-la.<sup>276</sup> Contudo, tal discussão não é pressuposto para o *stare decisis*:

O respeito ao passado é traço peculiar à teoria declaratória, como a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja o *common law*. Assim, ainda que se admitisse que a função judicial fosse meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado. Por outro lado, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes.<sup>277</sup>

Com o passar dos anos, a teoria do *stare decisis* modificou-se, destacadamente em razão do ocaso do Positivismo e a ascensão da argumentação jurídica. Assim, o fundamento do caráter de vinculação do precedente deixou de ser a autoridade da corte que o proferiu e passou a ser a sua capacidade de persuasão. Como afirma THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem Direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar Direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito positivo.<sup>278</sup>

Vale enfatizar: o precedente judicial nos países de *common law* detém o caráter de vinculação de acordo com a sua capacidade de produzir convencimento, e não simplesmente

<sup>275</sup> EVANS, Jim. **Change in the Doctrine of Precedent...** *Op. cit.*, p. 67-68.

<sup>276</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 26.

<sup>277</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 28.

<sup>278</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 253. Interessante notar que a mudança decorrente da aplicação da teoria da argumentação jurídica fundamenta, de forma moral, a possibilidade de superação do precedente, através do sistema do *overruling*, como conclui BUSTAMANTE: “O modelo de Estado Constitucional contemporâneo exige que todo ato de aplicação judicial do Direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional que nos proíbe de considerar a ‘autoridade’ dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores. Isso significa que uma doutrina do precedente absolutamente vinculante não é mais compatível com a exigência de justificabilidade mantida pelas Constituições democráticas, pois será sempre teoricamente possível que em um caso futuro as razões aduzidas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que militam em favor da manutenção desta mesma regra.”

em decorrência da autoridade da corte que proferiu a decisão.<sup>279</sup> Neste ínterim, assumiu ele a função de fonte do direito, seja em razão do princípio da universabilidade (fundamento moral), no sentido Kantiano, seja em decorrência da própria configuração de estrutura hierarquizada que possui o Poder Judiciário (fundamento institucional),<sup>280</sup> que inclusive dispõe de mecanismos de uniformização de jurisprudência.<sup>281</sup>

Não obstante, é necessário verificar a sua capacidade de vinculação (*binding effect*) ao mesmo tribunal que proferiu a decisão e aos demais tribunais de instâncias inferiores. Sugere THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE que:

Podemos observar, portanto, que após esses pequenos ajustes a classificação de Peczenik passa a corresponder à classificação estabelecida por Aarnio para as fontes do Direito em geral: Os precedentes vinculantes em sentido forte (1) são considerados fontes do Direito em grau máximo (*must-sources*); os vinculantes em sentido frágil (2), fonte *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os not formally binding and not having a force but providing further support, que prefiro denominar simplesmente de precedentes persuasivos (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*).<sup>282</sup>

Em razão das limitações impostas pela própria proposta do presente trabalho, impossível aprofundar o estudo dos critérios de definição do *peso* do precedente em determinado ordenamento jurídico. Porém, as bases teóricas necessárias para sustentar as conclusões do presente trabalho, no sentido de que os precedentes dos tribunais são obrigatórios, antes mesmo da modificação legislativa operada no CPC/15,<sup>283</sup> foram apresentadas.

### 3.2.2 – O *Stare Decisis*: *Ratio decidendi*, *Overruling* e *Distinguishing*

Não obstante a gradação da vinculação do precedente, a teoria do *stare decisis* não importa na automática repetição das mesmas decisões para os novos casos ajuizados perante o

<sup>279</sup> NUNES, Dierle. Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização – Paradoxos do Sistema Jurídico Brasileiro: Uma Abordagem Constitucional Democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 266-267.

<sup>280</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**... *Op. cit.*, p. 298.

<sup>281</sup> A título de exemplo, basta mencionar o incidente de uniformização da jurisprudência previsto no art. 476, do antigo CPC. Todavia, o referido incidente não teve continuidade no Novo CPC. Entretanto, vale mencionar a hipótese de interposição de recurso especial com fundamento na alínea “c”, inc. III, do art. 105 da CF, com evidente finalidade de uniformização da jurisprudência.

<sup>282</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**... *Op. cit.*, p. 301.

<sup>283</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 411.

Poder Judiciário. Tampouco é estendido o efeito vinculante à decisão judicial em sua integralidade.

Na verdade, a aplicação do *stare decisis* depende da identificação da razão de decidir (*ratio decidendi*)<sup>284</sup> extraída do caso concreto, que incidirá sobre o novo litígio levado até o Poder Judiciário, desde que superadas as técnicas de não-aplicação.

Com efeito, necessário esclarecer que o significado do precedente é encontrado na sua fundamentação, onde pode ser encontrada a razão de decidir que deve constar de forma expressa na decisão judicial.

A *ratio decidendi*, entendida enquanto a “*norma universalizável que pode ser extraída de um precedente judicial*”,<sup>285</sup> em sua identificação, não pode ser dissociada dos fatos do caso originário. Na tradição do *common law* está superada a máxima de que as razões do julgado – o *obiter dictum* –, não fazem parte do julgado. MACCORMICK, citado por BUSTAMANTE, afirma que “*É na enunciação das opiniões para o fim de justificação de decisões que os juízes estabelecem precedentes e constroem o case law.*”<sup>286</sup>

Não obstante, importante diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, distinção que remonta à própria evolução do *common law*. Isso porque, uma vez que se reconhece a vinculação da nova decisão a do caso anterior, é necessário definir qual parte da fundamentação do julgado é relevante,<sup>287</sup> separando-a daquilo que não é essencial.<sup>288</sup> Segundo afirma LUIZ GUILHERME MARINONI, ao mencionar o trabalho de NEIL DUXBURY, pode ser o *obiter dictum* entendido enquanto “*passagens que (...) se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir.*”<sup>289</sup>

<sup>284</sup> Afirma LAURENCE GOLDSTEIN (in: **Precedent in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 5-6) que: “*Seja uma doutrina do precedente forte ou fraca, prevalece em um determinado sistema jurídico em determinado momento, parece claro que a doutrina, se esta for acionável, deve indicar os meios pelos quais o juiz pode determinar quais os elementos de um caso anterior ele é chamado a considerar no momento de decidir um caso concreto. Os elementos cruciais são chamados de as rationes decidendi (razões para decidir)*”. Tradução livre de: “*Whether a strong or a weak doctrine of precedent prevails in a certain legal system at a particular time, it seems clear that the doctrine, if it is to be operable, must indicate the means by which a judge can determine which elements of a preceding case he is enjoined to take into account when deciding an instant case. The crucial elements are termed the rationes decidendi.*”

<sup>285</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 257. Importante destacar que, como aponta LUIZ GUILHERME MARINONI (in: **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.* p. 223), “*Não há sinal de acordo, no common law, acerca de uma definição de ratio decidendi ou mesmo do método capaz de permitir a sua identificação.*”

<sup>286</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 256.

<sup>287</sup> CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 558-561.

<sup>288</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 232.

<sup>289</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 234.

Para um jurista brasileiro, acostumado com a análise da decisão judicial de acordo com os elementos previstos do Código de Processo Civil – relatório, fundamentação e dispositivo – a compreensão da *ratio decidendi* é tarefa tormentosa, uma vez que ela emerge da conjugação de todos os elementos da decisão, sem se confundir com qualquer deles.<sup>290</sup>

A *ratio decidendi*, de toda forma, deve ser entendida partindo-se de uma teoria integrativa das teorias declaratória e positivista.<sup>291</sup> Ademais, em uma só decisão, é possível a existência de mais de uma *ratio decidendi*.<sup>292</sup> Ao perquirir a norma encontrada na fundamentação que o juiz apresenta para a sua decisão, pode o julgador do novo caso concreto encontrar regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros.

Considerando que a teoria dos precedentes é propositiva e visa a solucionar casos idênticos que se apresentam no futuro, uma vez identificada a *ratio decidendi*, descartando-se o *obiter dictum*, terá o juiz que fazer o necessário *distinguishing*, ou seja, a obrigatória distinção entre o caso em julgamento e a *ratio decidendi* já existente, com vistas a verificar se existe similitude entre os fatos discutidos em ambos os casos, apto a justificar a aplicação do precedente.<sup>293</sup>

A relevância do *distinguishing* na teoria dos precedentes pode ser demonstrada, inclusive, no tema dos recursos repetitivos, conforme dispõe o art. 1.037, §9º, do CPC. Tal artigo determina expressamente que, na hipótese de suspensão de processo em razão do julgamento na sistemática dos recursos repetitivos, o julgador verifique se é possível efetuar a distinção entre o caso julgado e aquele que foi afetado pelo recurso especial ou extraordinário repetitivo.<sup>294</sup> Importante aqui esclarecer que, caso inaplicável o precedente ao novo caso em julgamento, não será ele revogado. O *distinguishing* é o procedimento utilizado apenas para identificar eventual precedente aplicável ao caso concreto, de modo que sua inadequação não o torna necessariamente incorreto.

<sup>290</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 222.

<sup>291</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 264. Acrescenta o mencionado autor que: “Mais correto que uma disputa pura e simples entre a teoria declaratória e a teoria positivista parece, a meu ver, reconhecer um pouco de razão a cada um desses approaches. Da teoria positivista podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o direito aos casos concretos; da teoria declaratória podemos derivar a tese de que, em um importante sentido, os juízes, quando aplicam o Direito a determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do direito e de sua sistematização racional.”

<sup>292</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial...** *Op. cit.*, p. 271.

<sup>293</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...** *Op. cit.*, p. 327.

<sup>294</sup> “§9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.”

A revogação dos precedentes, de acordo com a literatura especializada do *common law*, é feito por meio do *overruling*. Com efeito, o Direito, enquanto ciência social, é resultado de forças históricas que podem conformar-se de diversas formas e necessita de constantes alterações. Por conseguinte, um canal que possibilite a mutação da norma jurídica, nela incluída a decisão judicial, deve permanecer sempre aberto. Portanto, um precedente deve ser revogado, segundo afirma MELVIN EISENBERG,<sup>295</sup> na hipótese de não mais possuir congruência social, consistência sistêmica e suporte de valores de estabilidade.

Inquestionável a aproximação e convergência dos sistemas de *common law* e *civil law*, especialmente após o novo CPC. Perceptível que os precedentes, no processo civil brasileiro, deixaram de ser meramente persuasivos e passaram a ser obrigatórios. Por conseguinte, a fundamentação das decisões deve se adaptar à nova realidade argumentativa.

Entretanto, não dispõem os advogados e juízes que atuam no Brasil das técnicas necessárias para utilização dos institutos correlatos à teoria dos precedentes. Diferentemente daquilo que ocorre nas faculdades de direito nos países filiados ao sistema de *common law*, nas quais os estudantes são treinados a extrair do julgado a *ratio decidendi* e o *obiter dicta*, identificar os limites do caso concreto para, se for necessário fazer o *distinguish* e o *overruling*, o jurista brasileiro não dispõe do arcabouço teórico e prático para tanto. Não é demais ressaltar, como bem pontuado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, no caso concreto promover a “*interpretação de um precedente, para que dele se extraia a holding ou a ratio decidendi é uma tarefa tão (ou mais!) complexa do que a de interpretar a lei.*”<sup>296</sup> Ora, se não dispõem os juízes de cabedal teórico para identificar um precedente, ainda mais complexa é a situação de fundamentar as decisões judiciais para que elas se tornem precedentes.

Sendo assim, o reconhecimento e aplicabilidade da teoria dos precedentes reclama, de forma urgente, uma adequação da fundamentação das decisões judiciais para a nova realidade.

---

<sup>295</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 121.

<sup>296</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito... *Op. cit.*, p. 38.

## 4 – A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO SISTEMA DE COMMON LAW: ANÁLISE EMPÍRICA DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

### 4.1 – Breve Linhas sobre a História da Fundamentação no Common Law

A despeito de tratar-se de sistemas jurídicos distintos, é possível identificar uma análoga influência do Direito Romano nas práticas judiciárias do *civil law* e do *common law*.<sup>297</sup> Considerando que o Império Romano, no ápice de sua expansão, cobriu todos os territórios do continente Europeu, as ilhas da Grã-Bretanha também fizeram parte do julgo Romano. Sendo assim, as suas tradições, costumes, cultura, língua, tradições e, como não poderia deixar de ser, suas leis, foram levadas a todos os cantos da Europa.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, a Inglaterra, país de origem do *common law*, passou por um período de convulsão política, marcada por guerras e invasões dos Saxões. Assim, restritos são os elementos jurídicos relevantes para o estudo da fundamentação das decisões. Todavia, parece certo que, durante toda a alta e parte da baixa Idade Média, mais precisamente até o século XII, tanto a Europa continental quanto a Inglaterra partilhavam o mesmo sistema jurídico, decorrente da prática jurídica romana. Os fatores que causaram o distanciamento entre o Direito Inglês e a tradição do estudo e aplicação do Direito Romano podem ser encontrados na ascensão do Rei Henrique II, que, de forma revolucionária, deu início às reformas no poder judiciário e no procedimento judicial inglês.<sup>298</sup>

Após a centralização da administração da justiça, percebeu-se um caminhar para a unificação do direito aplicado aos casos concretos, que veio a ser chamado de “direito comum”, ou *Common Law*, “*porque se substituía aos direitos particulares precedentemente em vigor.*”<sup>299</sup> Ademais, houve a democratização do Judiciário por meio dos juízes itinerantes, que compareciam em todas as regiões do território em nome do rei, levando a justiça real a todos os seus súditos. Com isso, a aplicação do direito deixou de ser feita de acordo com as necessidades dos senhores feudais, passando ao julgamento de acordo com o posicionamento uniforme adotado pelos juízes itinerantes.

---

<sup>297</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito... *Op. cit.*, p. 21.

<sup>298</sup> RAATZ, Igor. Considerações Históricas sobre as Diferenças entre Common Law e Civil Law: Reflexões Iniciais para o Debate sobre a Adoção de Precedentes no Direito Brasileiro. In: **Revista de Processo**, nº 199, p. 159-191. São Paulo: RT, 2011, p. 162-163.

<sup>299</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 42.



Na verdade, o costume, enquanto primordial fonte do direito no sistema de *common law* não provém das práticas ou comportamentos da população, que supostamente criavam o direito, mas sim da interpretação dos juízes itinerantes do caso que lhes era apresentado, que era comum (ou igual) para todas as pessoas nas Ilhas Britânicas.<sup>300</sup>

Diferentemente do que ocorre na tradição do *civil law*, no *common law* o dever de fundamentação na *praxis* independe de qualquer regulamentação ou obrigação imposta ao magistrado. Conforme aponta MICHELE TARUFFO, verifica-se na tradição anglo-saxônica a exposição das razões sempre acompanhou a decisão, desde a sua origem com os juízes itinerantes.<sup>301</sup> Em razão de não apresentar grandes e significativas rupturas históricas,<sup>302</sup> no *common law* a continuidade da fundamentação é uma marca característica. Com efeito, desde o século XII, é possível identificar decisões que são acompanhadas de seus motivos, desde as decisões proferidas pelo *judge*, bem como os veredictos do *jury*. Evidenciava-se a *ratio* da decisão, com vistas a permitir o controle sucessivo dos atos praticados pelo magistrado, bem como, de forma embrionária, auxiliava para a futura definição da *ratio decidendi* do precedente.<sup>303</sup>

Ademais, cumpre ressaltar que surgiu, nos primórdios do sistema inglês, um modelo de atuação, que posteriormente viria a se consolidar, que colocava de um lado o *jury*, com a função de atuar como juiz de fato, e de outro o *judge*, com funções de juiz do direito. Especificamente quanto à fundamentação, são encontrados exemplos históricos de decisões que o veredicto do *jury* foi motivado, e por isso o *judge* deixou de apresentar as suas razões.<sup>304</sup> Lado outro, também foram encontradas decisões nas quais o veredicto não é motivado, mas o *judge* fundamentou a sua decisão. Com a consolidação das instituições no sistema judiciário inglês, dispensa-se a fundamentação do *jury*, concentrando-se apenas na motivação do magistrado. Tal modificação coaduna com o desenvolvimento da teoria da vinculação do precedente.<sup>305</sup> Isso porque seria praticamente inviável tornar vinculante uma decisão que deixasse de apresentar as razões. Por conseguinte, já no século XVI, os elementos essenciais da motivação das decisões no *common law* já são visíveis.

Importante destacar que a forma como o julgamento é processado nas cortes inglesas contribuiu para o fortalecimento da motivação das decisões judiciais. Com efeito, tanto nas

---

<sup>300</sup> BRITO, Thiago Carlos de Souza. **Gerenciamento dos Processos Judiciais: Estudo Comparado dos Poderes e Atuação do Juiz na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil.** Dissertação. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

<sup>301</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 295.

<sup>302</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e Evolução do Direito...** *Op. cit.*, p. 20.

<sup>303</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 296

<sup>304</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 296

<sup>305</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 296

*Common Law Courts*, quanto na *House of Lords*, as deliberações nunca foram secretas e colegiadas, mas públicas e individuais. Mas não há acórdãos.<sup>306</sup> Prevalece em tal sistema o *dissenting opinion*, no qual, após o término das manifestações dos procuradores das partes, cada magistrado membro do órgão colegiado exprime de forma separada sua decisão sobre a controvérsia (*seriatim*), demonstrando os fundamentos de fato e de direito, bem como os precedentes eventualmente aplicáveis. Assim, a decisão da maioria é expressa por meio da conjugação das opiniões diversas. Como aponta MICHELE TARUFFO,<sup>307</sup> em tal situação não se pode falar propriamente em motivação da decisão, pois nem mesmo uma decisão unitária existe. Todavia, parece claro que tal *modus operandi* é favorável à justificação das conclusões que cada magistrado obtinha no caso concreto, de forma a permitir a construção da *ratio decidendi* em cada parecer individual. Ainda assim, não existe na Inglaterra contemporânea qualquer disposição normativa ou mesmo fórmula detalhada sobre a estrutura da decisão judicial.<sup>308</sup>

A despeito disso, as decisões inglesas tiveram relevante modificação quantitativa nos últimos dois séculos. Enquanto no século XIX as decisões judiciais eram razoavelmente curtas e concisas, após o início do século XX, é perceptível um rebuscamento na fundamentação, que se tornou paulatinamente mais extensa. Segundo NEIL ANDREWS:

(...) a principal causa desta prolixidade é a parte da decisão em que se analisam decisões anteriores, com copiosas citações de trechos. Há muita repetição pelos outros juízes. Por exemplo: no caso *Alfred McAlpine Construction vs. Panatown Ltd* (2001) os votos chegaram a ter 46.000 palavras. No caso *Etridge case* (2002), que foi o *leading case* sobre a teoria da equidade, na hipótese de influência indevida, os votos chegaram a ter 53.000 palavras e 374 parágrafos.<sup>309</sup>

Assim, uma decisão judicial da Corte inglesa pode atingir, aproximadamente, 200 páginas. Notável, portanto, que a técnica decisória inglesa possua características de extensão e transcrição de decisões pretéritas similares àquelas das decisões brasileiras.

Nos Estados Unidos, mesmo após a sua independência de sua metrópole, as mesmas práticas judiciárias advindas da Inglaterra foram mantidas. Por isso, nos primeiros anos da recém criada nação, a *Supreme Court* manteve a mesma forma de decisão individual, com a

<sup>306</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito... *Op. cit.*, p. 45.

<sup>307</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, p. 297.

<sup>308</sup> ANDREWS, Neil. Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa. In: **Revista de Processo**. Vol. 192, p. 99-127. Fev/2011. São Paulo: RT, 2011, p. 101.

<sup>309</sup> ANDREWS, Neil. **Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...** *Op. cit.*, p. 106. Gláucio quer o número de páginas, mais ou menos.

pronúncia de pareceres motivados de forma separada por cada um dos *judges*. Somente em 1801 houve a primeira decisão colegiada, na qual foi utilizada a motivação da maioria, que posteriormente veio a se consolidar como comportamento da corte.<sup>310</sup> Desde então, até os dias atuais, a mais alta corte americana adota o denominado *single majority judgment*. Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, trata-se de um modelo de acórdão no qual consta não só a posição vitoriosa, mas também a “*declaração de outros votos no mesmo sentido e para votos vencidos*.”<sup>311</sup> Ressalte-se que, caso o justice posicione-se de forma contrária àquela vencedora, existe também a possibilidade de não declarar as suas razões. De toda forma, tal modelo tem a vantagem de permitir o debate entre os juízes, com a resposta dos argumentos levantados para decidir o caso concreto.

Como se verá adiante, de forma quase intuitiva, o modelo norte-americano foi construído para permitir a fundamentação adequada das decisões judiciais.

#### **4.2 – Considerações Sobre a Ausência de Disposições Normativas sobre o Dever de Motivar**

Partindo-se das breves linhas sobre a evolução histórica do dever de fundamentação das decisões no *common law*, surge a indagação decorrente da ausência de questionamentos por parte da academia, ou mesmo da pressão de setores da sociedade, pela obrigatoriedade do elemento de motivação dos atos judiciais.

Parece certo afirmar que o simples fato de a práxis responder, de forma quase automática, as demandas sociais de publicidade e controle das decisões judiciais, sem maiores dissensos ou delongas, justifica a escassa discussão sobre a matéria. Ademais, a própria estrutura do procedimento judicial no *common law*, com a utilização do *jury* em matéria cível e penal, também contribui para a “*ausência, no amplo arco de tempo considerado, de uma sensibilidade específica diante da função da motivação como meio de controle externo ‘difuso’ sobre o trabalho do juiz*.”<sup>312</sup> Ou seja, não há estímulos externos para a formulação de críticas contundentes à atividade decisória do juiz.

Tal fenômeno pode ser explicado pela ausência de fraturas e nítida transição ideológica e cultural em sua história, que possam ser comparáveis ao que aconteceu na experiência jurídica da Europa continental. Com efeito, conforme demonstrado no Capítulo 1,

<sup>310</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, p. 298.

<sup>311</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução do Direito...* *Op. cit.*, p. 45.

<sup>312</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, p. 298.

o fenômeno do fortalecimento do dever de fundamentar as decisões judiciais nos países de *civil law* é concomitante à queda do *Ancien Regime* e defesa dos princípios democráticos na Revolução Francesa. Em decorrência dos exageros dos desmandos ocorridos na França de Luiz XIV, todas as instituições de governo então existentes foram colocadas sob suspeita, uma vez que nada fizeram para atender os anseios da sociedade e eram coniventes com os abusos e desmandos. A desconfiança generalizada em relação o funcionamento do Parlamento e, principalmente, dos magistrados, motivou uma reestruturação de toda a organização política, exatamente para permitir maior controle democrático dos atos emanados do governo. No contexto de modernização do aparato estatal, era necessário estabelecer instrumentos de controle e fiscalização do arbítrio judicial, sendo criadas, para tanto, normas específicas para definir o dever de motivar as decisões judiciais. Ademais, mesmo nos países da Europa continental que não passaram por um período revolucionário, com o trauma de substituição de um regime por outro em movimentos sociais violentos, também os monarcas esclarecidos promoveram as mudanças institucionais necessárias, de forma abrupta, como forma de evitar levantes sociais similares aos franceses. Assim, a função do juiz na Europa continental foi racionalizada e seus contornos foram definidos para atender às necessidades daquela época.<sup>313</sup>

Por sua vez, nos países de *common law*, a modificação da ideologia e evolução da cultura jurídica se deu de forma gradual, com a possibilidade de adequação paulatina do processo às exigências sociais de publicidade e racionalização. Não foi necessária a formulação de reclamações constantes e contundentes à atividade da magistratura, que conduziu à elaboração de um complexo normativo para controle e fiscalização da decisão judicial.

Acrescente-se também, especificamente no caso dos EUA, o fato de que os magistrados estaduais são eleitos por voto popular, para um mandato com tempo certo de duração.<sup>314</sup> Sem tecer comentários sobre as vantagens e desvantagens de tal sistema, que fogem do escopo do presente trabalho, a necessidade de constantemente prestar contas à sociedade para garantir nova vitória no pleito eleitoral acaba por incentivar o dever, manifestamente democrático, de fundamentação das decisões judiciais.

Em tal contexto de gradativa evolução da percepção da atividade judicial e valoração da fundamentação das decisões, importante pontuar o posicionamento de JEREMY BENTHAM. Segundo o referido autor, a fundamentação é essencial para efetivar o princípio da publicidade

---

<sup>313</sup> TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil...** *Op. cit.*, p. 298.

<sup>314</sup> Cumpre esclarecer que o Poder Judiciário americano, assim como ocorre no Brasil, organiza o funcionamento do Poder Judiciário dividindo-o em Justiça Estadual e Justiça Federal. Especificamente na Justiça Federal, não há eleição de magistrados, mas sim a sua indicação pelo Presidente da República, com a participação na escolha dos nomes pelo Senado Federal e a *American Bar Association* (ABA).

do processo. Ademais, permite ela o controle público sobre o exercício do poder, sem a qual a atividade jurisdicional seria arbitrária. Ainda assim, como aponta MICHELE TARUFFO, não entendeu BENTHAM que o dever de fundamentar fosse uma obrigação jurídica, mas um dever de cunho moral, extremamente necessário, decorrente da experiência judicial inglesa. Ou seja, mesmo o contumaz crítico do *common law* percebia que em tal sistema as decisões eram suficientemente fundamentadas, ao ponto de não reclamarem novas obrigações para os magistrados.<sup>315</sup>

Importante destacar o caso específico da Inglaterra. Isso porque, considerando que tal país esteve vinculado à União Europeia, até a sua saída em 2017, os magistrados ingleses estavam submetidos à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que em seu art. 6º impõe a todos os magistrados o dever de fundamentar. As cortes inglesas reconhecem a validade do tratado, que entrou em vigor no ano 2000, bem como reforçam a necessidade de motivação de todas as decisões.<sup>316</sup> E as justificativas para a imperiosidade de tal dever são similares àquelas identificadas no *civil law*. Segundo NEIL ANDREWS:

Vários argumentos indicam a necessidade de que os juízes manifestem fundamentos, tanto os relativos ao aspecto fático quanto os que dizem respeito ao aspecto jurídico de suas decisões, pelo menos quando se tratar de uma decisão final. Trata-se de uma garantia contra a arbitrariedade: a disciplina exigida na produção de razões inteligíveis para as decisões pode aprimorar a qualidade do processo de produção da decisão, porque o juiz é obrigado a explicar sua escolha entre as posições sustentadas pelas partes. Em segundo lugar, a fundamentação pode explicar convenientemente aos sucumbente porque este perdeu a demanda. Em terceiro lugar, é o que garante que a decisão possa ser testada na apelação. Finalmente, operadores do direito extraem orientação jurídica das decisões de Tribunais Superiores, pois estas decisões são precedentes para futuras decisões e revelam tendências, em vários campos do direito.<sup>317</sup>

Assim, ainda que ausentes quaisquer disposições legislativas expressas sobre o dever de fundamentar nos países de *common law*, não se questiona a importância da exposição do raciocínio do julgador, de modo que tal múnus emerge como decorrência necessária do ato de decidir, independente de coação legislativa.

#### 4.3 – A Fundamentação das Decisões no Common Law

A despeito da inexistência de disposição específica sobre a obrigatoriedade de motivação das decisões no *common law*, alguns elementos necessários para a argumentação ser considerada válida foram construídos durante todo o seu período de evolução.

<sup>315</sup> TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil...* *Op. cit.*, p. 300.

<sup>316</sup> ANDREWS, Neil. *Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...* *Op. cit.*, p. 103.

<sup>317</sup> ANDREWS, Neil. *Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...* *Op. cit.*, p. 104.

Como demonstra FREDERICK SCHAUER, existe um método próprio e legitimado pelo Direito de justificar o processo decisório adotado em uma decisão judicial.<sup>318</sup> Os juízes no *common law* decidem, nos limites do possível, de forma exauriente os casos em julgamento. Segundo NEIL ANDREWS, na Inglaterra, o ato de decidir envolve um “*exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido, não só ingleses, mas, em alguns casos, de outros países pertencentes à Common Law (precedentes este que são vistos, na Inglaterra, como potencialmente persuasivos ou iluminadores das decisões).*”<sup>319</sup> Até mesmo porque, a despeito de resolver em sua maioria casos que litigam dois particulares, com interesses que lhes são individuais, considerando ser a jurisprudência fonte de Direito, o magistrado tem que aplicar a norma jurídica que permita a melhor solução para o maior número possível de casos similares e futuros. Ou seja, o Direito que emerge na decisão judicial é contraintuitivo, e deve se pautar pela melhor resposta (resposta mais justa) para a maioria dos casos e não somente para um específico caso concreto que esteja em julgamento.<sup>320</sup>

Partindo de tal premissa, cabe destacar de plano que, a despeito da concepção disseminada nos países de *civil law*, existe uma substancial produção normativa nos países de *common law*. Por conseguinte, a *statute* tem essencial importância na fundamentação das decisões, sendo ela utilizada na maioria das decisões como elemento de justificação do comando judicial. Isso porque, considerando a sua função na sociedade, as leis são criadas com finalidades específicas para produzir efeitos esperados na sociedade,<sup>321</sup> de modo que o respeito pela lei importa reconhecimento das prerrogativas do Congresso no esquema constitucional.<sup>322</sup> Reafirma-se, assim, o compromisso constitucional com a separação de poderes.

Se existe uma *statute* que regulamenta o caso, na hipótese de a lei não apresentar qualquer ambiguidade no seu texto, a investigação de um tribunal geralmente termina com o exame das palavras que compõem o seu dispositivo.<sup>323</sup> A fundamentação será restrita à aplicação silogística da norma ao caso concreto. Os problemas interpretativos têm origem nas

<sup>318</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 4-5.

<sup>319</sup> ANDREWS, Neil. **Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...** *Op. cit.*, p. 102.

<sup>320</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 8.

<sup>321</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 15.

<sup>322</sup> KATZMANN, Robert A. **Judging Statutes**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 29.

<sup>323</sup> KATZMANN, Robert A. **Judging Statutes...** *Op. cit.*, p. 29. Cumpre aqui ressaltar o posicionamento contrário de Richard Posner (*in: Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 110): “*Judge Katzmann has remarked in the course of discussing Gayle that ‘if the plain text [of a statute] is unambiguous, our work usually ends there.’ That isn’t correct. It overlooks the distinction, familiar in contract law, between patent and latent ambiguity. Sometimes a piece of text is ambiguous on its face because it is confusingly written. But often it’s clear as a matter of semantics but ambiguous when one considers the activity to which it is sought to be applied: that is, when one moves from semantics to context, from the dictionary to the world.*”

leis que apresentam certo grau de ambiguidade. Como aponta JAMES MADISON, não existe linguagem que consiga transmitir em palavras ou frases toda a complexidade contida em uma ideia.<sup>324</sup> A interpretação feita pelo Poder Judiciário somente será legítima se estiver diante de tal ambiguidade, caso contrário, deverá ater-se, em função dos preceitos constitucionais, ao comando elaborado pelo Congresso.

A título de exemplo, FREDERICH SCHAUER menciona uma lei do Estado de Montana que eliminou o limite de velocidade das estradas, para estabelecer que os motoristas deveriam dirigir de modo razoável e prudente. Nada mais. Em consequência disso, os motoristas permaneceram em constante incerteza sobre qual seria o limite para trafegar nas estradas estaduais. Foi necessário que a *Montana Supreme Court* derrubasse a referida lei, por entender ser ela excessivamente vaga.<sup>325</sup> Todavia a ideia aqui subjacente é essencial para compreender a fundamentação das decisões no *common law*: se uma *statute* é clara na regulamentação de determinada situação ou conduta, ela deve ser utilizada pelo julgador para fundamentar a sua decisão. Certamente, a interpretação do texto da lei possui variantes diversas, reconhecidas também no *common law*. ANTONIN SCALIA, *justice* na *Supreme Court*, em conjunto com o Professor BRYAN A. GARNER, aponta diversos cânones que devem ser utilizados pelo magistrado na interpretação da lei, dentre os quais aquele que estabelece que, se a linguagem é clara, qualquer construção interpretativa é desnecessária.<sup>326</sup> O mesmo argumento é sustentado por SCHAUER, no sentido de que diante de um texto expresso de lei, no qual não exista conceitos abertos ou normas em branco, a fundamentação da decisão judicial deve ser elaborada em conformidade com a legislação, em um raciocínio eminentemente silogista.

Isso porque, conforme demonstrado por HART,<sup>327</sup> as normas possuem um centro, que é facilmente identificado por qualquer intérprete e uma área de penumbra referente aos limites de aplicação do texto legal. Na área de penumbra, certamente existirão argumentos razoáveis tanto em favor da aplicação da norma jurídica quanto ao seu afastamento em determinado caso concreto. Todavia, quanto ao centro (“*core*”) da norma, frequentemente negligenciado pelo julgador, não há possibilidade de argumentação para afastá-la.

---

<sup>324</sup> MADISON, James. O Federalista nº 62. In: HAMILTON, Alexander; Madison, James; Jay, John. **O Federalista**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 563-565.

<sup>325</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 16.

<sup>326</sup> SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. New York: Thomson West, 2012, p. 234.

<sup>327</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 167-169.

Neste ponto reside um dos problemas na fundamentação das decisões judiciais. Como aponta FREDERICK SCHAUER,<sup>328</sup> os casos que discutem o centro da norma, usualmente, não deveriam chegar até as cortes. Via de regra, a simplicidade da solução para o caso concreto não daria ensejo às partes buscarem seus advogados e litigarem em face de uma disposição expressa da lei. Tais casos podem ser descritos como os casos fáceis (“*easy cases*”), em contrapartida aos casos difíceis (“*hard cases*”), que deveriam ser aqueles que efetivamente verifica-se a dúvida das partes no momento de aplicação da norma jurídica. Exatamente, por conta de sua simplicidade, tais casos não são usualmente mencionados nos livros jurídicos especializados ou tampouco recebem atenção em discussões sobre a matéria. Entretanto, em sociedades nas quais a violação da norma jurídica assume caráter rotineiro, tais casos simples se acumulam nos tribunais, demandando dos juízes a mesma decisão judicial esperada para um caso difícil. Tal discussão será melhor debatida no capítulo pertinente. Para o ponto aqui enfrentado, no entanto, é importante destacar que a *clareza* do texto legal é elemento relevante no momento de fundamentação da decisão e deve ser considerado no momento de exigência de justificação da decisão pelo juiz.

Ademais, além de considerar as *statutes* eventualmente existentes sobre o litígio em julgamento, o magistrado que atue em um país de *common law* deve, necessariamente, considerar os precedentes aplicáveis ao caso. E aqui talvez resida a diferença relevante entre a fundamentação das decisões no *common law* e no *civil law*.

Antes de avançar, porém, é importante fazer uma ressalva, referente à distinção de aplicação vertical e horizontal do precedente. Na primeira conceituação considera-se a vinculação existente entre as cortes inferiores na hierarquia jurisdicional em relação às cortes supremas. Existe uma expectativa válida de que as cortes que se colocam em posições inferiores na cadeia de comando devem obediência ao precedente elaborado pela corte a ela hierarquicamente superior. Segundo FREDERICK SCHAUER, a autoridade da corte superior reside exatamente na obrigação das cortes inferiores de tratar as decisões por ela proferidas como vinculantes.<sup>329</sup> Por outro lado, quanto ao precedente horizontal, há a vinculação da mesma corte ao precedente por ela proferido no passado. Aqui, a força do precedente não decorre da hierarquia de uma corte sobre a outra, mas é resultado do fato de que a decisão é anterior.<sup>330</sup> A obrigação da corte de seguir a sua própria decisão, como vista no Capítulo 2, é

---

<sup>328</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 20-21.

<sup>329</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 36.

<sup>330</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 37.



conhecida como *stare decisis*, que é uma forma diversa de vinculação do precedente. Sob tal doutrina, existe uma expectativa que a corte, mesmo após a modificação dos seus membros, mantenha o entendimento judicial que havia proferido anteriormente. Assim, o sistema de decisão judicial baseado no precedente, tal qual foi pensado no *common law*, estabelece que deve ser apresentada a mesma resposta para um litígio que foi dada por uma corte hierarquicamente superior ou uma decisão pretérita da mesma corte, independente da modificação de sua composição.<sup>331</sup>

A natureza do precedente também permite diferenciar duas posições distintas quanto à forma que um magistrado, ao decidir, utiliza a decisão anterior, a saber, a possibilidade de aprender (*learning*) com o precedente e seguir (*following*) o precedente.<sup>332</sup>

Na hipótese de aprender com a decisão anterior, a corte apenas pode ser *persuadida* a seguir o precedente em razão das suas conclusões, ou receber uma lição de outros juristas sobre a melhor forma de decidir. Entretanto, em tal situação, não há a aplicação do precedente, uma vez que não existe uma vinculação à conclusão que a corte tomará atualmente no caso colocado em julgamento.<sup>333</sup> Na verdade, a decisão anterior, que não pode ser identificada como precedente, é incluída na fundamentação da decisão como forma de sustentar o posicionamento adotado pelo magistrado, usualmente utilizada em conjunto com outra fundamentação, como, por exemplo, o posicionamento de algum autor de relevante reputação na área em debate.<sup>334</sup>

Por sua vez, quando a corte aplica de fato o precedente, ela está vinculada ao precedente proferido por uma corte superior, ou por ela mesma, em situação anterior, independente da *convicção particular* que determinado magistrado tenha sobre o processo no momento da decisão. Não se trata aqui de ser convencido pelos argumentos, mas *obedecer* o precedente já existente e aplicá-lo no novo litígio em julgamento. Como sintetiza SCHAUER, é seguir o precedente não somente quando o julgador entende que ele está correto, mas também quando entende que ele está incorreto.<sup>335</sup>

Aqui é possível identificar o elemento contraintuitivo da fundamentação no sistema de precedente. Por que deveria o sistema jurídico operar de tal forma que o magistrado seja compelido a decidir um caso da mesma forma que um litígio similar foi decidido anteriormente, se ele entende que a decisão anterior está incorreta? Para responder tal consideração, é necessário considerar a diferenciação entre precedente vertical e horizontal. No caso do

---

<sup>331</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...* *Op. cit.*, p. 37.

<sup>332</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...* *Op. cit.*, p. 38.

<sup>333</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...* *Op. cit.*, p. 38.

<sup>334</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...* *Op. cit.*, p. 38.

<sup>335</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...* *Op. cit.*, p. 39.

precedente vertical, a resposta da vinculação ao precedente reside na obediência hierárquica existente entre a corte inferior à corte superior. Todavia, no caso do precedente horizontal, a resposta não é tão clara. Mas diversos elementos podem ser suscitados para, em conjunto, esclarecer os motivos da necessidade de vinculação ao precedente. Com efeito, o magistrado Brandeis, no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, “*in most matters is more important that the question be settled than that it be decided right.*”<sup>336</sup> Seguindo tal raciocínio, FREDERICK SCHAUER sustenta que no Direito, assim como na vida, é de fundamental importância que as questões sejam definidas, de modo que outros possam superar o ponto controverso e comportam-se de acordo com o entendimento consolidado pela corte.<sup>337</sup> Ademais, na perspectiva da corte que segue o precedente, há a vantagem de cognição e eficiência. Ora, se o novo caso em exame se conforma ao precedente, não há que se falar em maiores discussões sobre o tema. Impossível seria para uma corte, a todo momento, reabrir uma discussão. Por isso, o precedente tem essencial função de encerrar o debate.<sup>338</sup>

Sendo assim, a fundamentação das decisões no sistema de *common law* não pode ser feita livremente, independente de suas convicções políticas ou morais, pois está ele obrigado a seguir aquilo que está definido na *statute* ou no precedente.<sup>339</sup>

Outra questão, no entanto, pode surgir. Em situações excepcionais, a corte pode encontrar-se diante de um caso para o qual não há *statute* ou precedente aplicáveis, ou mesmo que seja uma situação de *distinguishing* ou *overruling*, há uma preocupação com as consequências da aplicação da *ratio decidendi* que emergirá da decisão. Ou seja, considerando que as cortes superiores frequentemente têm que criar normas de condutas para o futuro, que serão utilizadas como parâmetro de comportamento, os magistrados no *common law* se preocupam com os efeitos ulteriores que a decisão provocará, ao mesmo tempo que decidem de forma justa para o caso concreto.<sup>340</sup> Assim, há uma formulação abstrata das decisões das cortes do *common law*, em decorrência de sua legitimidade para *criar* o Direito. Exatamente por isso, o julgador frequentemente questiona aos advogados das partes, durante os debates orais, como a decisão por eles requerida se sairá em outros casos hipotéticos.<sup>341</sup> E tais considerações constam das decisões dos referidos magistrados.

---

<sup>336</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 43.

<sup>337</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 43.

<sup>338</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 43.

<sup>339</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law...** *Op. cit.*, p. 3.

<sup>340</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, 2012, p. 9.

<sup>341</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 9.

Menciona FREDERICK SCHAUER, para demonstrar a necessidade do julgador considerar as consequências futuras, a decisão da SUPREME COURT no caso *United States v. Locke*. Na referida ação, a Corte apreciou uma ação na qual discutia-se um pedido de reivindicação de renovação de terras (*land claim*), preenchido e entregue no dia 31 de dezembro de 1982. O pedido havia sido rejeitado pelo órgão estatal responsável pelo gerenciamento agrário (*Bureau of Land Management*), pois a legislação previa que formulário deveria ser apresentado “antes do dia 31 de dezembro” (“*prior to December 31*”). A argumentação do Sr. Locke foi feita no sentido de que o texto da lei, tal qual o Congresso havia pensado, deveria ser interpretado como “antes ou até o dia 31 de dezembro”. Todavia, o Justice THURGOOD MARSHALL e cinco outros juízes entenderam que os acertos ou erros da argumentação não eram, por si só, suficientes para o julgamento do caso, pois havia uma questão de fundo mais relevante: deveria a *Supreme Court* assumir a função de reescrever o texto legal no qual há um erro evidente, especialmente naqueles que existe um prazo estipulado? O entendimento da Corte foi no sentido de que não caberia a ela corrigir a disposição normativa, pois tal posicionamento poderia autorizar outros pedidos de “correção” do texto legal baseado neste precedente.<sup>342</sup> Assim, mesmos cientes de que no caso concreto a decisão era injusta, a Suprema Corte americana decidiu de forma sistemática e rejeitou o *claim* do Sr. Locke.

Reside aqui a fundamental importância no estudo da fundamentação das decisões no âmbito do *common law*. A argumentação jurídica desenvolvida na elaboração dos motivos considera, em regra, as consequências futuras da decisão. O reconhecimento de que a corte cria o direito impõe sobre ela a responsabilidade de validar a sua construção argumentativa em face de casos hipotéticos diversos daquele que está em julgamento, com vistas a referendar a justiça ou correção do posicionamento.

Diante disso, parece evidente que, considerando as premissas identificadas no Capítulo 2 sobre o problema da fundamentação das decisões no sistema jurídico brasileiro, a experiência das cortes do *common law* pode ser essencial para a melhora na prestação jurisdicional.

---

<sup>342</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 10.

#### 4.4 – História e Procedimento da *Supreme Court*

Antes de dar início à apresentação dos dados colhidos dos julgamentos da *Supreme Court*, necessário se faz uma sucinta introdução sobre o seu funcionamento e sua história.

Certamente a corte constitucional mais estudada do mundo, a *Supreme Court* foi prevista na Constituição Americana de 1789, no art. III, section I:

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Todavia, no referido dispositivo não foram os poderes e prerrogativas delimitados previamente. A Constituição Americana foi nesta e em outras matérias extremamente módica nas suas disposições. Exatamente por isso, conforme visto no Capítulo 2, coube à própria Suprema Corte estabelecer os limites de sua atuação, estando tal debate inserido no contexto do *judicial review*.

Inicialmente a corte foi composta por seis juízes – *justices*, em inglês – conforme previsto no *Judiciary Act* de 1789.<sup>343</sup> Em seguida, outras disposições normativas alteraram sua composição para cinco, seis, sete, nove, dez e sete membros, até que finalmente, em 1869, foi realizada uma mudança definitiva para nove membros, que desde então tem sido observada. A Corte possui um presidente chamado de *Chief Justice* e os demais juízes são os *Associate Justices*.<sup>344</sup> O papel do *Chief Justice* é muito importante, sendo um cargo vitalício e de nomeação do Presidente da República. Interessante destacar que “*alguns presidentes da Corte procuraram exercer lideranças no sistema jurídico em geral. Warren Burger foi particularmente atuante a este respeito, servindo como eloqüente defensor de causas como a reforma penitenciária e novas abordagens do preparo de advogados.*”<sup>345</sup> Por isso, é comum mencionar a história da corte de acordo com os seus *Chief Justices*, como Corte Marshall, Corte Holmes, Corte Burger, etc.

Ademais, cabe destacar que a escolha dos *justices* pode ser feita entre qualquer cidadão americano, independente de formação jurídica.<sup>346</sup> Apesar disso, a exigência dos

<sup>343</sup> SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 17.

<sup>344</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? In: *Revista de Direito Administrativo*. Nº 233. Jul/Set 2003, 201-211. Rio de Janeiro: Forense, p. 202.

<sup>345</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 32.

<sup>346</sup> Segundo afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (in: *A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? ... Op. cit.*, p. 202.), o elemento político é essencial para a indicação: “*Com grande frequência, os Justices são ex-ocupantes de outros cargos públicos, personalidades do mundo político, ao passo que é relativamente*

conhecimentos jurídicos é a regra.<sup>347</sup> Também é frequente que os *justices*, ao assumirem, tenham idade avançada. Segundo LAWRENCE BAUM, no século XX, todos os justices indicados possuíam mais de 50 anos de idade quando assumiram a função.<sup>348</sup>

Por sua vez, no que se refere à forma de escolha e investidura, o processo formal está previsto no art. 2º, section II, 2 da Constituição, que determina o seguinte procedimento: há uma vacância de cargo; o Presidente faz uma indicação que deverá merecer a aprovação por maioria simples dos membros do Senado e em seguida nomeia o candidato. Aparentemente simples, tal procedimento esconde diversos problemas. Isso porque, considerando a dinâmica da sociedade americana, marcada por atores sociais posicionados e atuantes, frequente é a tensão, disputa de interesses e repercussão nacional durante a escolha do novo *justice*. Por ser um processo eminentemente político, todos os que puderem irão participar da escolha. Assim, tanto a ABA - *American Bar Association*, a comunidade jurídica em geral; os grupos de interesse não jurídicos; os próprios membros da Suprema Corte participam ativamente da indicação.<sup>349</sup>

Por fim, quanto à carreira dos *justices*, importante ressaltar que eles servem na Corte de forma vitalícia, de modo que não há mandato e nem mesmo uma idade limite para seu afastamento/aposentadoria compulsória. Para tanto, deverá manter o *good behavior*, isto é, que ele sirva bem à nação, para que possa permanecer no cargo. Isso porque, há a possibilidade de ser destituído de seu cargo pelo processo de *impeachment* (crime de responsabilidade), por traição, suborno e outros crimes sérios, conforme estabelecido no art. 2o., seção IV. Segundo afirma MAURO CAPPELLETTI, na história americana, ainda que não tenha ocorrido com *justices*, 9 juízes sofreram processo de *impeachment*, dos quais somente 4 foram declarados culpados.<sup>350</sup> Acrescente-se que, assim como ocorre no Brasil, o sistema norte-americano também adota a prerrogativa da irredutibilidade de remuneração, o que significa que os juízes enquanto exercerem seus cargos não poderão ter seus proventos reduzidos.

---

*rara a indicação de alguém que se haja distinguido apenas nos meios acadêmicos. Não admira que na atuação da Corte assumam tanta relevância diretrizes políticas. É comum ver-se dividido o tribunal em duas correntes discerníveis com nitidez, a dos liberais e a dos conservadores; em certas épocas, forma-se um grupo intermediário, que às vezes acompanha a corrente liberal, outras vezes a conservadora, servindo de fiel da balança.”*

<sup>347</sup> Afirma LAWRENCE BAUM (in: **A Suprema Corte Americana...** *Op. cit.*, p. 86) que: “A maioria das pessoas envolvidas no processo de escolha tem admitido que uma pessoa precisa ter preparo jurídico para servir efetivamente na Corte, embora o Juiz Black pensasse de outra maneira. Certamente, o grande número de advogados existente no Senado e a força da classe dos advogados ajudam a assegurar que esta norma nunca venha a ser violada.”

<sup>348</sup> BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana...** *Op. cit.*, p. 93.

<sup>349</sup> BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana...** *Op. cit.*, p. 53.

<sup>350</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** ... *Op. cit.*, p. 42.

Quanto à competência da *Supreme Court*, temos um dos temas mais complexos para o comparatista brasileiro. Conforme depreende-se da leitura da Constituição Americana, foram estabelecidas as suas competências no art. 3º, *section II*, cláusula 2, quais sejam:

2: In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

Assim, por ser um órgão de cúpula, a Suprema Corte decide de forma originária e recursal os casos. As suas competências originárias, ao longo do tempo e especialmente no século XX, não têm se revelado de muita significação prática. Portanto, é exatamente a competência recursal que mais nos interessa, já que trata basicamente do exercício do controle da constitucionalidade (*judicial review*) e da proteção dos direitos fundamentais (*civil rights*).<sup>351</sup> Quanto à competência recursal, ela pode ser obrigatória ou facultativa. Nas hipóteses de competência obrigatória, a Corte tem o dever de apreciar o recurso que lhe foi submetido, não lhe cabendo formular um juízo de oportunidade e conveniência a respeito da apreciação do caso. São casos de “*decisões de tribunais federais que tenham declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal, desde que o Governo federal seja parte no litígio; decisões de tribunais estaduais que tenham declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal; decisões de tribunais estaduais que tenham julgado válidas leis estaduais contestadas em face da Constituição ou da legislação federal,*”<sup>352</sup> dentre outros. Já a competência recursal facultativa refere-se aos casos em que a Corte estabelece se há conveniência e oportunidade para o julgamento da lide.

A despeito da aparente abrangência da competência da *Supreme Court*, percebe-se que apenas uma parte diminuta dos casos recebidos é por ela julgado. Tal fenômeno é decorrência do seu procedimento de triagem, o que certamente contribui para um acervo mais razoável e administrável de processos.<sup>353</sup> Além disso, a parcimônia com que a Corte tem

<sup>351</sup> Nesse sentido, afirma LAWRENCE BAUM (in: **A Suprema Corte Americana...** *Op. cit.*, p. 265) que: “A Corte tem usado seu poder de revisão judicial com muito mais frequência no nível estadual e municipal do que no nível federal. Uma medida da diferença é o número de leis declaradas inconstitucionais. No final de 1983, segundo uma estimativa, a Corte já havia revogado 1.088 leis estaduais e posturas municipais, sob o fundamento de que elas violavam diretamente a Constituição ou de que eram suplantadas por leis federais segundo o princípio constitucional de supremacia federal. Em contraste, é de lembrar-se, a Corte só havia revogado 114 leis federais.”

<sup>352</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92.

<sup>353</sup> Os dados são antigos, mas servem para a finalidade aqui proposta. A Corte, em 1999 recebeu 7.377 requerimentos (processos), dos quais apenas 83 foram discutidos (processados) e 79 foram encerrados (julgados),

exercido sua competência facultativa implica o fortalecimento das instâncias inferiores e o prestígio de suas decisões, e do próprio Poder Judiciário como um todo, já que ela não se coloca como uma panaceia para todos os males. Sobre o tema, interessante mencionar *Lawrence Baum*:

A Corte Suprema, de fato, julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam aos tribunais federais e estaduais. Mesmo dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de 1 por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais. Além do mais, os tribunais inferiores elaboram importantes políticas nos casos que decidem. Ao concentrarmos nossa atenção na Corte Suprema, precisamos tomar cuidado para evitarmos o que Jerome Frank chamou de ‘mito do tribunal superior’, a crença de que pouca coisa de consequência acontece nas instâncias inferiores do sistema de tribunais.<sup>354</sup>

Cabe destacar que *Supreme Court*, no exercício de sua competência, profere dois tipos de julgamento, quais sejam, o *plenary review* (julgamento completo) e o *per curiam* (pela Corte). No *plenary review*, o procedimento admite sustentação oral e a decisão de mérito é completa, com fundamentação e identificação dos posicionamentos adotados pelos juízes.

Já no julgamento *per curiam* não há previsão de sustentação oral, a decisão é breve e sucinta, e não é assinada por nenhum relator, sendo uma decisão emitida pela própria Corte. Em geral, embora não necessariamente, são julgamentos de questões que a Corte entende como não controvertidas. As decisões de mérito da Corte são tomadas pelo plenário, sendo exigido um quórum mínimo de seis juízes para a instalação da sessão. No caso de empate, não é admitido o voto de qualidade do Presidente (também chamado de voto de Minerva), sendo assim mantida a decisão do tribunal inferior. Importante destacar que não há divisão em colegiados menores.<sup>355</sup> E “*não são anunciados os votos individuais e nenhuma opinião é escrita. Nem tampouco são resolvidas as questões legais do caso. A Corte, às vezes volta àquelas questões, num caso posterior.*”<sup>356</sup>

Conforme aponta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a principal forma de acesso à Suprema Corte é a *petition of certiorari*, requerimento pelo qual a parte solicita o reexame da causa julgada pelo tribunal inferior, questionando sua compatibilidade com a Constituição dos

---

conforme dados disponibilizados em e acessados em 23 de maio de 2001. A título de comparação, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2000, foram distribuídos 90.839 processos, com 86.138 julgamentos, conforme dados disponibilizados em 23 de maio de 2001.

<sup>354</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana...* *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>355</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? ... Op. cit.*, p. 203.

<sup>356</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana...* *Op. cit.*, p. 30.

Estados Unidos, tratados ou leis federais, ou mesmo direitos que sejam da órbita da ordem federal.<sup>357</sup> Introduzido no ordenamento jurídico norte-americano em 1891, o *writ of certiorari* “confere discricionariedade para a Suprema Corte no conhecimento das apelações, o que significa um juízo político na apreciação de um caso.”<sup>358</sup> Com efeito, o controle de constitucionalidade das leis não configura nos EUA um direito das partes, mas sim um ato de discricionariedade judicial. A Suprema Corte, portanto, tem ampla liberdade para escolher os casos que serão julgados, de acordo com a relevância da matéria discutida ou a repercussão que o caso concreto em julgamento terá para os demais cidadãos americanos.

Feitas tais considerações, cabe agora explicitar os resultados do levantamento empírico da fundamentação das decisões da *Supreme Court*.

#### 4.5 – Análise das Decisões da *Supreme Court*

Na presente pesquisa foi realizado um levantamento de decisões proferidas pela *Supreme Court*, desde 1988 até o ano de 2016 (*term* iniciado na primeira segunda do mês de outubro de 2015). Para tanto, foram selecionadas de forma aleatória as decisões listadas no Apêndice do presente trabalho.

Importante destacar que as decisões *per curiam*, por sua natureza, foram desconsideradas do presente levantamento. Isso porque não dispõem elas de qualquer elemento de fundamentação. Ainda assim, em tais decisões é interessante destacar que as manifestações possuem uma preocupação com a demonstração dos elementos fáticos que merece destaque.

De toda forma, seguindo os critérios estabelecidos na introdução do presente trabalho, para fins de comparação com as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, foram considerados os seguintes aspectos: (i) relator; (ii) número de páginas, (iii) existência de dissenso, (iv) citação de doutrina; (v) citação de jurisprudência; (vi) frequência de menção aos fatos; (vii) existência de raciocínio abstrato para justificação da decisão.

Segundo os dados apurados na pesquisa empírica, os acórdãos proferidos pela *Supreme Court* têm, em média, 35 páginas, em 62% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, sem citação direta; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta e há utilização constante de raciocínio abstrato.

---

<sup>357</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? ... Op. cit.*, p. 203.

<sup>358</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; SANTANA, Ana Carolina Squadri. O *Writ of Certiorari* e sua Influência sobre o Instituto da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. In: **Revista de Processo**. Vol. 235, p. 381-405. Set/2014. São Paulo: RT, 2014, p. 383.



Tais dados permitem concluir que a Suprema Corte americana decide de forma eminentemente concreta, atenta aos fatos presentes nos autos, em *opinions* relativamente longas, mas com preocupação com as consequências práticas após as decisões. Quanto à cultura de haver restrita citação doutrinária, o fenômeno foi apontado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que apontava, já nos anos 2000, que:

(...) nos Estados Unidos, a relação entre jurisprudência e doutrina em regra se apresenta invertida em comparação com a que estamos habituados a ver em nosso país. Aqui, os tribunais tendem a levar em consideração teses e argumentos constantes de livros e artigos científicos, indicando as fontes; lá, ao contrário, a doutrina é que se deixa influenciar, quando não moldar, pelos pronunciamentos judiciais.<sup>359</sup>

Nos acórdãos analisados na presente pesquisa, as referências à literatura especializada não superavam, em média, duas páginas. Quando muito, há simples menção dos nomes dos autores. Nada mais.

Para os fins propostos no presente trabalho, interessante demonstrar o método utilizado para fundamentar as decisões na *Supreme Court*. Para tanto, será utilizada a última decisão analisada no levantamento empírico, referente ao caso STEPHEN L. VOISINE et al v. UNITED STATES, decidido em 2016. Com efeito, no referido processo é debatida proibição, pelo Congresso Americano, da posse de armas de fogo por pessoas condenadas pelo delito de violência doméstica. Para definição do delito de violência doméstica, a legislação federal estabelece o uso de força física. No caso, o Sr. Voisine se declarou culpado de agressão à sua namorada, referente à contravenção de "*intencionalmente, consciente ou inconscientemente causar lesão corporal*" a outra pessoa. Posteriormente, foi o Sr. Voisine investigado de matar uma águia careca, animal ameaçado de extinção e protegido por leis federais americanas. A Polícia identificou que o Sr. Voisine possuía uma arma de fogo. Diante disso, poderia ser ele condenado por violar a lei federal que proíbe pessoas condenadas por crimes domésticos de possuírem uma arma. Em sua defesa, afirmou o Sr. Voisine que sua agressão doméstica anterior foi imprudente, mas não intencional, o que não a classificaria como delito de violência doméstica. Aqui, é essencial identificar uma característica importante da Corte americana: a questão posta para julgamento é claramente definida na primeira página do

---

<sup>359</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? ...** *Op. cit.*, p. 206.

julgado, qual seja: A agressão doméstica imprudente qualifica como um "crime delito de violência doméstica" conforme previsto na *Federal law* 18 U.S.C. § 922(g)(9).

Considerando tais elementos fáticos, devidamente explicitados na decisão, a *Justice Kagan*, elaborou a “*Opinion of the court*”. Inicialmente, o debate inicia com a diferenciação entre *felonies* e *misdemeanors*, espécies de infração penal existente da teoria do crime daquele ordenamento jurídico, bem como a aplicabilidade das normas federais. Todavia, importante destacar que a *Justice Kagan* define o ponto crucial da discussão: como delimitar o que é “uso da força” como elemento necessário para definição de imprudência. E a *justice* desenvolve raciocínios abstratos para diferenciar como o uso da força ocorre em situações domésticas: se um cônjuge deixa um prato cair no chão e o estilhaço atinge o outro cônjuge, não há intencionalidade no uso da força; mas se o mesmo cônjuge arremessa o prato na parede e, ao estilhaçar, um fragmento atinge o outro cônjuge, ferindo-o. Assim, para a julgadora, o fato de haver a condenação em um crime de violência doméstica importa no elemento volitivo de causar o dano. Em seguida, são respondidos, argumento por argumento, às alegações das partes. Para tanto, utiliza da análise do objetivo do Congresso ao estabelecer a lei que delimita a posse de armas por pessoas condenadas. Ademais, há uma discussão sobre os precedentes aplicáveis ao caso. E o problema apontado pela *Justice Kagan* refere-se à incoerência da palavra “imprudente” (*reckless*) nas decisões pretéritas e na legislação aplicável. Haveria uma sobreposição de termos durante o período, mas que seria solucionado pela percepção de que, se o Congresso não adotou a distinção quanto às espécies de infrações penais, significa que todas elas se adequam à norma que proíbe a posse de arma por cidadãos condenados pelo crime de violência doméstica.

No dissenso, aberto pelo *Justice Thomas* e seguido pela *Justice Sotomayor*, os magistrados discutem exatamente o conceito de uso da força apresentado no voto majoritário. E há resposta específica sobre todos os exemplos hipotéticos levantados na *opinion* majoritária. Merece destaque o seguinte trecho:

The second category involves a person who intentionally unleashes force that recklessly causes injury. The majority gives two examples:

1. The Angry Plate Thrower: “[A] person throws a plate in anger against the wall near where his wife is standing.” Ante, at 6. The plate shatters, and a shard injures her. Ibid.
2. The Door Slammer: “[A person] slams the door shut with his girlfriend following close behind” with the effect of “catch[ing] her fingers in the jamb.” Ibid.

The Angry Plate Thrower and the Door Slammer both intentionally unleashed physical force, but they did not intend to direct that force at

those whom they harmed. Thus, they intentionally employed force, but recklessly caused physical injury with that force. The majority believes that these cases also constitute a “use of physical force,” and I agree. The Angry Plate Thrower has used force against the plate, and the Door Slammer has used force against the door. The more difficult question is whether this “use of physical force” comes within §921(a)(33)(A)(ii), which requires that the “use of physical force” be committed by someone having a familial relationship with the victim. The natural reading of that provision is that the use of physical force must be against a family member. In some cases, the law readily transfers the intent to use force from the object to the actual victim. Take the Angry Plate Thrower: If a husband throws a plate at the wall near his wife to scare her, that is assault. If the plate breaks and cuts her, it becomes a battery, regardless of whether he intended the plate to make contact with her person. See W. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton, & D. Owens, *Prosser and Keeton on Law of Torts* §9, pp. 39–42 (5th ed. 1984) (Prosser and Keeton).<sup>360</sup>

O referido fragmento da decisão da *Supreme Court* evidencia um elemento de fundamentação presente nos países de *common law*. Há uma efetiva discussão do caso concreto entre os magistrados, que se debruçam sobre os fatos para estabelecer a correta interpretação da lei ou do precedente aplicável ao caso em julgamento. Verifica-se uma preocupação com o apuro terminológico e delimitação de todos os elementos que possam influenciar na decisão. Por estarem cientes de que a sua decisão será utilizada como precedente em casos posteriores de posse de arma por cidadãos condenados por violência doméstica, há um debate extenso sobre a intencionalidade de tal violência, apta a autorizar a aplicação do *Federal law* 18 U.S.C. § 922(g)(9).

Ademais, interessante mencionar que as citações à doutrina, nas poucas oportunidades que foram elas verificadas, são feitas de forma curta, em pontos específicos, apenas para

---

<sup>360</sup> Tradução livre: “A segunda categoria envolve uma pessoa que utiliza intencionalmente a força, que resulta imprudentemente lesão. A maioria (dos Justices) dá dois exemplos: 1. O Atirador de Pratos Raivoso (*Angry Plate Thrower*): “[A] lança um prato com raiva contra a parede, perto de onde a esposa está de pé”. O prato se quebra e um fragmento a machuca. *Ibid.* 2. O Batedor de Portas (*The Door Slammer*): “[Uma pessoa] fecha a porta com sua namorada que segue logo atrás” com a consequência de “atingir os seus dedos, prendendo-os no batente”. *Ibid.* O *Angry Plate Thrower* e o *Door Slammer* utilizaram intencionalmente a força física, mas não pretendiam dirigir essa força contra aqueles que prejudicaram. Assim, eles intencionalmente empregaram a força, mas causaram ferimentos físicos sem intenção com essa força. A maioria (dos Justices) acredita que esses casos também constituem um “uso da força física”, e eu concordo. O *Angry Plate Thrower* usou a força contra o prato e o *Door Slammer* usou a força contra a porta. A questão mais difícil é se este “uso da força física” está dentro do §921 (a) (33) (A) (ii), o que exige que o “uso da força física” seja cometido por alguém que tenha uma relação familiar com o vítima. A leitura normal dessa disposição é que o uso da força física deve ser contra um membro da família. Em alguns casos, a lei transfere facilmente a intenção de usar a força do objeto para a vítima real. Pegue o atirador de pratos irritado: se um marido joga um prato na parede perto de sua esposa para assustá-la, isso é ataque. Se a placa quebrar e cortá-la, torna-se uma lesão corporal, independentemente de ele pretender que o prato atinja a pessoa. Veja W. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton e D. Owens, *Prosser e Keeton sobre Law of Torts* §9, pp. 39-42 (5º ed. 1984) (Prosser e Keeton).”

elucidar temas objetivamente duvidosos. Os demais argumentos são desenvolvidos pelos *Justices*, de forma concomitante, tanto o modelo indutivo quanto o modelo dedutivo de fundamentação. Destaca-se também a objetividade da argumentação, que não se perde em digressões que em nada influenciam no julgamento.

Quanto aos precedentes, não há preocupação na sua transcrição, mas apenas a menção do raciocínio desenvolvido no julgado (*ratio decidendi*) e as informações para fins de identificação. O precedente é utilizado para confirmar o raciocínio desenvolvido pelo julgador, não como substituição de sua argumentação. A propósito, vale mencionar o seguinte parágrafo:

Third, context confirms that “use of physical force” connotes an intentional act. Section 921(a)(33)(A)(ii)’s prohibitions also include “the threatened use of a deadly weapon.” In that neighboring prohibition, “use” most naturally means active employment of the weapon. And it would be odd to say that “use” in that provision refers to active employment (an intentional act) when threatening someone with a weapon, but “use” here is satisfied by merely reckless conduct. See *Sorenson v. Secretary of Treasury*, 475 U. S. 851, 860 (1986) (the same words in a statute presumptively have the same meaning). Thus, the “use of physical force” against a family member refers to intentional acts of violence against a family member.<sup>361</sup>

Assim, parece certo afirmar que o método de fundamentação na *Supreme Court* é, ao mesmo tempo, tanto o indutivo quanto o modelo dedutivo, casuístico e voltado para definição de questões que serão aplicadas para o futuro.

#### 4.6 – A Fundamentação de um *Hard Case* na *Supreme Court*

Para uma completa análise das decisões proferidas pela *Supreme Court*, bem como para sustentar as conclusões adiante explicitadas, necessário se faz a verificação da fundamentação de uma decisão considerada um caso difícil, na qual a corte foi colocada em uma situação limite, sem uma resposta simples no ordenamento jurídico. Para proceder tal análise, o método outrora utilizado – decisões aleatórias – se mostra imprestável. Assim, foi

---

<sup>361</sup> Tradução livre: “Em terceiro lugar, o contexto confirma que o “uso da força física” tem conotação de um ato intencional. As proibições da seção 921 (a) (33) (A) (ii) também incluem “ameaçar por meio de uma arma mortal”. Na próxima proibição, “usar” certamente significa o emprego ativo da arma. E seria estranho dizer que o “uso” nessa disposição refere-se ao emprego ativo (um ato intencional) ao ameaçar alguém com uma arma, mas o “uso” aqui é satisfeito por uma simples conduta imprudente. Ver *Sorenson v. Secretário do Tesouro*, 475 U. S. 851, 860 (1986) (as mesmas palavras em uma lei têm presumidamente o mesmo significado). Assim, o “uso da força física” contra um membro da família refere-se a atos intencionais de violência contra um membro da família.”

escolhida, respeitando-se o critério temporal estabelecido no levantamento aleatório, a decisão proferida no Caso Bush v. Gore (531 U.S. 98 [2000]).

No referido caso, questionou-se o pleito presidencial no Estado da Flórida, que em apertada contagem, apontou a vitória do candidato republicado por uma margem de singelos 1.782 votos para George W. Bush. E considerando o equilíbrio na disputa, a vitória na Flórida significou a eleição para o cargo de presidente dos EUA. Considerando as especificidades do federalismo americano, no caso, a Lei Eleitoral da Flórida, em razão da diferença de votos existente entre os candidatos, determinava que se realizasse uma recontagem de votos, a menos que o candidato derrotado a dispensasse. Al Gore, candidato democrata derrotado, como era de se esperar, não aceitou a vitória de Bush e solicitou a recontagem de votos na justiça local. A diferença pró-Bush, posterior à recontagem, encolheu de 1.782 para 327 votos. Somado a este fato, as cédulas dos eleitores, que votavam no exterior, ainda não haviam sido contadas.

Inicialmente, o litígio sobre a contagem de votos ocorreu no Tribunal Estadual da Flórida que, diante dos argumentos apresentados pelas partes, segundo JUAREZ FREITAS e GABRIEL WEDY:

(i) ordenou que os resultados da recontagem de Palm Beach, juntamente com os resultados parciais da recontagem interrompida de Miami-Dade, fossem somados às totalizações dos candidatos, uma providência que diminuiu a vantagem de Bush em mais 200 votos; (ii) ordenou que todos os votos em branco, cerca de 60 mil, fossem recontados à mão, inclusive o saldo dos votos em Miami-Dade; (iii) ordenou que a recontagem fosse feita por técnicos judiciários no Estado, em lugar de juntas eleitorais dos condados ou, ainda, por representantes eleitorais oficiais do Estado; (iv) recusou-se a estabelecer critérios para a recuperação de votos de cédulas danificadas mais específicos do que a intenção do eleitor e (v) se recusou a autorizar uma recontagem de cédulas com excesso de votos, isto é, cédulas que continham votos ou marcações interpretáveis como votos para mais de um candidato para o mesmo cargo. Havia cerca de 110 mil votos em excesso no Estado da Flórida.<sup>362</sup>

Bush recorreu para a Suprema Corte que suspendeu a decisão do Tribunal da Flórida, no dia 12 de dezembro, com os votos dos *Justices* Rehnquist, O' Connor, Scalia, Kennedy e Thomas formando a maioria. Para a Suprema Corte, a recontagem de votos seria uma negação da proteção igualitária das leis. A decisão entendeu que as determinações (i), (ii), (iv) e (v) criavam diferenças no tratamento das cédulas de eleitores diferentes. Os *Justices* Souter e Breyer concordaram que a ordem de recontagem levantava problemas de proteção igualitária (algo que exigia reparo), mas entenderam que o melhor seria enviar o assunto de volta para o Tribunal da Flórida determinar uma recontagem apropriada dos votos. Os *justices* Stevens e

---

<sup>362</sup> WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Na disputa entre Bush e Gore, venceu a visão voluntarista. In: **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/dissenso-bush-gore-venceu-visao-voluntarista>>. Acesso em 22/5/2017.

Ginsburg dissentiram da maioria, porque entenderam que a ordem de recontagem não violava qualquer disposição legal. Assim, o resultado final reconheceu que não havia mais tempo para que a recontagem dos votos continuasse. Isso permitiu que o resultado inicial, que reconheceu a vitória de George W. Bush, fosse validado.

Segundo RONALD DWORKIN, não havia possibilidade de garantir que, ao término da recontagem, Gore teria sido eleito. Até mesmo porque existiam, à época, dados estatísticos que demonstravam ter Bush recebido mais votos adicionais do que Gore. Todavia, o simples fato de a *Supreme Court* não permitir que esse processo continuasse colocou uma “*cloud of suspicion over that victory*”.<sup>363</sup>

Não obstante, relevante para o presente trabalho é o reconhecimento, pela Suprema Corte, que o caso em julgamento era de elevada complexidade, pois colocava em choque duas visões distintas sobre a função do Poder Judiciário no jogo democrático.<sup>364</sup> Com efeito, os argumentos políticos são levados em consideração, bem como o impacto da decisão em todo o sistema jurídico e na sociedade. Vale mencionar, a propósito, o seguinte trecho do voto dissidente do *Justice Stevens*:

What must underlie petitioners’ entire federal assault on the Florida election procedures is an unstated lack of confidence in the impartiality and capacity of the state judges who would make the critical decisions if the vote count were to proceed. Otherwise, their position is wholly without merit. The endorsement of that position by the majority of this Court can only lend credence to the most cynical appraisal of the work of judges throughout the land. It is confidence in the men and women who administer the judicial system that is the true backbone of the rule of law. Time will one day heal the wound to that confidence that will be inflicted by today’s decision. One thing, however, is certain. Although we may never know with complete certainty the identity of the winner of this year’s Presidential election, the identity of the loser is perfectly clear. It is the Nation’s confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law. I respectfully dissent.<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> DWORKIN, Ronald. A Badly Flawed Election. *In: The New York Review of Books*. Disponível em <<<http://www.nybooks.com/articles/2001/01/11/a-badly-flawed-election/>>>. Acesso em 14/4/2017.

<sup>364</sup> Interessante notar que, a despeito de sua importância, a decisão da Suprema Corte possui 61 páginas, nela incluídas as opiniões dissonantes.

<sup>365</sup> Tradução livre: “*O que subjaz à toda agressão federal aos procedimentos eleitorais da Flórida é uma falta de confiança não declarada na imparcialidade e capacidade dos juízes estaduais que tomarão decisões críticas se a contagem dos votos continuar. Caso contrário, sua posição é totalmente desprovida de mérito. O endosso dessa posição pela maioria deste Tribunal só pode dar credibilidade à avaliação mais cínica do trabalho dos juízes em toda o país. É a confiança nos homens e mulheres que administram o sistema judicial a verdadeira espinha dorsal do Estado de Direito. O tempo um dia curará a ferida dessa confiança que foi atingida pela decisão proferida hoje. Uma coisa, no entanto, é certa. Embora possamos nunca saber com total certeza a identidade do vencedor da eleição presidencial deste ano, a identidade do perdedor é perfeitamente clara. É a confiança da Nação no juiz como um guardião imparcial do Estado de Direito. Eu discordo respeitosamente.*”

Por conseguinte, parece evidente que as situações nas quais a atuação da Suprema Corte atua de forma ativista, ainda que se possa discordar do posicionamento por ela adotado, há um reconhecimento e debate sobre os limites que tal atuação pode acontecer.

## **5 – A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE EMPÍRICA DOS JULGADOS DO STF, STJ, TJSP, TJMG, TJRJ, TRF DA 1ª REGIÃO E TRF DA 4ª REGIÃO**

Após a demonstração empírica da forma como se procede a fundamentação na *Supreme Court*, cabe agora explorar a técnica de fundamentação das decisões nos tribunais brasileiros.

Os dados apresentados no presente capítulo tiveram origem no levantamento das decisões proferidas por cada um dos Tribunais previamente selecionadas, de acordo com os critérios indicados na introdução. Com vistas a facilitar a comparação dos dados, os resultados serão apresentados por cada um dos Tribunais. Ao final do capítulo, as principais informações serão elencadas de forma comparativa, permitindo-se uma melhor compreensão da fundamentação das decisões judiciais no Brasil.

### **5.1 – A Fundamentação das Decisões no Supremo Tribunal Federal**

Qualquer análise sobre a fundamentação das decisões judiciais impescinde de uma acurada verificação de como a mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro enfrenta as demandas que são a ela submetidas. Sendo assim, a verificação empírica terá início com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF foi criado pelo Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890 pelo Governo Provisório da República e consolidado na Constituição da República de 1891. Entretanto, sua estrutura, componentes e demais processos são oriundos da antiga Casa de Suplicação criada por D. João VI em 1808, que havia sido transformada em Supremo Tribunal de Justiça durante o Império. Não obstante o seu passado ligado à tradição judiciária portuguesa, a criação do STF teve manifesta inspiração na *Supreme Court* americana, a qual tentou emular em diversos elementos, como função institucional, número e forma de escolha dos componentes, dentre outros. Não obstante, excetuada a alteração do número de ministros, que inicialmente eram 15 e posteriormente foi reduzido para 11, bem como a mudança do nome do Supremo Tribunal na Constituição de 1934 para Corte Suprema, depois restabelecido na Carta de 1937, o modelo do Supremo, adotado na Constituição de 1891, foi mantido em todas as demais Constituições Republicanas do Brasil.

Feitas tais considerações, para demonstração da técnica de fundamentação das decisões adotadas pelo STF foram escolhidos, de forma aleatória, 10 acórdãos proferidos no período compreendido entre 1989 e 2015. Na escolha de tais decisões, apenas foram

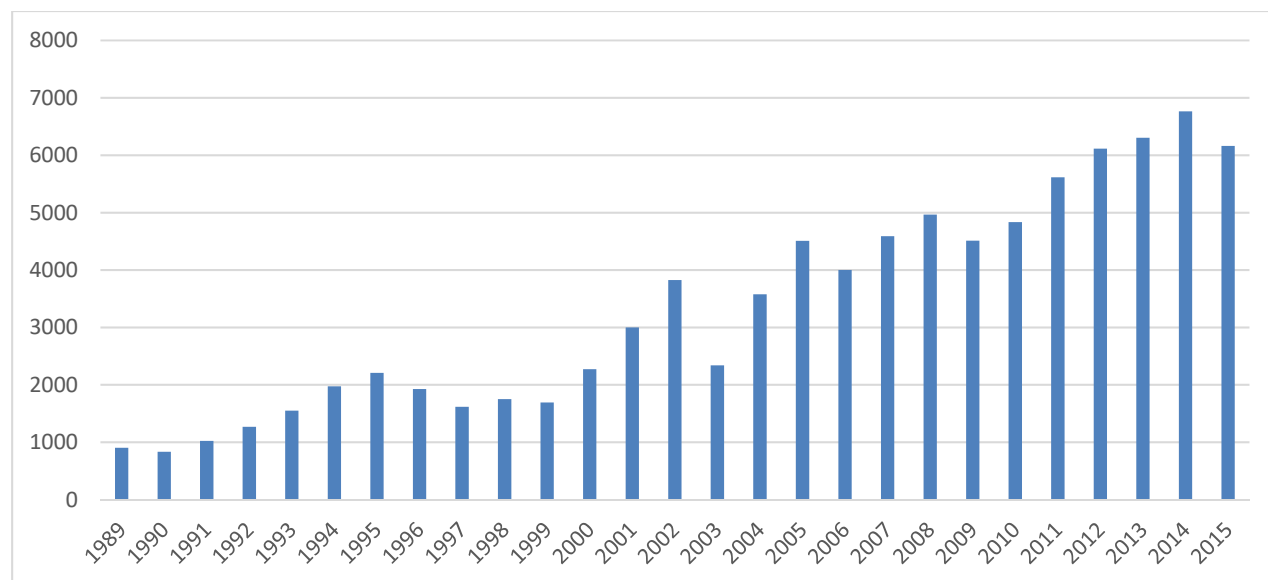


descartadas aquelas oriundas de processos penais, uma vez que fogem do escopo do presente trabalho, bem como não foi admitida a repetição de relatores em um mesmo ano. Sendo assim, após o levantamento, foram considerados os seguintes aspectos das decisões: (i) relator; (ii) número de páginas, (iii) existência de dissenso, (iv) citação de doutrina; (v) citação de jurisprudência; (vi) frequência de menção aos fatos; (vii) existência de raciocínio abstrato para justificação da decisão.

Segundo os dados apurados na pesquisa empírica, os acórdãos proferidos pelo STF têm, em média, 15 páginas, com votos de 4,5 páginas, transcrição de ementas de 1,8 páginas, em 23,3% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,39 páginas; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta e não foi identificado, pelo menos nos acórdãos analisados, o raciocínio abstrato.

Antes, porém, de iniciar a análise da fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo, é interessante destacar um dado inicialmente não previsto, mas que emergiu do levantamento empírico. Considerando que foram utilizados os mesmos parâmetros de pesquisa em todos os anos, foi possível apurar o quantitativo de acórdãos publicados pelo STF por ano. E o resultado da pesquisa pode ser condensado no seguinte gráfico:

Gráfico 1 – STF: Número de Acórdãos Publicados entre 1989 e 2015



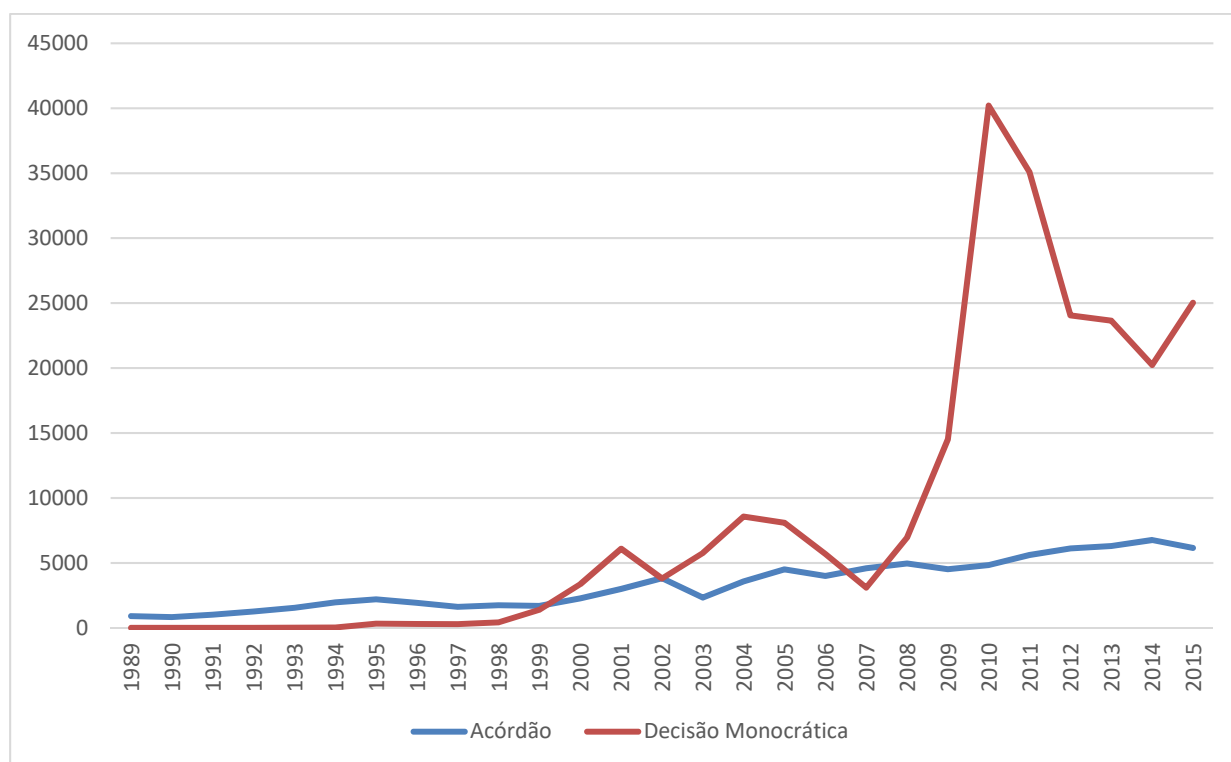
No Gráfico 1 é possível notar que o aumento do número de decisões colegiadas por ano intensificou-se na primeira metade da década de 2000, ressalvado o ano de 2003. Em

seguida, entre os anos de 2005 e 2010 houve uma estabilidade do número de decisões proferidas pelo STF, seguido por um novo período de aumento do número de decisões publicadas.

Considerando a quantidade de julgamentos realizados no ano, causa certa surpresa o volume de decisões colegiadas apreciadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Apenas um exercício hipotético com os dados obtidos no ano de 2015, no qual o STF publicou 6181 decisões colegiadas, divididas igualmente, para os fins da presente análise, entre os 11 ministros, significa que foram 561,9 decisões para cada um dos relatores em apenas um ano, ou 1,53 decisões por dia. Vale ressaltar que foram considerados apenas os votos dos relatores, não incidindo os eventuais dissensos na equação acima apresentada.

Todavia, os números são ainda mais absurdos se considerarmos as decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do STF no mesmo período. Enquanto no julgamento colegiado o crescimento do número de decisões no período analisado é de mais fácil compreensão, a linha que acompanha o crescimento das decisões monocráticas causa espécie a qualquer pesquisador:

Gráfico 2 – STF: Comparativo: Número de Decisões Monocráticas x Número de Decisões Colegiadas



A partir do ano de 1998, quando houve a modificação do art. 557 do CPC de 1973, houve um significativo aumento na utilização das decisões monocráticas como método de julgamento dos recursos. Não obstante, após o ano de 2007, é possível afirmar que as decisões monocráticas passaram a ser o *modus operandi* do STF na apreciação dos litígios.

Independentemente das críticas que podem ser tecidas ao método de julgamento monocrático, que serão apresentadas no momento oportuno, outro elemento também se destaca: a produtividade dos ministros do STF. Com efeito, apenas no ano de 2015 foram proferidas 25.029 decisões monocráticas, o que significa que, presumindo uma divisão equitativa dos processos, cada ministro, inclusive o presidente, proferiu em média 2.275 decisões nos 365 dias do ano. *Ad absurdum*, se um ministro trabalhasse todos os dias do ano, inclusive sábados, domingos e feriados, sem tirar férias, ele teria proferido 6,23 decisões diariamente. Vale aqui lembrar, são desconsideradas as decisões colegiadas, repercussões gerais, etc., mas apenas decisões monocráticas. *Impossível* crer que um ministro aprecie, em sua integralidade, 6,23 processos por dia, todos os dias do ano (repita-se: incluindo sábados, domingos e feriados), com a devida atenção, julgue conforme a sua convicção, apresentando os motivos para tanto. É preciso, portanto, ao dialogar sobre a fundamentação das decisões, considerar os elementos fáticos decorrentes da organização dos Tribunais brasileiros. Apenas a título de comparação, MICHELLE TARUFFO apresenta o quantitativo de decisões proferidas pela cúpula do Poder Judiciário inglês e americano, no qual “*atualmente a House of Lords pronuncia em média menos de 100 sentenças por ano, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos, que também exerce um juízo de constitucionalidade, pronuncia menos de 200.*”<sup>366</sup> Tais números certamente impactam na qualidade da fundamentação das decisões proferidas pela Corte suprema brasileira.

Os números acima permitem concluir também que todas as alterações legislativas até então efetivadas não causaram o resultado esperado de diminuição do volume de decisões dos magistrados. Desconsiderados alguns períodos pontuais de diminuição dos processos, a projeção para os próximos anos aponta para um crescimento do número de decisões publicadas pelo STF.

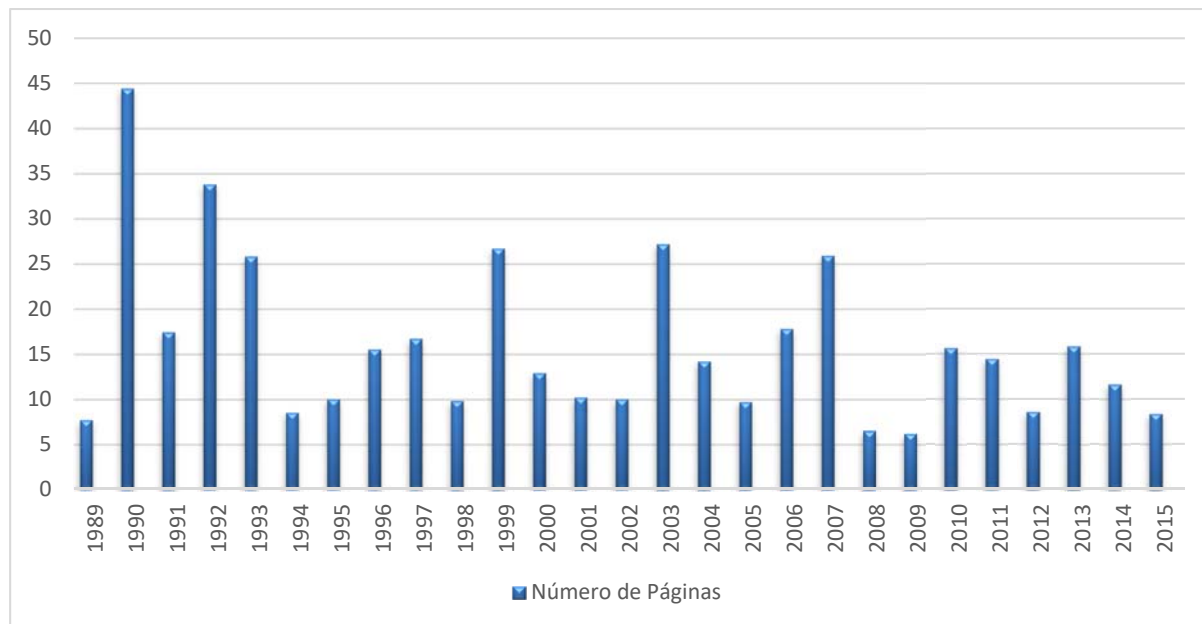
A despeito dos dados gerais acima elencados, necessário concentrar na análise dos acórdãos propriamente ditos. No levantamento empírico das decisões do STF foi possível apurar que os acórdãos da referida Corte possuem, em média, 15 páginas, considerando ementa,

---

<sup>366</sup> TARUFFO, Michelle. **Precedente e Jurisprudencia...** *Op. cit.*, p. 6

relatório, voto(s), eventuais debates e extrato de ata. A evolução da média nos anos analisados pode ser assim sintetizada, evidenciando uma tendência à diminuição do número de páginas:

Gráfico 3 – STF: Média do Número de Páginas dos Acórdãos do STF entre 1989 e 2015



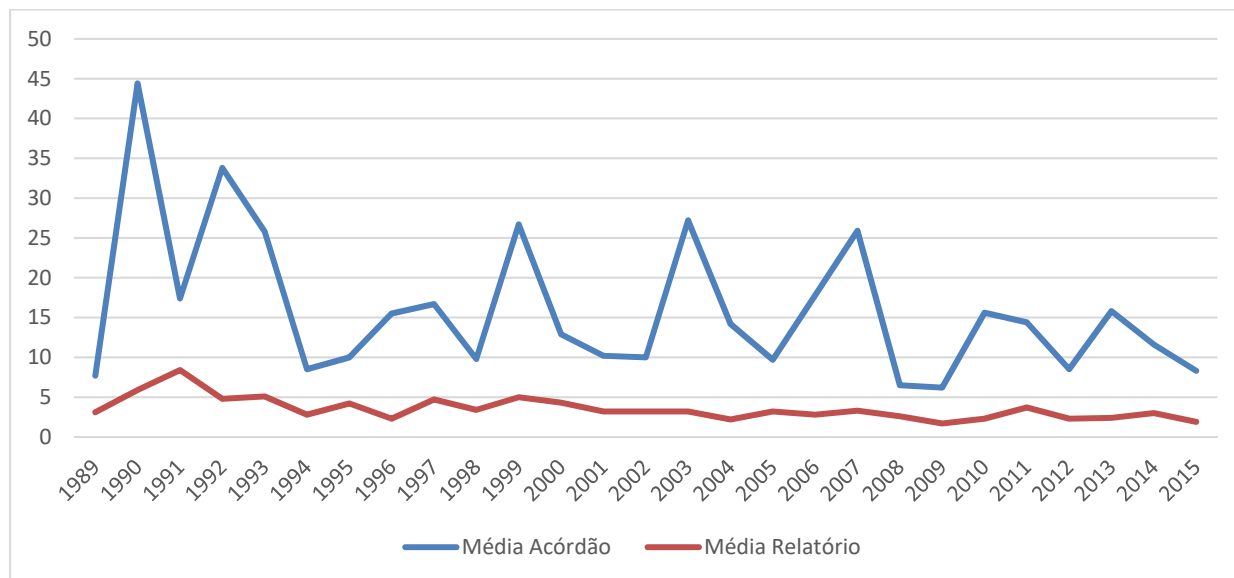
Cabe esclarecer que a pesquisa, por utilizar o método aleatório de identificação das decisões, permitiu a seleção de acórdãos de decisões consideradas extensas em relação as demais. A título de exemplo, basta verificar o acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 21.623-9, de relatoria do ministro Carlos Velloso, julgado em 1992, que foi impetrado pelo então Presidente Fernando Collor de Melo para discutir o procedimento adotado pelo Senado Federal no seu processo de *impeachment*. Tal decisão foi selecionada no método aleatório e integrou a presente pesquisa, contribuindo para elevar a média de páginas, uma vez que possuía ela 221 páginas. Ainda assim, o método escolhido permitiu diluir eventuais excessos e encontrar o padrão decisório da referida corte.

O Gráfico 3 evidencia uma tendência de redução do número de página dos acórdãos do STF. Com efeito, ainda que a média apurada seja de 15 páginas por acórdão, nos últimos anos de análise, destacadamente após o ano de 2007, somente em duas outras oportunidades a média esteve em patamar superior às 15 páginas. É possível suscitar que o acréscimo de trabalho para cada ministro resultou em uma simplificação na argumentação das razões.

Dentre os elementos analisados, merece inicial destaque o relatório. Trata-se da parte da decisão que apresenta os elementos fáticos do processo,<sup>367</sup> resume a pretensão das partes e, no caso do julgamento de recursos pelas cortes superiores, o entendimento adotado pela corte de origem.<sup>368</sup> Entretanto, foi possível perceber que, no âmbito no STF, os relatórios não passam de reprodução, *ipsis literis*, de trechos de outras manifestações contidas no processo. Usualmente, são utilizadas as manifestações do Procurador Geral da República ou mesmo a mera transcrição do acórdão recorrido. Assim, ao contrário do que seria esperado, o relatório é elaborado apenas *pro forma*, sem qualquer conteúdo relevante, uma vez que não é de lavra do próprio relator.

Acrescente-se que, no caso da Corte Suprema, os relatórios apresentaram a média de 3,51 páginas em um acórdão, sendo o tribunal que despense mais páginas com o relatório dentre os Tribunais brasileiros analisados. A título de comparação, interessante verificar a média de páginas de um acórdão e a média de páginas do relatório:

Gráfico 4 – STF – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório



Porém, o mais relevante dos problemas no relatório é a impossibilidade de identificação dos fatos relevantes no processo. Via de regra, são apresentados apenas o resumo

<sup>367</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 401.

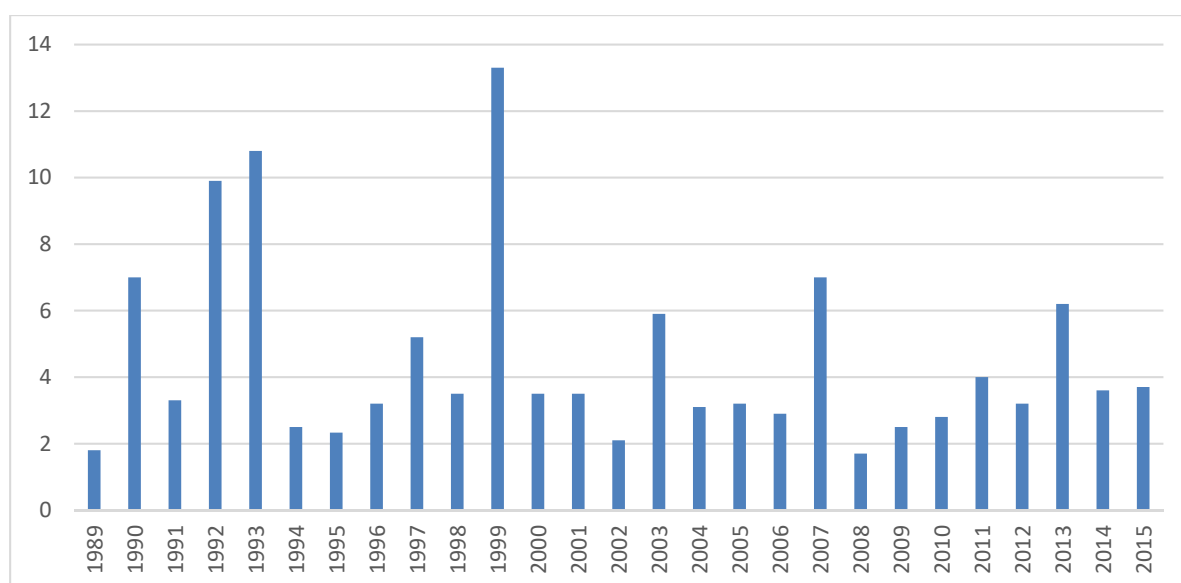
<sup>368</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;”

dos pedidos, por meio da transcrição do trecho da petição no qual ele está contido. Tampouco são elucidados os argumentos que as partes suscitaram como justificativa para tais pedidos. Em consequência, no plano fático, o relatório é um mecanismo inócuo de auxílio à fundamentação das decisões, configurando-se mero formalismo na técnica decisória do STF. As críticas ao relatório serão mais bem elaboradas no capítulo pertinente.

Em seguida, foi procedido o levantamento dos votos dos ministros do STF. Em média, os votos possuem 4,5 páginas, com evolução que pode ser assim sintetizada:

Gráfico 5 – STF – Média de Páginas do Voto

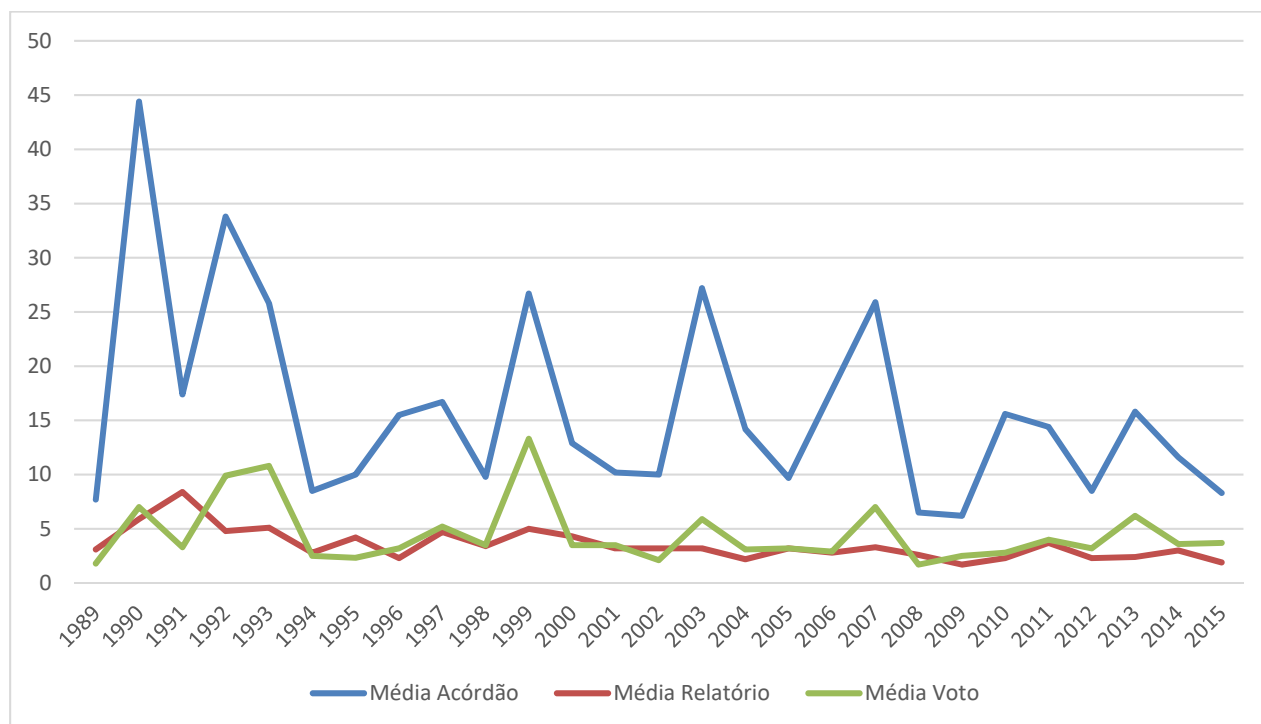


Assim, como o gráfico da média do número de páginas do acórdão indica um viés de redução, também é perceptível a mesma tendência quanto ao número de páginas dos votos. Novamente, após o ano de 2007, somente em uma oportunidade foi superada a média de 4 páginas de voto, confirmando a simplificação na argumentação no STF.

Especificamente quanto aos votos, merece especial atenção o gráfico comparativo do número de página dos acórdãos, dos relatórios e dos votos no período analisado.

Interessante destacar que, em diversas oportunidades, os votos e relatórios possuem o mesmo número de páginas em um acórdão, isso quando não ocorre de os relatórios possuírem mais páginas que os próprios votos. Mais uma vez, cabe destacar que tal fato somente ocorreu no STF, não sendo replicado pelos demais Tribunais brasileiros:

Gráfico 6 – STF – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



No voto propriamente dito, e ao contrário do que seria esperado, a menção de autores e livros acadêmicos é praticamente inexistente dentre os acórdãos estudados. Com efeito, a menção de trechos de livros ou artigos científicos é por demais reduzida, com uma média de 0,39 páginas por acórdão. Na verdade, a média aritmética esconde o fato de que, tirando decisões em processos efetivamente complexos, de notável relevância social, nos quais a menção da doutrina é extensa, nos acórdãos do STF praticamente inexistente citação acadêmica.

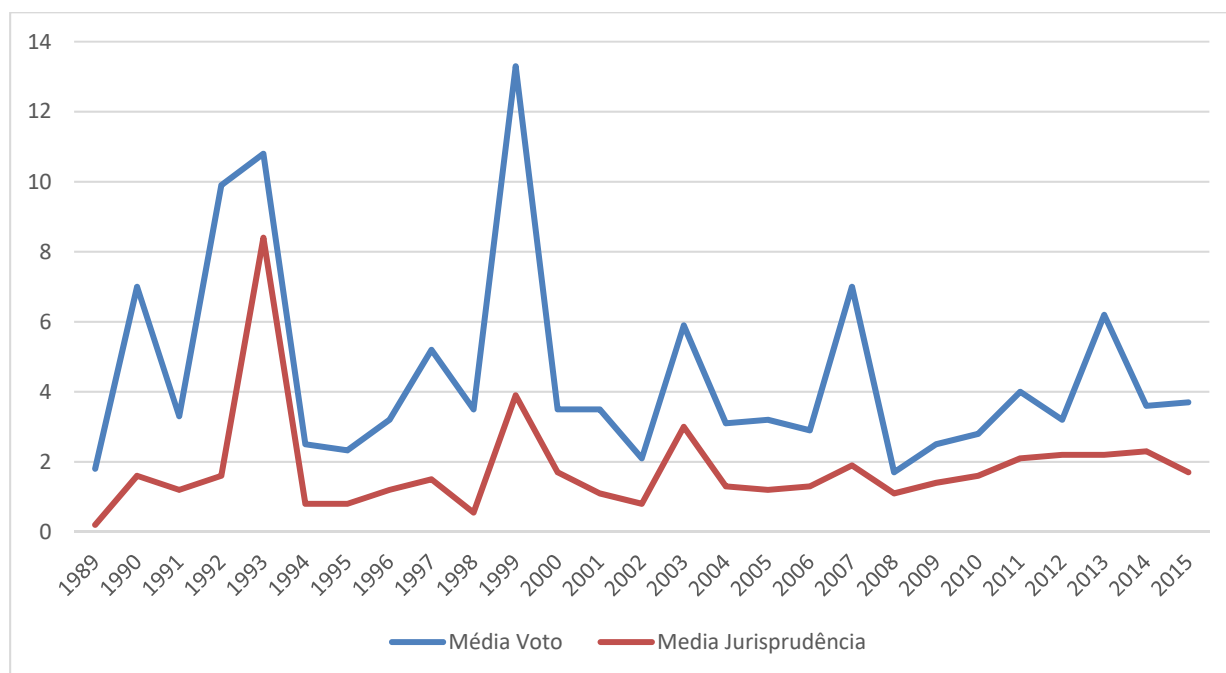
Não obstante, ainda que ocorra com uma frequência menor do que seria esperado, os autores são citados sem qualquer justificativa para a sua escolha ou as razões que sustentem ser a conclusão apresentada pelo acadêmico como a mais correta. Como já apontado na pesquisa empírica realizada por JOSÉ RODRIGO RODRIGUES,<sup>369</sup> o raciocínio parecerista constante nos votos é confirmado pela escolha de citações da doutrina que apenas corroboram com as conclusões do relator. Ademais, a menção à doutrina, aparentemente, também é usada

<sup>369</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes...** *Op. cit.*, p. 81. Merece menção o seguinte trecho, da mesma página, que sintetiza o raciocínio parecerista: “É interessante notar que o juiz, quando decide, ou seja, quando exerce sua autoridade, também invoca autoridades em profusão para demonstrar que sua opinião é a única correta. As cortes brasileiras citam, com muita frequência, doutrinadores e teóricos do direito (além de ‘jurisprudências’) sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, ou seja, sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final, de acordo com sua reconstrução sistemática das fontes de direito.”

para demonstrar erudição daquele que prolatou o voto. No mencionado Mandado de Segurança nº 21.623-9, o voto do ministro Carlos Velloso, relator do acórdão, possui 59 páginas, das quais 35 são de transcrição de trechos de obras clássicas sobre o instituto do *impeachment*. Entretanto, poucas, para não dizer quase nenhuma, daquelas transcrições, foram úteis no raciocínio desenvolvido pelo ministro para denegar a segurança então pleiteada. A parte inicial do voto, inclusive, muito se assemelha a trabalhos acadêmicos, que reúnem um sem número de autores que serão posteriormente dispensados. Não há metodologia, portanto, quando da utilização das citações acadêmicas.

Por sua vez, a transcrição de ementas ocupa uma média de 1,8 páginas por voto. Interessante aqui destacar que a transcrição de parte das decisões passadas não era prática usual nos primeiros anos do levantamento empírico. Em sua maioria, os ministros que compunham a Corte Suprema no início dos anos 90 apenas mencionavam os números dos processos nos quais foram proferidos os argumentos que serão úteis para motivar. Nada mais. Por vezes, em lugar de citar o número do processo no qual foi proferida decisão similar, apenas mencionam expressões como “remansosa jurisprudência”, “iterativa jurisprudência” e similares. A prática de transcrever a ementa das decisões anteriores aparece com maior frequência após o início da década de 2010.

Gráfico 7 – STF – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto





Também chamou a atenção a frequência com que os ministros transcrevem os textos de lei em seus votos, com vistas a fundamentar as suas conclusões. O percentual atingiu o patamar de 29,2% dos acórdãos analisados no levantamento empírico. Interessante notar que, a partir dos anos de 2006 e 2007, houve uma gradativa diminuição da transcrição, que anteriormente tinha uma média de 38,6% e depois caiu para uma média de 12,5% dos acórdãos.

Por fim, a menção aos fatos nos votos dos ministros ocorre de forma restrita, apenas quando oportuno no intuito de sustentar as suas próprias conclusões. É virtualmente impossível inferir quais são os argumentos deduzidos pelas partes a partir dos votos, uma vez que não são eles indicados, tampouco respondidos. Assim, nos votos analisados não há debate de posições antagônicas sobre o bem jurídico controvertido, mas apenas um raciocínio linear a indicar a única resposta possível para questão decidida. Também é de se destacar o grau de generalidade que algumas decisões se apresentaram, sem quaisquer elementos de individualização do caso concreto em julgamento. Vale citar o seguinte voto do Ministro Cezar Peluso, proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 808.618/SP:

1. A decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentam à compreensão e ao desate da *questio iuris*.

Quanto às alegações aduzidas no agravo regimental, é ônus da parte promover a integral e oportuna formação do instrumento, sendo vedada posterior complementação (súmula 288. No mesmo sentido, AI nº 214.562-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 11.9.98; AI nº 204057-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 1.10.99; AI nº 436.010-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.9.2003; AI nº 436.371-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.9.2003; AI nº 454.352-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 13.2.2004; AI nº 431.665-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 30.4.2004; e AI nº 481.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 7.5.2004).

2. Isto posto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Tal voto é representativo por simbolizar aquilo que pode se denominar decisão padrão do STF, utilizada nos *easy cases*. Em primeiro lugar, destaca-se o uso de expressões genéricas, aqui simbolizada por “entendimento invariável da Corte”. A referida expressão tenta demonstrar, sem qualquer elemento fático que a sustente, que o posicionamento da decisão agravada está em conformidade com o posicionamento dominante na Corte Suprema. Mas não há indicação das razões das decisões dissonantes e os motivos pelos quais não são elas aplicáveis no caso em julgamento, tampouco o período no qual o STF adotou tal entendimento. Ademais, no segundo parágrafo, o ministro relator esclarece que o recurso em julgamento foi interposto contra uma decisão manifestamente correta, com um posicionamento da Corte de amplo conhecimento das partes e seus procuradores. Para tanto, colaciona a súmula aplicável e sete decisões, no mesmo sentido, para corroborar com o seu entendimento. Todavia, não há

a correspondente condenação da parte recorrente pela litigância de má-fé, tal qual prevista no art. 17 do CPC/73, então vigente à época. Aqui reside uma evidente contradição da Corte Suprema: se a questão é de simples decisão e o recurso foi meramente protelatório, uma vez que foi decidido em dois parágrafos, o que justifica a relutância da aplicação da multa pela conduta abusiva da parte.

Interessante também é verificar o percentual de dissenso entre os ministros no STF, que atingiu 23,3%, o mais alto entre todas as cortes estudadas. Com efeito, é comum na Corte Suprema que os ministros apresentem posições dissonantes de seus pares. Em algumas situações específicas, que ocorreram em um percentual por demais reduzido para justificar a sua menção, alguns ministros que atuaram na condição de vogal fizeram constar que, apesar de discordarem do posicionamento majoritário, não iriam abrir a divergência e expressar sua posição. Em especial, o Ministro Marco Aurélio tem por prática utilizar-se de tal expediente quando resta vencido em sua turma.

Por fim, a despeito de verificar-se, em quantidade, as decisões dos processos considerados simples possuem as características acima explicitadas, é importante esclarecer o método de fundamentação nos acórdãos de casos de elevada complexidade (*hard cases*), situações nas quais o STF atua enquanto uma corte de precedente. Assim, dentre as decisões selecionadas no levantamento empírico, destaca-se o emblemático Mandado de Segurança nº 21.623-9, cujo voto do ministro Carlos Velloso, relator do acórdão, pode ser considerado um símbolo do modo de fundamentar dos ministros da Suprema Corte. Como acima relatado, possui o referido voto 59 páginas. Inicialmente, apresenta o relator um histórico do instituto do impeachment, desde as suas origens na Inglaterra medieval, passando pela incorporação do procedimento pelos americanos em sua Constituição, até chegar no modelo brasileiro. Em seguida, ainda tratando da experiência histórica dos mencionados países, elucida as questões relativas à função política do instrumento e aos crimes passíveis de justificar a atuação anômala do Poder Judiciário nas esferas dos demais poderes.<sup>370</sup> Aponta também o debate acadêmico quanto à natureza do instituto, elencando os posicionamentos adotados por diversos constitucionalistas brasileiros. Em seguida, faz considerações sobre a garantia do *due process of law*, desde sua origem na Magna Carta, até a sua atual conformação. Para fazer tais demonstrações, são gastas 35 páginas com citação direta e indireta de diversos autores, algumas em língua inglesa, sobre os institutos em debate. Somente após tais esclarecimentos, passa o

---

<sup>370</sup> O Ministro Carlos Velloso, em seu voto, chega a mencionar as obras citas por Lawrence Tribe no pé-de-página do seu livro “*American Constitutional Law*”, ao que tudo indica para justificar como teve conhecimento dos autores que são posteriormente mencionados.

relator a responder os questionamentos formulados pelo autor. No voto ora em exame, como é da sistemática da fundamentação das decisões judiciais brasileiras, há a frequente transcrição dos argumentos expendidos pelas partes, sendo a decisão propriamente dita elaborada em alguns parágrafos, sem qualquer justificativa específica quanto aos pontos aduzidos pelo impetrante. Ademais, utilizou o relator do expediente de embasar, por meio de transcrição, a argumentação do Procurador da República em seu parecer sobre o caso (fundamentação *per relationem*), em substituição à sua própria manifestação, como fica evidente no tópico suscitado pelo autor de cerceamento de defesa com base na ausência de tempo para análise das “milhares de contas telefônicas e de documentos” acostados aos autos. No mérito, quanto à alegação de impedimento e suspeição dos senadores que julgaram o processo de impeachment do Sr. Fernando Collor de Melo, em aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, o relator faz uma análise positivista dos dispositivos em julgamento, partindo da premissa de que o processo de impeachment possui natureza mista (político-criminal), para concluir que não há menção expressa na Constituição ou legislação pertinente no sentido de vedar a participação na votação de senador impedido ou suspeito. Ademais, com vistas a referendar tal posicionamento, apresenta um argumento de ordem prática: caso houvesse o impedimento de participação no julgamento de senadores impedidos ou suspeitos, não seria possível para a mesa do senado obter o quórum constitucional para a votação do pedido de impeachment.

O voto elaborado pelo Ministro Carlos Velloso, em todas as suas nuances, é exemplo perfeito da técnica adotada pelo STF para julgamento de seus processos mais complexos. Já no início, utiliza considerável número de páginas apenas com citações doutrinárias sobre temas marginais à matéria em julgamento. Ora, qual a necessidade de indicar o histórico do instituto e o debate acadêmico sobre a sua natureza, se o Ministro parte do pressuposto de que o entendimento que sustenta ser ele correto pode ser expresso mediante a transcrição de apenas um autor da literatura especializada. Em momento algum tece o relator comentários sobre a natureza política do impeachment em diversos países, como tal tese poderia influenciar no seu julgamento e os motivos pelos quais deveria ser ela afastada. A menção da natureza política do impeachment no voto do Ministro Carlos Velloso serve, tão-somente, para evidenciar a sua vasta erudição.

Em segundo lugar, no seu voto, o Ministro Carlos Velloso utiliza da técnica de transcrição dos argumentos das partes, antes de apresentar o seu posicionamento sobre a controvérsia. Tal procedimento, em tese, seria benéfico para a melhor compreensão dos limites do litígio instaurado entre as partes, que o magistrado tem o poder/dever de solucionar. Entretanto, após tal menção, não há retorno na argumentação transcrita para respondê-la. Há,

quando muito, uma exposição descritiva do seu posicionamento pessoal, que felicitará a parte com que coincide o entendimento com o ganho da causa. Objetivamente, não há raciocínio dialético que explique a parte vencida em que ponto os seus argumentos falharam.

Por fim, é possível notar no voto do relator que, em dois momentos distintos, utiliza ele da argumentação construída pelo Ministério Público em seu parecer. Importante ressaltar que tal expediente foi frequentemente identificado dentre as decisões analisadas no levantamento empírico. A simples transcrição do texto elaborado pelo representante do Ministério Público, por si só, permite a elaboração de críticas quanto à função do Parquet em tais procedimentos. Todavia, especificamente no caso em análise, o relator deixou de fundamentar a sua decisão com argumentos de sua lavra para copiar aqueles de outrem. Ainda que se trate de ente, em tese, *desinteressado*, a simples transcrição demonstra a deficiência do procedimento no Supremo Tribunal, pois descumprir o dever de fundamentar corretamente as decisões judiciais.

Percebe-se da análise do Mandado de Segurança nº 21.623-9, que pode ser enquadrado como um “caso difícil”, que os problemas de fundamentação das decisões judiciais no STF ocorrem independentemente da complexidade da causa em julgamento.

## 5.2 – A Fundamentação das Decisões no Superior Tribunal de Justiça

Por sua vez, cabe agora demonstrar o método de fundamentação do Superior Tribunal de Justiça.

Criado pela Constituição Federal de 1988, o STJ foi instalado em 7 de abril de 1989, com a finalidade de uniformizar a aplicação da legislação infraconstitucional, tanto no âmbito da Justiça Federal quanto no da Justiça Estadual. Até 1988, pertencia ao STF a competência para julgar questões afeitas à matéria constitucional e infraconstitucional. Na sistemática constitucional então vigente, os órgãos que compunham o Poder Judiciário, além da Corte Suprema, eram o Conselho Nacional da Magistratura, os Tribunais e juízes estaduais, os Tribunais e juízes militares, eleitorais e do trabalho e a Justiça Federal, composta pelos juízes federais singulares e pelo Tribunal Federal de Recursos.

Tendo em vista que os Tribunais Superiores se encontravam assoberbados de processos para julgar,<sup>371</sup> o Constituinte de 1988 extinguiu o TFR<sup>372</sup> e instituiu, por sugestão de

---

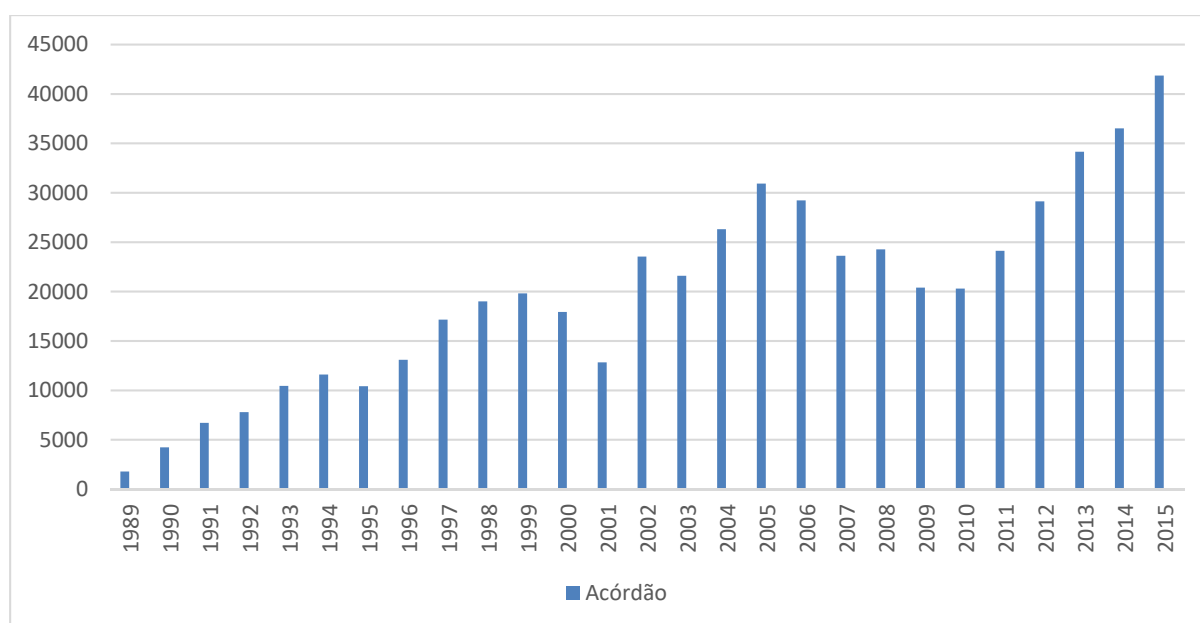
<sup>371</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução do Direito Processual Civil: Recursos Cíveis e Ação Rescisória**. Vol. III. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 475.

<sup>372</sup> Segundo informa o site do Superior Tribunal de Justiça, “Com a redemocratização, a Constituição de 1946 recriou a justiça federal, mas apenas na segunda instância. O Te-Fê-Rê, como ficou conhecido o Tribunal Federal

JOSÉ AFONSO DA SILVA, o Superior Tribunal de Justiça.<sup>373</sup> Exatamente em função da extinção de outro tribunal para a sua criação, o STJ teve a composição inicial baseada nos antigos quadros do TFR.<sup>374</sup>

Desde o início de suas atividades, o STJ esteve sobrecarregado com um número relativamente alto de ações e recursos para julgamento, que somente fez crescer nos anos seguintes, conforme sintetiza o gráfico abaixo, referente ao número de decisões colegiadas proferidas no período pesquisado:

Gráfico 8 – STJ: Número de Decisões Colegiadas Publicadas entre 1989 e 2015



Assim como ocorreu no STF, interessante comparar o número de decisões colegiadas proferidas no período analisado em face do número de decisões monocráticas:

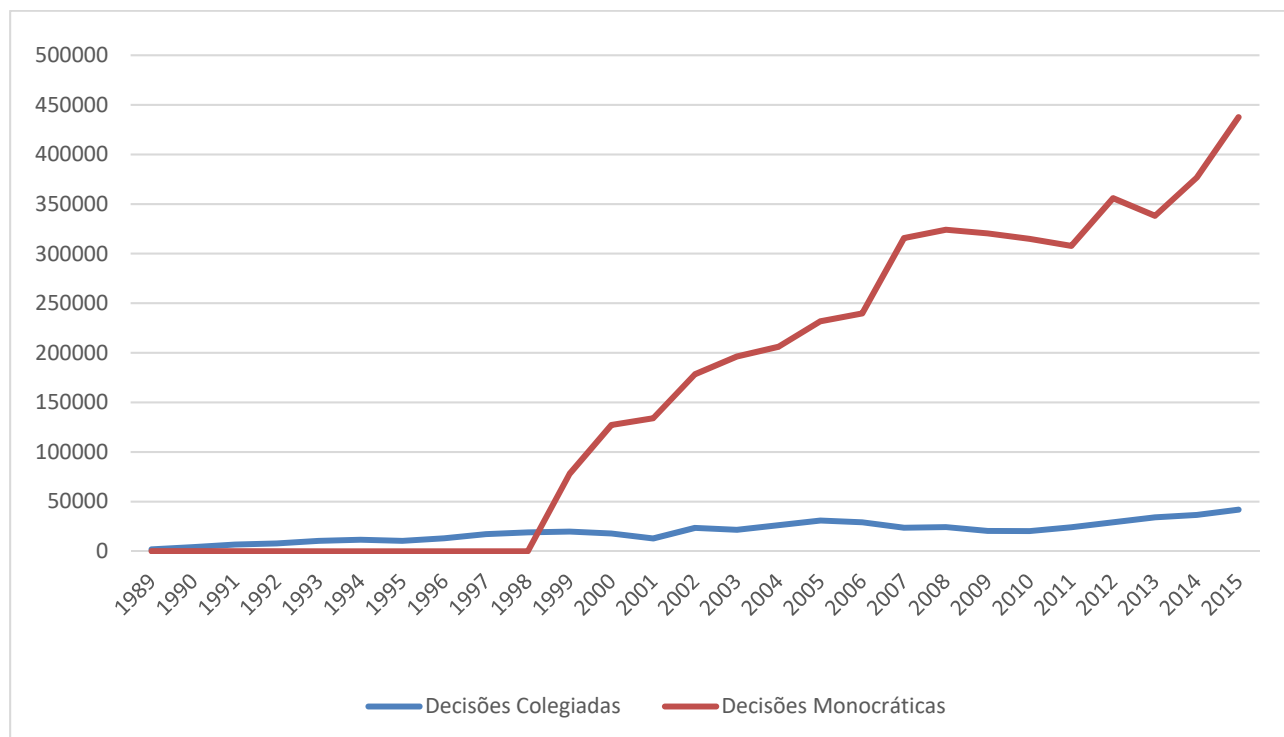
---

*de Recursos, assumiu a competência recursal para as causas de interesse da União. Inicialmente composto por 9 ministros, passaria a 13 membros em 1965 e a 27 em 1977. Regulamentado e instalado em 1947, era composto por um tribunal pleno e duas turmas colegiadas. Um dos objetivos de sua criação era reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal, congestionado por grande número de processos. Foi transferida ao TFR, por exemplo, a competência para julgar originariamente os mandados de segurança contra ato de ministro de estado e, em grau de recurso, as causas de interesse da União. Progressivamente, outras competências foram passadas do STF ao TFR, como a de processar e julgar os conflitos de jurisdição entre juízes subordinados a tribunais diversos.”* (STJ: História Institucional. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes). Acesso no dia 5/4/2017).

<sup>373</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução do Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, p. 475.

<sup>374</sup> O expediente de aproveitamento dos quadros é frequente na história do Poder Judiciário brasileiro, como demonstrado no capítulo atinente ao Supremo Tribunal Federal.

Gráfico 9 – STJ – Comparativo: Número de Decisões Monocráticas x Número de Decisões Colegiadas



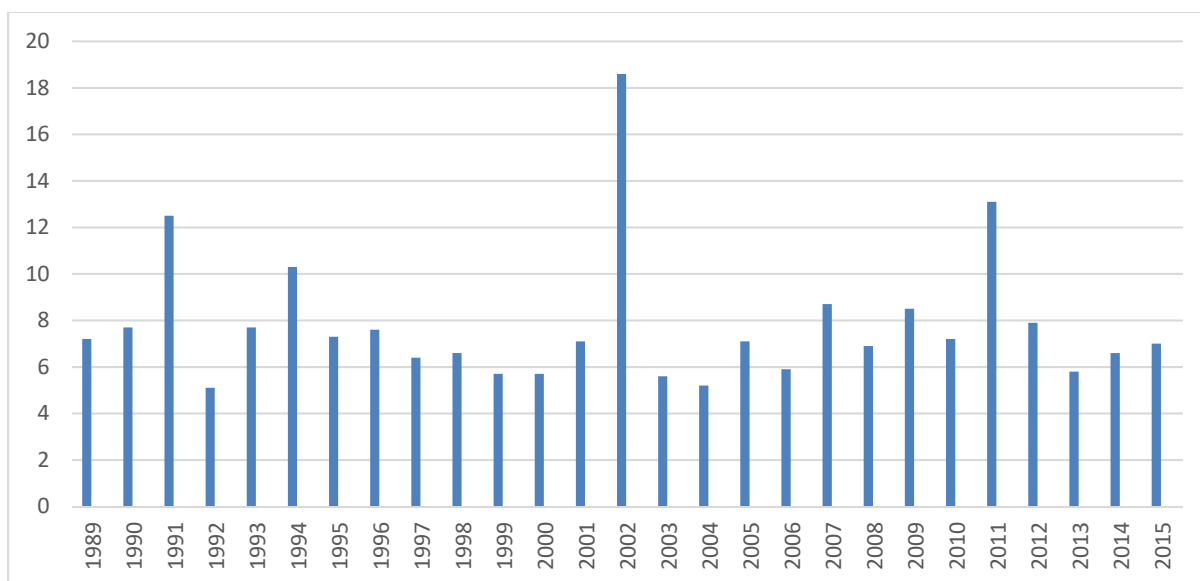
Diante do gráfico acima, é impressionante o quantitativo de decisões monocráticas proferidas pelos ministros da Corte Superior. Na verdade, parece certo afirmar que o STJ atua, majoritariamente, por meio de decisões monocráticas, verdadeiro *modus operandi* da corte. Apenas no ano de 2015 foram 437.619 decisões monocráticas, que devem ser acrescidas de 41.854 acórdãos publicados no referido intervalo. Cabe aqui ressaltar que, quando da vigência do CPC/73, a sistemática de julgamento do recurso de agravo contra a inadmissão de recurso especial estabelecia a decisão monocrática como método decisório. Por certo, a opção legislativa certamente contribuiu para o aumento quantitativo de tais decisões, ainda que não explique o número superlativo acima indicado. Assim, mais uma vez considerando que todos os ministros recebem o mesmo número de recursos e ações, incluindo todos 33 membros da corte superior, teremos 13.261,18 decisões monocráticas e 1.268,30 votos como relator por cada ministro. A produtividade, portanto, seria de absurdos 37,35 decisões monocráticas e 3,47 votos como relator, por ministro, por dia (sábados, domingos e feriados, inclusive). Algo de errado, certamente, está acontecendo no STJ. Sua atuação deve ser, urgentemente, repensada.

Especificamente quanto à fundamentação, segundo os dados apurados, os acórdãos proferidos pelo STJ têm, em média, 7,81 páginas, com votos de 2,9 páginas, menção à

jurisprudência de 1,2 páginas; em 8,1% houve dissenso; houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,1 páginas, com infrequente citação direta; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é baixa e não foi identificado, pelo menos nos acórdãos analisados, o raciocínio abstrato.

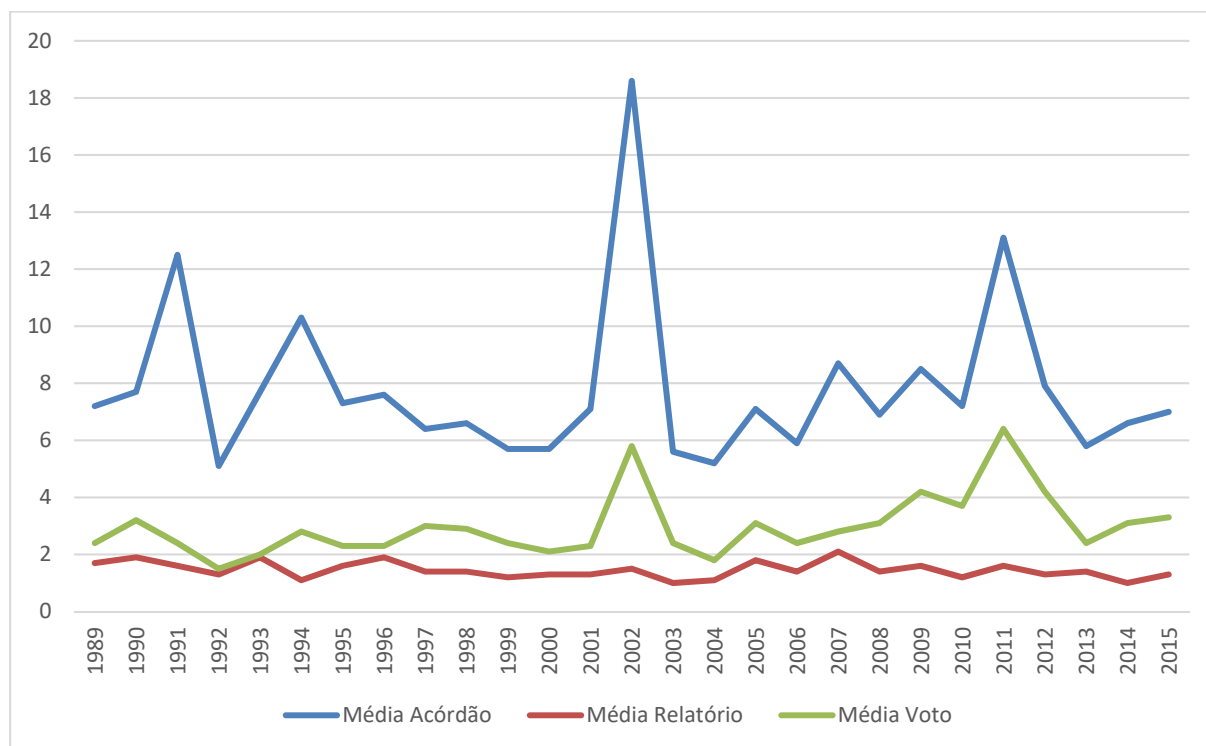
De plano, cabe esclarecer a evolução do número de páginas das decisões proferidas pelo STJ:

Gráfico 10 – STJ: Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015



Os números acima demonstram, ressalvados períodos específicos de tempo, que o STJ possui um padrão decisório diverso daquele apresentado pelo STF. Ademais, é possível perceber uma linearidade, ressalvados algumas situações específicas, quanto à extensão dos acórdãos da Corte Superior: não é perceptível uma tendência de crescimento ou diminuição dos acórdãos nos anos estudados. Com efeito, a Corte Superior apresenta seus julgados de forma mais enxuta, destacadamente quanto ao número de páginas desprendidas no relatório e no voto, como é possível perceber no gráfico abaixo:

Gráfico 11 – STJ – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto

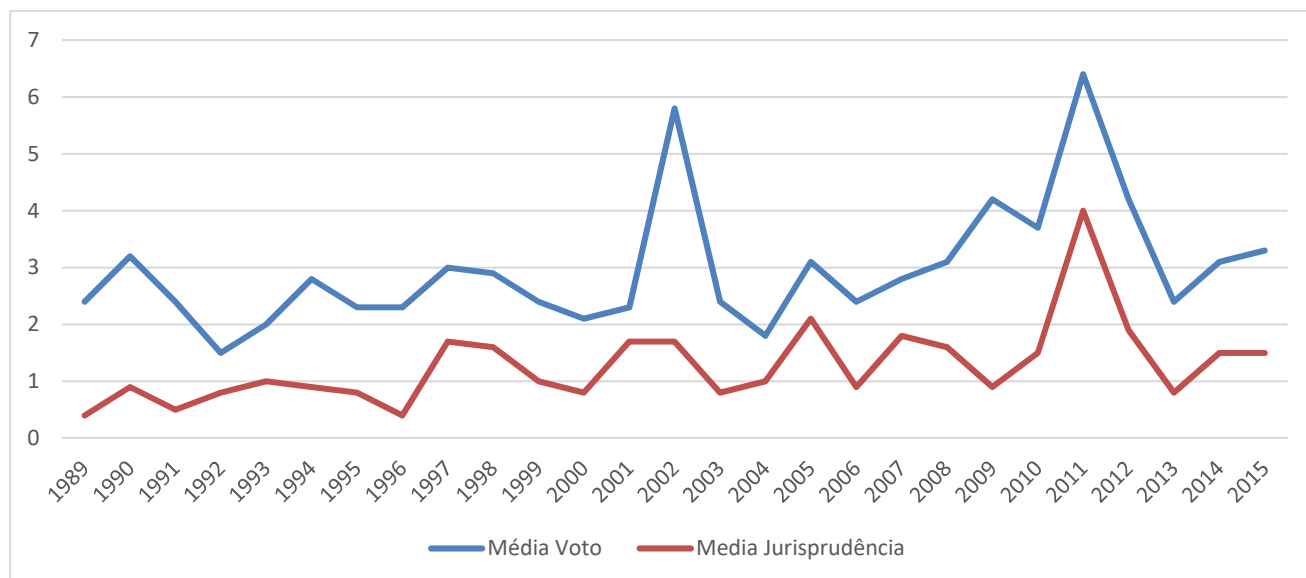


Com efeito, é possível perceber que os ministros do STJ são concisos em seus relatórios, uma vez que na análise histórica somente no ano de 2007 a média de páginas foi superior a 2, o que permite duas conclusões: i) o poder de concisão da Corte Superior, capaz de resumir todo o debate processual realizado nos autos em apenas uma página; ou ii) desprestígio que o requisito relatório possui na referida corte, tendo em vista que não há, em regra, explicitação dos argumentos das partes e dos principais fatos que sustentam as suas pretensões.

Interessante também destacar a média de páginas gastas com a transcrição de ementas. Isso porque, diferentemente do que ocorre na extensão dos acórdãos, é possível identificar um aumento gradual na extensão da transcrição de ementas nos votos dos ministros do STJ. Enquanto no início de suas atividades não superavam uma página, após o ano de 1997 a fundamentação das decisões passou a ser calcada nas ementas pretéritas, conforme se verifica no gráfico abaixo:



Gráfico 12 – STJ – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



Por outro lado, é no mínimo surpreendente o reduzido percentual de menção à doutrina nos votos dos ministros do STJ. Com efeito, foi identificada a média de 0,1 páginas dos votos analisados. Na verdade, a média aritmética esconde o fato de que, em sua esmagadora maioria, os ministros não mencionam textos da literatura especializada em seus votos. E nas raras situações que aconteciam – somente em 14 acórdãos foram citados trabalhos acadêmicos referentes à matéria em julgamento, em um universo de 270 decisões selecionadas, ou seja, apenas em 5% das decisões –, os relatores não indicavam os motivos pelos quais entendiam ser aquela menção pertinente ao caso em julgamento.

Outro dado que emergiu da pesquisa empírica e que merece atenção é o fato de que em apenas 8% dos acórdãos analisados houve a divergência entre os ministros que compunham a turma julgadora. Tal número permite levantar duas hipóteses sobre a colegialidade no STJ, em sentido diverso daquelas que foram suscitadas para o STF: i) os recursos e ações que são julgados de forma colegiada são relativos a temas já pacificados na Corte Superior, de modo que o dissenso deve ser infrequente; ou ii) não há efetivo debate entre os ministros componentes da turma julgadora, que apenas confirma a posição adotada pelo ministro relator.

Por sua vez, a frequência com que os ministros transcrevem o texto de lei é reduzida, acontecendo em apenas 19,6%. Todavia, a despeito da baixa menção à legislação, nos acórdãos do STJ é frequente a menção das súmulas nos julgamentos, utilizadas como instrumento de

confirmação dos argumentos expostos pelo ministro relator. Em praticamente *todos* os acórdãos há menção a súmulas aplicáveis ao caso em julgamento.

Ademais, da mesma forma como ocorre no STJ, a menção aos fatos nos votos dos ministros ocorre de forma restrita e pontual, o que impede aos terceiros, estranhos ao processo, conhecer os argumentos deduzidos pelas partes. Não há confrontação de argumentos jurídicos, mas apenas aquele entendimento considerado vencedor pelo ministro relator. Acrescente-se que o grau de generalidade das decisões surpreende, sendo possível a sua transcrição, em diversos casos, para um sem número de processos. A título de exemplo, vale mencionar o acórdão proferido nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 701.865/MG, de relatoria do ministro José Delgado, publicado em 11/4/2006:

Inexiste qualquer omissão ou contradição no acórdão embargado. A tese nele sufragada, com ressalva do meu ponto de vista, é a adotada, em decisões recentes, pela 1ª Seção. Esta, por maioria, decidiu que a compensação tributária rege-se pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda.

No caso dos autos, a compensação pretendida foi acionada no período da vigência da Lei nº 9.430/96. Havia, portanto, necessidade de requerimento prévio à Receita Federal.

Isso posto, conheço, porém, rejeito os embargos.

É como voto.

Cabe destacar que a práxis adotada pelo STJ para combater o aumento do número de recursos que chega à corte, por meio das decisões monocráticas, reforçou a prática de repetir-se no voto do recurso de agravo interno, *ipsis literis*, a mesma decisão anterior.<sup>375</sup> Assim, é possível afirmar que o STJ tem um *modus operandi* que convalida a fundamentação *per relationem*, não acolhida pelo CPC, em seu art. 489, §1º. Com efeito, a modificação da legislação tem como resultado a possibilidade de declaração de nulidade dos acórdãos proferidos pelo STJ.

Não obstante, seguindo a metodologia utilizada no presente trabalho, importante esclarecer o método de fundamentação nos acórdãos de casos de elevada complexidade (*hard cases*). Assim, dentre as decisões selecionadas no levantamento empírico, destaca-se o Mandado de Segurança nº 15.609, cujo voto do Ministro Humberto Martins, relator do acórdão, permitirá a análise de um julgamento de maior complexidade. Trata-se de ação movida para reconhecer-se o direito líquido e certo de receber os valores retroativos referente à anistia política decorrente da Lei n. 10.559, de 2002. Interessante destacar que tal ação é considerada complexa em razão das diversas questões preliminares apontadas pela autoridade coatora, com

---

<sup>375</sup> Cumpre destacar que o legislador, preocupado com tal prática, inseriu no art. 1.021, §3º, do CPC/15 a proibição de transcrição da decisão agravada.

vistas a discutir o cabimento de ação mandamental. Ademais, existe discussão meritória quanto à reserva do possível, uma vez que o orçamento federal não é obrigado a suportar imediatamente as despesas pleiteadas pelo impetrante. O voto do ministro relator possui 19 páginas, nas quais são enfrentadas as preliminares arguidas pela autoridade coatora e o mérito. Todavia, tal voto é uma comprovação do método de exposição das razões adotado pelo STJ. Isso porque, ainda no primeiro parágrafo, o Min. Humberto Martins informa que o entendimento da primeira Seção foi modificado “*na assentada de 25.8.2010 a partir do julgamento do MS 15.242/DF, Rel. Min. Eliana Calmon*” e, em seguida, colaciona três ementas de decisões que supostamente seriam aplicáveis ao caso. Por fim, finaliza a introdução com a “*Desse intróito, concluo que assiste razão ao impetrante e filio-me ao decidido no colegiado. Passo a analisar as preliminares levantadas pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério da Defesa.*” Assim, o relator estruturou seu voto para justificar à parte vencida as razões pelas quais as suas alegações foram afastas. Interessante destacar que, a despeito da correção na metodologia, a resolução das questões é feita de forma objetiva, calcada na transcrição de ementas aplicáveis ao caso – exatamente por isso o voto é extenso, uma vez que possui 13 páginas de transcrição de ementas em suas 19 páginas totais. A justificação é feita de forma direta, sem qualquer justificativa racional, como se a única resposta possível fosse aquela apresentada pelo ministro. Vale mencionar o seguinte trecho:

A segunda preliminar diz respeito à decadência alegada. As informações do Ministério da Defesa dariam conta de que não se trata de ofensa de trato sucessivo, e tão somente de ofensa localizada num único momento. Portanto, segundo essa hipótese, não seria mais possível a via mandamental. Em sentido contrário, a jurisprudência do STJ afirma que a ausência de pagamento dos retroativos constitui ofensa de trato sucessivo, que se renova continuamente, portanto.

Em seguida, há transcrição de duas ementas que confirmariam o posicionamento da jurisprudência do STJ. Não há, entretanto, qualquer elemento de demonstração da aplicabilidade da ementa mencionada, ou mesmo a eventual ocorrência de posicionamento divergente. Ou seja, mesmo naquela decisão que está adequada quanto ao respeito ao contraditório, ainda há patente equívoco na aplicação do Direito Jurisprudencial.

### **5.3 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Por sua vez, após a verificação do método utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para fundamentar as suas decisões, cumpre apresentar os dados relativos aos Tribunais estaduais. Conforme será melhor explicitado no capítulo

específico, as cortes estaduais possuem funções distintas das cortes superiores, com atuação destacadamente na construção de precedentes. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais atuam como cortes de justiça, com o dever de solucionar o caso concreto de forma a promover a pacificação social. Assim, importante verificar como elaboram os Tribunais de Justiça a fundamentação de suas decisões.

Destaca-se, inicialmente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fundado em 3 fevereiro 1874,<sup>376</sup> à época com jurisdição sobre as províncias de São Paulo e Paraná. Somente em 1891, com a separação judiciária dos estados, surgiu o Tribunal de Justiça de São Paulo. A Corte estadual paulista é o órgão do Poder Judiciário brasileiro que concentra o maior percentual de processos, respondendo, sozinho, por 20 milhões das ações atualmente em curso no Brasil. Em consequência, todos os números que versam sobre a mencionada corte são superlativos: são atualmente 2 mil juízes em atividade, dos quais 360 são desembargadores, assessorados por 45 mil funcionários. O orçamento do referido tribunal no ano de 2014 foi de 7 bilhões de reais, superior ao orçamento de diversas unidades da federação.<sup>377</sup>

Em razão do número e complexidade de processos em trâmite perante a mencionada corte, possui o TJSP um elevado grau de especialização em suas câmaras, que são divididas por matéria, permitindo que os desembargadores possam atuar de forma especializada. Tal procedimento permite, ao menos em tese, a depuração da qualidade das decisões.

Como decorrência de tal especialização em relação à matéria decidida, o levantamento das decisões proferidas pelo TJSP teve como objeto somente os acórdãos proferidos pelas câmaras de Direito Público, mantendo-se, quanto aos demais elementos de seleção, os critérios utilizados para a reunião dos dados nas cortes superiores. Entretanto, diferentemente do que ocorreu durante a análise das decisões do STF e STJ, o acervo de acórdãos do TJSP não retroage até o ano de 1989. Assim, foram destacados 10 acórdãos por ano, partindo-se do marco temporal de 1997, até o ano de 2015, sendo vedada a repetição de desembargadores relatores.

Diante disso, foi possível apurar que os acórdãos proferidos pelo TJSP têm, em média, 7,4 páginas, com votos de 4,6 páginas, menção à jurisprudência de 1,4 páginas, em 7,8% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,62 páginas, com infrequente citação direta; e a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta.

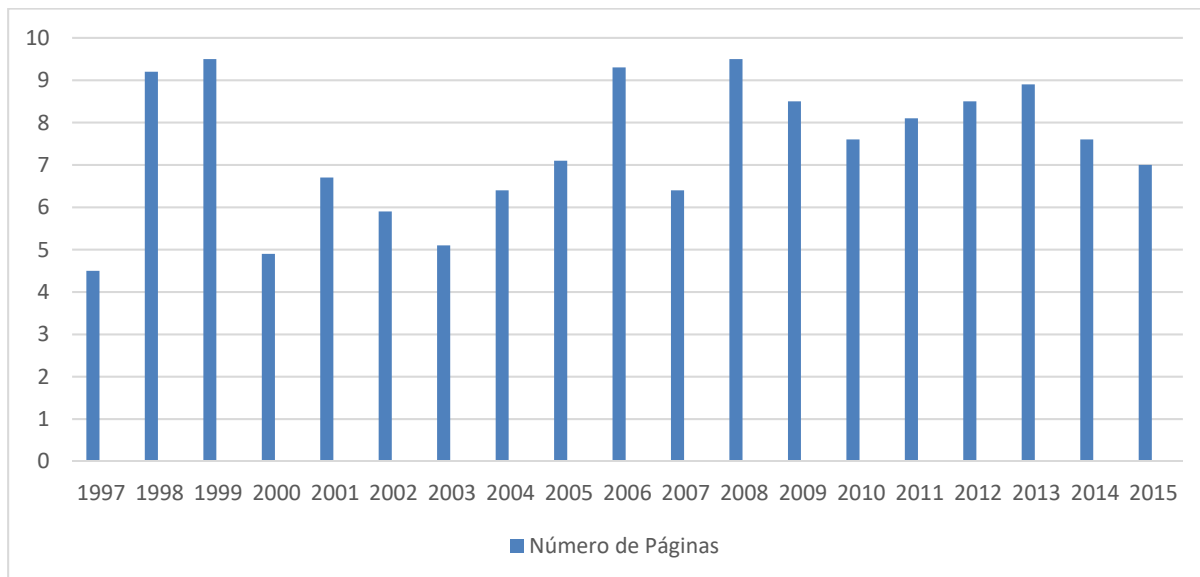
---

<sup>376</sup> Segundo aponta o Desembargador JOSÉ RENATO NALINI (Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-03/maior-mundo-tribunal-justica-sao-paulo-completa-140-anos>. Acesso dia 27/5/2017): “É o maior tribunal do Brasil e do planeta. Não se conhece outro Judiciário com 360 julgadores de segunda instância titulares, além de considerável número de magistrados em atuação nesse duplo grau de jurisdição. E mais de 2 mil juízes de primeira instância. Para atender às suas finalidades alcançou número superior a 45 mil funcionários. E não pode prescindir de terceirizados, de estagiários e de servidores postos à disposição pelos municípios.”

<sup>377</sup> Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=21542>

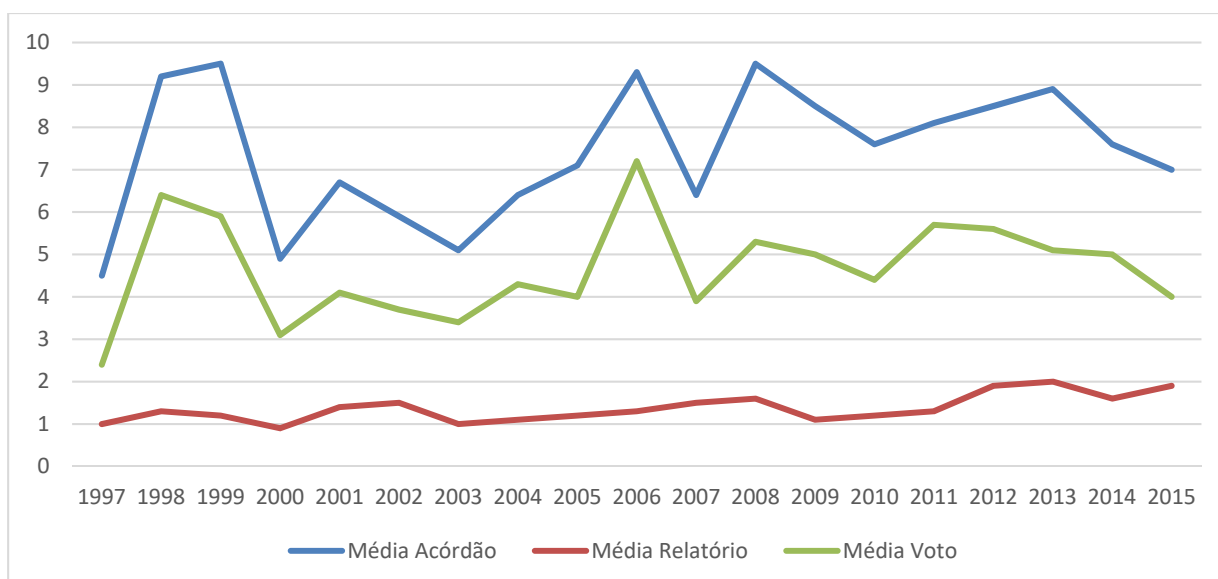
Inicia-se pela análise da média de páginas dos acórdãos do TJSP:

Gráfico 13 – TJSP – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1997 e 2015



Ainda que o intervalo de tempo objeto de análise seja inferior aos demais Tribunais, é perceptível o gradual aumento do número de páginas dos acórdãos proferidos pelo TJSP, o que aponta em sentido inverso ao movimento identificado no STF. Por isso, interessante verificar a conformação dos acórdãos do TJSP ao longo do período analisado:

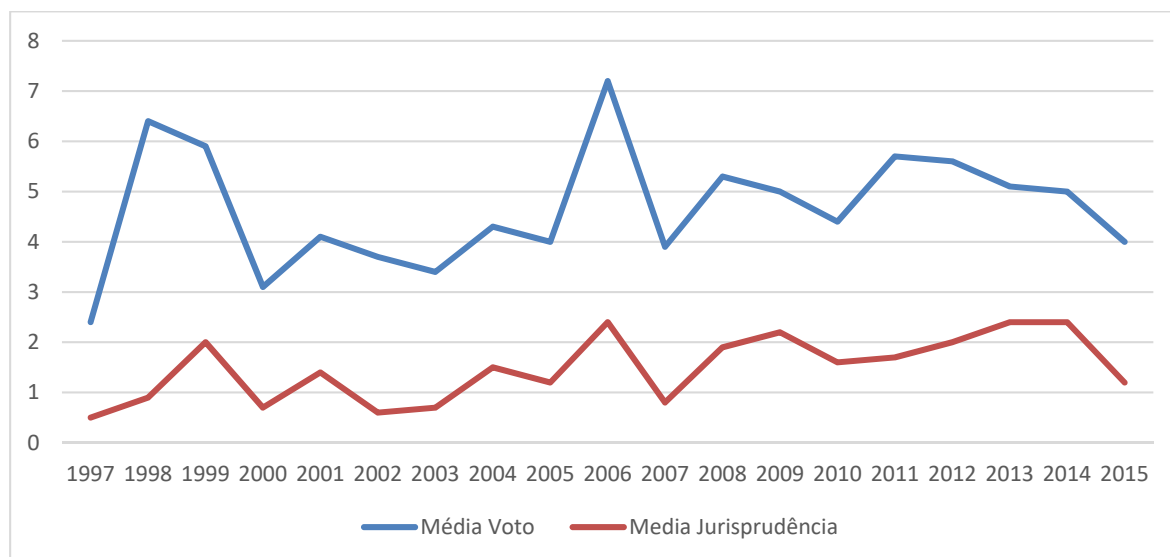
Gráfico 14 – TJSP – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



Com efeito, verifica-se que no TJSP a média dos relatórios é idêntica àquela apurada no STJ, apesar de as duas cortes possuírem funções diversas no Judiciário. Os elementos fáticos em julgamento, que devem ter especial relevo em julgamentos de cortes de justiça, são apresentados de forma sintética pelos desembargadores paulistas. Em algumas situações, inclusive, não foram identificados relatórios. Limitava-se o relator a, tão-somente, remeter ao relatório já elaborado na sentença.

Por fim, importante destacar a evolução do conteúdo dos votos dos desembargadores do TJSP:

Gráfico 15 – TJSP – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



Assim, como ocorreu no STJ, também no TJSP a transcrição de ementas de outras decisões teve a sua relevância aumentada com o tempo. Mas não é só isso. Parece existir uma correção entre o aumento dos votos e o crescimento da utilização da técnica de referência de decisões anteriores. Como resultado, o acréscimo na extensão dos votos não significa necessariamente incremento na argumentação.

Interessante dado que emergiu da pesquisa é a informação de que, em diversas oportunidades, nos acórdãos analisados inexistia o relatório. É possível que, em algumas situações, o relatório é elaborado pelo relator de forma prévia e juntado aos autos de forma autônoma, dissociada do acórdão. Não obstante, ainda que a sua ausência se deva em razão de tal procedimento, é necessário destacar que em tais casos aqueles estranhos ao processo,

também destinatários da fundamentação das decisões judiciais, não puderam ter acesso à integralidade do processo.

Quanto à menção à doutrina pelos desembargadores do TJSP, a média foi de 0,6 página. Tal número apresenta um dos maiores percentuais de citação acadêmica em todos os Tribunais analisados. Ademais, na presente pesquisa, conforme já esclarecido, foram levadas em consideração apenas a citação direta (textual) dos autores escolhidos pelos desembargadores, de modo que deixaram de ser computadas as obras da literatura especializada que tiveram somente o seu título mencionado no voto. Ainda assim, em nenhuma dessas oportunidades, o relator indicou o motivo que o levou a escolher tal autor e obra, tampouco apontou a existência de divergência acadêmica sobre a matéria.

Ademais, dentre os acórdãos analisados, em apenas 7,8% houve a divergência entre os desembargadores que compunham a turma julgadora. Interessante que a Corte Estadual paulista atingiu um percentual de divergência similar àquele apurado no STJ, fato que será mais bem explorado no capítulo pertinente.

Por sua vez, a frequência com que os desembargadores transcrevem o texto de lei é considerado alto, uma vez que em 32% dos acórdãos houve a menção expressa de algum dispositivo legal.

Por se tratar o TJSP de uma corte de justiça, era de se esperar que as decisões fossem enriquecidas de elementos fáticos, apresentados de forma abrangente e precisa, destacadamente para permitir a correta solução do caso. Todavia, no levantamento empírico foi evidenciado um grau de generalidade das decisões, similar àquele auferido nas cortes superiores, sendo possível a sua transcrição, em diversos casos, para um sem número de processos. Vale exemplificar tal fenômeno com a seguinte decisão, proferida pelo Des. Simões Vergueiro quando do julgamento do recurso de agravo regimental nº 7.034.964-1/01:

Razão não assiste ao recorrente pois, a Decisão objeto do Agravo Regimental em exame se mostra adequada à realidade, uma vez não caracterizada a presença de qualquer perigo de dano de difícil, ou impossível reparação que possa ser imposto à parte, motivo pelo qual, corretamente denegado o efeito suspensivo nos moldes buscados.

Fundamental para que se obtenha efeito suspensivo, que demonstre o recorrente a efetiva lesividade da Decisão contra a qual foi interposto o recurso originário, dando conta, de forma efetiva, da presença de prejuízo imediato que possa implicar na produção de dano de difícil, ou impossível reparação, o que não logrou demonstrar o recorrente, daí porque adequada a Decisão proferida quando do exame inicial do Agravo de Instrumento como interposto.

Diante de tal realidade, de rigor a manutenção dos termos da Decisão como proferida, uma vez que não se vislumbra qualquer lesividade decorrente de dano de difícil, ou mesmo de impossível reparação que possa ser imposto a parte.

Pelo exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

A decisão acima é absolutamente genérica, não sendo indicado qualquer elemento fático extraído dos autos que pudessem sustentar o posicionamento adotado. Pode-se objetar tal afirmativa com a alegação de que os elementos fáticos estariam presentes no relatório de tal acórdão. Em razão disso, vale transcrever o relatório:

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Ademir Bueno da Rocha, dirigido a Decisão deste Relator lançada a fls.27, pela qual se denegou efeito suspensivo ao pedido por ele deduzido em Agravo de Instrumento manejado contra R. Decisão de 1º Grau, pela qual se concedeu, liminarmente a reintegração na posse dos interessados.

Dizendo incorretos os termos da Decisão proferida, uma vez presentes os requisitos "periculum in mora" e "fumus boni iuris", motivo pelo qual deva ser suspenso o cumprimento da liminar, de sorte a assim impedir que venha o recorrente a sofrer prejuízos de difícil, talvez impossível reparação, pediu pelo acolhimento de seu inconformismo com a concessão do efeito pleiteado, seja por força de reconsideração da Decisão, ou por V. Acórdão emanado da Turma Julgadora.

Assim, tampouco são apresentados os elementos fáticos no relatório, o que apenas confirma a incoerência de detalhamento na fundamentação das decisões pelo TJSP. Há, quando muito, análise superficial apenas dos elementos necessários para justificar o posicionamento adotado. É preciso destacar que, considerando que a presente pesquisa não obteve informações quanto à petição na qual foi formulado o requerimento das partes, deve-se admitir a possibilidade de que os próprios advogados não apresentaram de forma pormenorizada os fatos que sustentam a pretensão de seus representados. De todo modo, da simples leitura do acórdão não é possível conhecer qual o risco que a parte agravante suscitou em seu recurso, necessário para a concessão do efeito suspensivo, o que impede qualquer julgamento de validade do argumento elaborado pelo relator no acórdão, no sentido de que *“uma vez não caracterizada a presença de qualquer perigo de dano de difícil, ou impossível reparação que possa ser imposto à parte.”* Inviável, portanto, qualquer posicionamento crítico quanto ao mérito do recurso. Mais uma vez, uma expressão genérica e sem qualquer elemento de concretude foi utilizada para fundamentar uma decisão judicial.

#### **5.4 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

A história do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se confunde, em diversas passagens, com a história de nosso país. Em 13/10/1751 a Coroa portuguesa estabeleceu na cidade do Rio de Janeiro o segundo tribunal em terras brasileiras,<sup>378</sup> denominado Relação do Rio de Janeiro. Seus trabalhos iniciaram em 1752, então composta por 10 desembargadores e

---

<sup>378</sup> A primeira corte foi instalada em Salvador, na Capitania da Bahia.



presidida pelo então governador da Capitania do Rio de Janeiro.<sup>379</sup> Tal configuração se manteve até 1808, quando a chegada da Corte de Portugal ao Rio de Janeiro alterou todas as relações de poder até então existentes. A Relação do Rio de Janeiro foi transformada, como visto,<sup>380</sup> na Corte de Suplicação, mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil.<sup>381</sup> Após a independência brasileira em 1822, diversas modificações no funcionamento do Poder Judiciário resultaram na criação do Supremo Tribunal de Justiça, de modo que em 1833 foi restaurada a Relação do Rio de Janeiro. Em razão da Proclamação da República, foi separada a Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Justiça do Distrito Federal, denominada esta como Corte de Apelação. Após a promulgação da Constituição de 37, a Corte de Apelação do DF passou a ter nome de Tribunal de Apelação, posteriormente alterado para Tribunal de Justiça pela Constituição de 1946. Ele ficou assim denominado até 1960, quando a capital brasileira foi transferida para Brasília. Neste ano, foi criado o Estado da Guanabara, e um Tribunal de Justiça local, que assim permaneceu até 1975, quando ocorreu a fusão do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, de modo que o Tribunal de Justiça da Guanabara foi extinto. Foi então criada uma única unidade do Judiciário: o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>382</sup>

A seleção e análise das decisões proferidas pelo TJRJ tiveram como objeto somente os acórdãos proferidos pelas câmaras cíveis, mantendo-se, quanto aos demais elementos de escolha os critérios utilizados para a reunião dos dados das demais cortes. Assim, foram destacados 10 acórdãos por ano, partindo-se do marco temporal de 1989, até o ano de 2015, sendo vedada a repetição de desembargadores relatores.

Diante disso, foi possível apurar que os acórdãos proferidos pelo TJRJ têm, em média, 7,1 páginas, com votos de 3,9 páginas, menção à jurisprudência de 1 página, em 20% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,24 página; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta. Assim, vale apresentar os gráficos quanto aos acórdãos analisados.

---

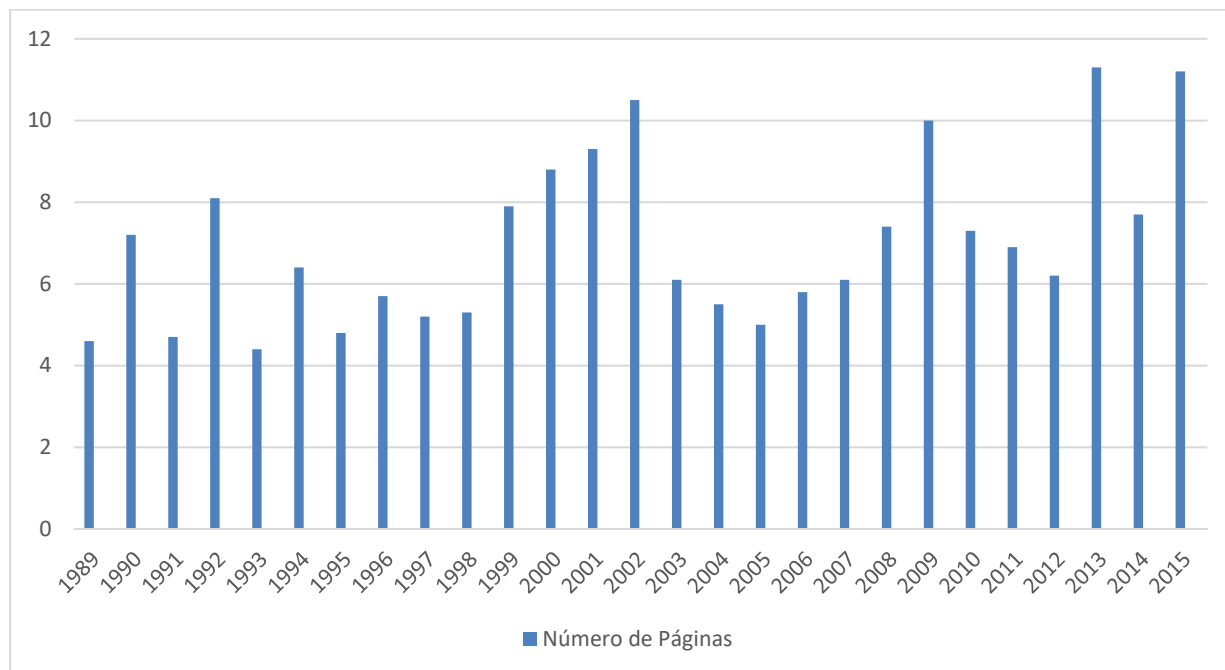
<sup>379</sup> Interessante destacar que a competência da Relação do Rio de Janeiro era enorme, pois compreendia as seguintes comarcas: Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro do Frio, Cuiabá, Goiás, Itacazes (Campos dos Goytacazes), Ilha de Santa Catarina, Paranaguá e Espírito Santo.

<sup>380</sup> Capítulo 4.1.

<sup>381</sup> SCHWARTZ, Lilia Moritz; STALING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 182.

<sup>382</sup> A história sintetizada do TJRJ pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI216302,41046-450+anos+do+Rio+de+Janeiro+relembra+a+historia+do+judiciario>>>. Acesso no dia 27/5/2017.

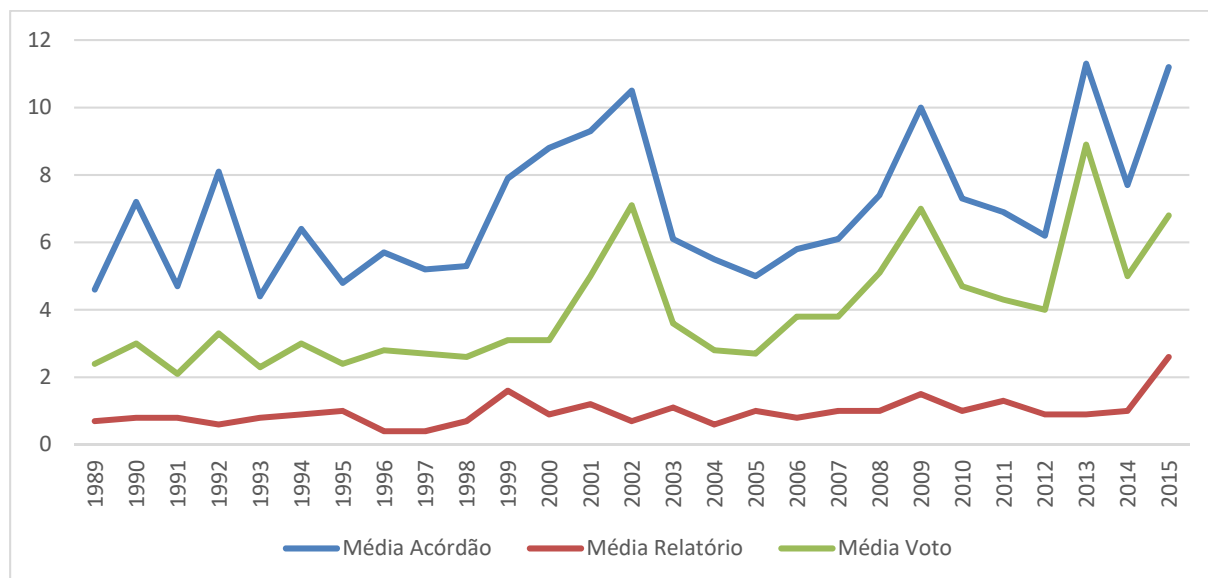
Gráfico 16 – TJRJ – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015



Assim como é perceptível nos acórdãos do TJSP, existe um viés de aumento dos acórdãos proferidos pelo TJRJ, destacadamente após o ano de 2005, sendo importante ressaltar que nos anos de 2013 e 2015 foram apuradas as maiores médias históricas.

Necessário perceber que o aumento não se deu apenas na extensão dos acórdãos, mas também no número de páginas dos votos, conforme aponta o Gráfico 16. Nele é também possível perceber que, na década de 90, existia uma uniformidade na extensão dos votos, o que não era acompanhada pela uniformidade no tamanho dos acórdãos. Nos anos 2000, destacadamente após 2005, verifica-se uma maior proximidade entre o número de páginas do acórdão e o número de páginas do voto. Tal fenômeno pode ser explicado pelo fato de que, nas hipóteses de dissenso, mais frequentes nos primeiros anos da análise, não havia uma correspondência entre a extensão dos acórdãos e extensão dos votos. Porém, o percentual de dissenso na Corte fluminense diminuiu nos últimos anos do levantamento empírico, o que explica a modificação evidenciada no gráfico abaixo.

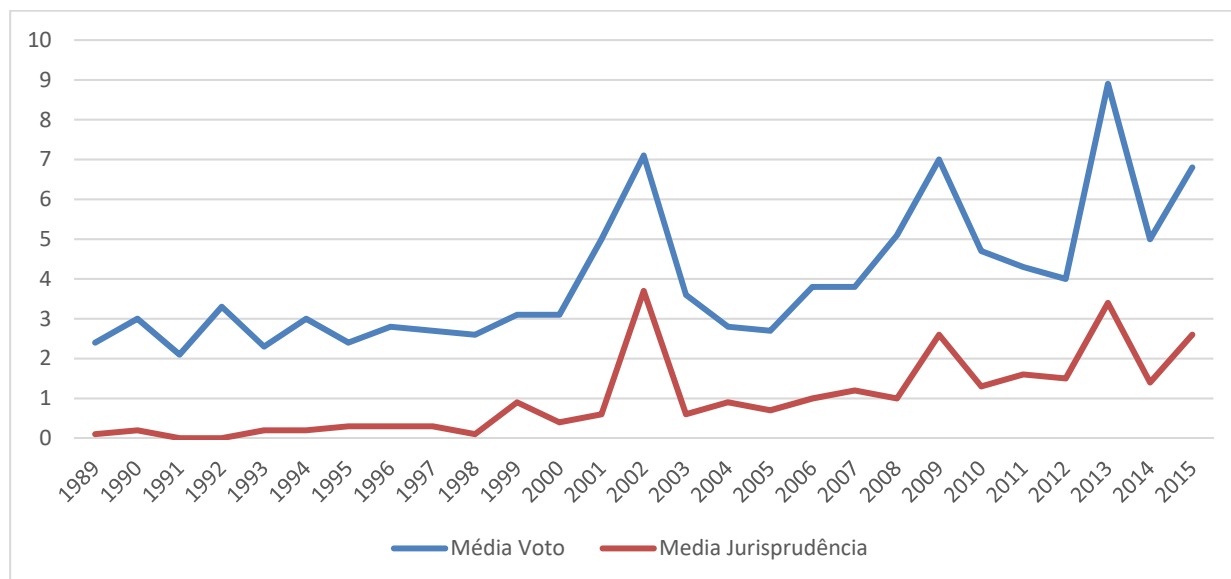
Gráfico 17 – TJRJ – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



O Gráfico 17 elucida também que o relatório segue o mesmo padrão dos Tribunais brasileiros, superando a média de duas páginas somente no ano de 2015.

Quanto à sua composição, a modificação da técnica de fundamentação dos desembargadores fluminenses é surpreendente.

Gráfico 18 – TJRJ – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



Até o ano de 1998, é praticamente inexistente a transcrição de ementas nos votos. Todavia, após tal marco temporal, a média de transcrição somente aumentou, na mesma proporção que aumentaram os votos dos desembargadores. Mais uma vez, perceptível a utilização da técnica da transcrição das ementas como instrumento de fundamentação das decisões judiciais, que também se confirma na Corte fluminense.

Lado outro, a menção à doutrina pelos desembargadores do TJRJ ocorreu em uma média de 0,24 página. Como elemento diferenciador dos demais Tribunais, as menções à doutrina nos acórdãos se mantiveram constantes em todos os anos objetos de análise.

Ademais, dentre os acórdãos analisados, em apenas 20% houve a divergência entre os desembargadores que compunham a turma julgadora. Interessante que a Corte Estadual paulista atingiu um percentual de divergência similar àquele apurado no STF, fato que será mais bem explorado no capítulo seguinte do presente trabalho.

Por sua vez, a frequência com que os desembargadores transcrevem o texto de lei é considerado alto, uma vez que em 33% dos acórdãos houve a menção expressa de algum dispositivo legal, similar ao percentual identificado no TJSP.

Para exemplificar a técnica adotada pelo TJRJ para fundamentar a decisão, merece transcrição a seguinte decisão, proferida pela Des. Maria Augusta quando do julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança nº MS 0034502-48.2009.8.19.0000:

Não assiste razão ao recorrente. A matéria de medicamentos é submetida amiúde nesta Corte, sendo pacificada a aplicação de norma contida na Constituição da República, que garante a todos os cidadãos, o direito à saúde e à vida, estabelecendo a solidariedade entre Estado e Município no fornecimento dos medicamentos, como no caso em análise.

O autor se submeteu à cirurgia de prostatectomia, estando demonstrada a necessidade que tem do fornecimento do remédio descrito na inicial para garantir a sua própria sobrevivência.

A saúde é direito fundamental social, direito de todos e dever do Estado, destacando a Constituição da República em seus artigos 6º, 23, II, 24, XII, 194, 195, 196 e 198 e aos Municípios, no artigo 30, VII, para prestar “serviços de atendimento à saúde da população”, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Assim, ante a relevância da matéria, não pode o ente estatal se recusar a custear o tratamento necessário à manutenção da saúde do autor.

Segundo o artigo 198, § 1º, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado, o qual será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Este conjunto de ações e serviços de saúde, prestados pelas pessoas de direito público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS, implantado pela Lei 8.080/90, cujo artigo 2º estabelece que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Outrossim, o artigo 6º, I, letra d, da Lei 8.080, dispõe:

“Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS: I – execução de ações: d – de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. Evidenciado o descumprimento da obrigação estatal de fornecer o medicamento imprescindível, cuja ausência gere grave risco de dano à saúde da parte, admite-se o bloqueio e seqüestro de valores à disposição do ente público, como medida necessária à preservação da vida. É pacífica a jurisprudência deste TJRJ neste sentido, que restou consolidado no Enunciado n.º2 veiculado no Aviso n.º 83 deste TJRJ que restou assim ementado, vejamos:

Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitam receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas. Precedentes: AgInst 2008.002.33328, TJRJ, 18ª C. Cível, julgado em 13/11/2008. MS 2007.004.00055, TJRJ, 2ª C. Cível, julgado em 11/06/2007.

Portanto, correta a decisão recorrida, posto que proferida tão somente para resguardar direito fundamental da parte, ressaltando-se, contudo, que o impetrante deverá se manifestar sobre a disponibilidade do medicamento, conforme alegado às fls. 133/136, antes de pleitear o levantamento da quantia seqüestrada.

A decisão acima transcrita, na verdade, apresenta-se como exemplo ideal do padrão decisório do TJRJ. Nela, é possível identificar na sua introdução a conclusão já pacificada na corte, de modo que os argumentos que serão apresentados a seguir explicitariam a correta adequação do entendimento ao caso concreto. Porém, no parágrafo seguinte, o julgador faz menção à cirurgia realizada pelo recorrente e que ela, por si só, é suficiente para justificar a concessão do medicamento pedido inicial. Aqui se resumem os elementos fáticos. Não há na fundamentação indicação de qual é o medicamento requerido pelo recorrente, os motivos pelos quais não foi ele concedido pelo Poder Público: não são aprovados pela ANVISA? Estão em falta no mercado? Inexiste, portanto, elementos fáticos que justifiquem a concessão do medicamento. Ato contínuo, passa a desembargadora relatora a discorrer sobre o direito à saúde e à legislação aplicável ao caso, novamente sem apresentação dos elementos fáticos de individualização. O silogismo apresentado na motivação da decisão é falho e incompleto.

## **5.5 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, juntamente com o TJSP e TJRJ, integra o rol dos maiores Tribunais de Justiça do Brasil. Fundado em no dia 3 de fevereiro de 1874,<sup>383</sup> por determinação do Decreto Imperial 2.432, de 6 de agosto de 1873, à época denominado Relação

---

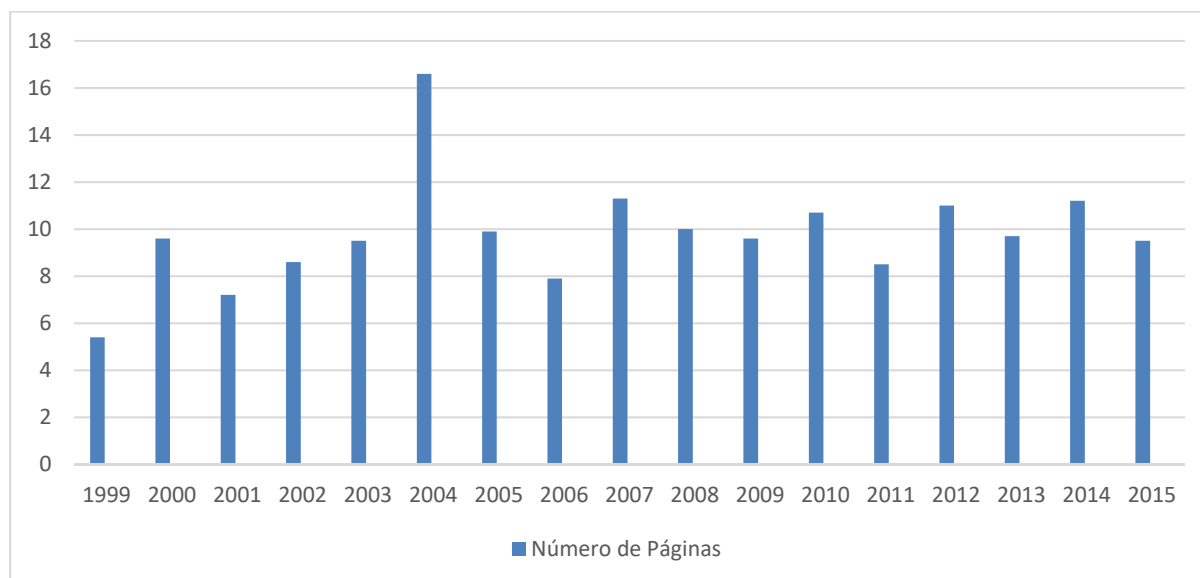
<sup>383</sup> Interessante destacar que, apesar da densidade demográfica e importância econômica, a Província de Minas Gerais esteve vinculada ao Tribunal de Relação do Rio de Janeiro desde a criação de suas primeiras comarcas, em 1714, nas cidades de Vila Rica (Ouro Preto), do Rio das Velhas (Sabará), e do Rio das Mortes (São João Del Rei).

de Ouro Preto, teve o tribunal mineiro na sua primeira composição apenas sete integrantes. Após a Proclamação da República, o Tribunal de Relação foi extinto, sendo criado em seu lugar o Tribunal de Relação de Minas Gerais, que funcionou na cidade de Ouro Preto até a sua mudança para a nova capital do Estado, na cidade de Belo Horizonte, em 1897. Atualmente, o TJMG é composto por 119 desembargadores, que atuam nas câmaras cíveis e criminais do tribunal.

O levantamento e análise das decisões proferidas pelo TJMG tiveram como objeto somente os acórdãos proferidos pelas câmaras cíveis, mantendo-se, quanto aos demais elementos de seleção, os critérios utilizados para a reunião dos dados das demais cortes superiores. Entretanto, da mesma forma que ocorreu no TJSP, o acervo de acórdãos do TJMG não retroage até o ano de 1989. Assim, foram destacados 10 acórdãos por ano, partindo-se do marco temporal de 1999, até o ano de 2015, sendo vedada a repetição de desembargadores relatores.

Diante disso, foi possível apurar que os acórdãos proferidos pelo TJMG têm, em média, 9,7 páginas, com votos de 5,8 páginas, menção à jurisprudência de 1,4 páginas, em 18,8% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,87 páginas, com infrequente citação direta; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é considerada alta.

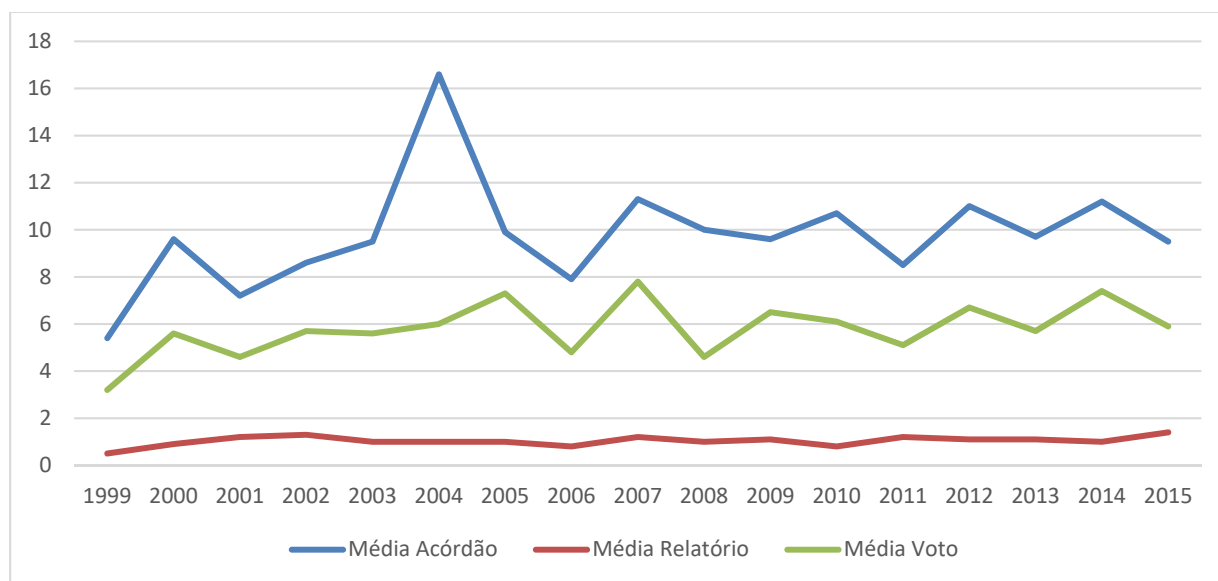
Gráfico 19 – TJMG – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1999 e 2015



Novamente, a tendência de aumento das páginas dos acórdãos também é percebida no TJMG, mesmo que de forma mais sutil quando comparado com os demais Tribunais, ainda que o período analisado seja inferior.

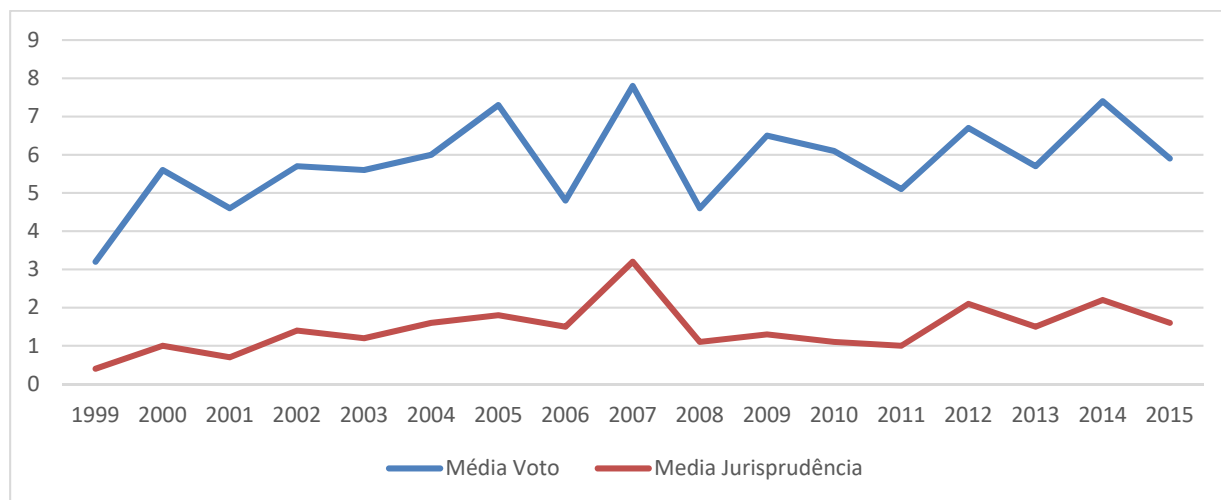
Por sua vez, os acórdãos objeto da análise possuíam as seguintes configurações quanto à extensão de seu voto e relatório:

Gráfico 20 – TJMG – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



Interessante notar que existe uma certa linearidade no tamanho dos votos em todo o período. Ademais, o TJMG manteve o padrão aparentemente existente de elaborar os relatórios em, no máximo, uma página. Em tempo, importante esclarecer que, especificamente na Corte mineira, existe a prática de elaboração dos relatórios de forma autônoma pelo relator, lançado aos autos em separado da decisão. Por conseguinte, é possível que o quantitativo médio apurado de relatório não seja fidedigno àqueles efetivamente presentes nos processos analisados. Entretanto, a presente pesquisa teve como objeto apenas os acórdãos disponibilizados pelo site do Tribunal, de modo que não foi possível verificar, caso a caso, eventual existência de relatório autônomo.

Gráfico 21 – TJMG – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



A pesquisa empírica no Tribunal mineiro demonstrou que a técnica de fundamentação dos seus desembargadores pouco, ou quase nada, modificou-se no período estudado. Os acórdãos possuem votos com o quantitativo de transcrição de ementas relativamente parecidos ao longo de quase duas décadas, fato este que os separa dos demais Tribunais brasileiros.

Além disso, no que se refere ao elemento de transcrição da literatura especializada, a média apurada foi de 0,87 página. Tal número, na verdade, é um dos maiores percentuais de citação de trabalhos acadêmicos em todos os Tribunais analisados. Os desembargadores mineiros, assim como os seus pares fluminenses, apresentaram um percentual de páginas com transcrição de textos acadêmicos similar ao longo do período analisado, o que demonstra feição, em alguns aspectos, tradicionalista do TJMG.

Ademais, dentre os acórdãos analisados, em apenas 18,8% houve a divergência entre os desembargadores que compunham a turma julgadora. Assim, o TJMG possui um percentual de divergência similar àquele apurado no STF e TJRJ.

Por sua vez, a frequência com que os desembargadores transcrevem o texto de lei é considerado alto, uma vez que em 61% dos acórdãos houve a menção expressa de algum dispositivo legal. Tal percentual é, de longe, o mais alto identificado entre as cortes brasileiras, o que, em parte, justifica algum dos posicionamentos mais conservadores adotados pela referida corte.

Diante dos dados acima apresentados, cabe agora exemplificar a fundamentação das decisões no TJMG. Para tanto, merece destaque a decisão proferida pelo Des. José Flávio de



Almeida, quando do julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 1.0024.13.109184-5/001:

Dispensadas informações do MM. Juiz de Direito (f.24-TJ).

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A Constituição Federal ao adotar a teoria dos direitos fundamentais prestigia o direito de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CR). Assim, com esteio na garantia fundamental e para dar efetividade ao contido no artigo 4º da Lei nº 1.060/50, deve prevalecer a presunção de veracidade da declaração de pobreza ou necessitado do agravante (f. 22-TJ).

Quando a lei fala em necessitado para os fins legais, não quer dizer que a parte deva estar na condição de miserável ou de mendicância. Exige apenas que a sua situação financeira não lhe permita pagar as despesas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50). Há de ser preservada minimamente a dignidade da pessoa do litigante.

A declaração de pobreza firmada por pessoa física tem presunção relativa de veracidade.

O agravante é qualificado nos autos como contador. A qualificação profissional do agravante não serve de prova de condição financeira e, assim, deve ser entendido, com razoabilidade, que tem direito aos benefícios a justiça gratuita, já que os fatos dispostos nos autos não autorizam a conclusão de que a sua renda, atualmente, permite o pagamento das custas processuais sem prejuízo do próprio sustento e/ou de sua família, levando-se em consideração as despesas pessoais ordinárias com alimentação, moradia, transporte, água, energia elétrica, telefone, lazer, etc.. Essas despesas são comuns e inadiáveis para as pessoas de todos os níveis sociais.

Ainda que o agravante tenha contratado financiamento para aquisição de veículo automotor no valor de R\$1.099(mil e noventa e nove reais), bem como esteja assistido por advogado particular, esses fatos, por si só, não autorizam a conclusão de que atualmente tenha condições de arcar com o pagamento das custas processuais sem prejuízo próprio e do sustento da família.

A eminente Ministra Fátima Nancy Andriighi, no julgamento do REsp 555.111, j. 5-5-06, DJ 18-12-06, onde se propugnou uma interpretação atualizada e contextualizada da expressão "necessitado", contida na Lei n. 1.060/50, com propriedade, anotou: "... não é pelo fato de os consumidores terem adquirido automóveis que não podem ser considerados necessitados para fins do art. 134 da CF; porquanto o conceito jurídico de necessitado, contido no parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, é mais amplo do que de 'pobre' ou 'miserável', não está vinculado a determinado limite de valor de renda mensal ou de patrimônio e, sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais em prejuízo do próprio sustento ou da família".

Sob outro prisma, a Lei nº 1.060/50 não diz da impossibilidade de advogado particular patrocinar causa de pessoa que pede o benefício da justiça gratuita, pelo contrário dispõe no parágrafo 4º do artigo 5º, que "será preferido para a defesa da causa advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo". Data venia, nesse ponto, o fundamento da decisão agravada contraria texto expresso da lei.

Para beneficiar-se da justiça gratuita o interessado pode constituir advogado particular de sua confiança. Isso se insere na garantia fundamental ao devido processo e ao direito a ampla defesa, cláusula pétrea da Constituição da República, art. 5º, inciso LV.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "Não é cabível o indeferimento do benefício da justiça gratuita na hipótese em que a parte afirma não ter condições de custear as despesas do processo sem comprometimento de seu sustento e o de sua família, ainda que a parte esteja representada por advogado constituído, pois há presunção legal de hipossuficiência da parte, a qual não pode ser afastada de forma genérica e abstrata, sem a devida fundamentação, consoante precedente do STJ. É possível, no âmbito do recurso especial, reformar decisão do tribunal a quo que inverteu a presunção legal de hipossuficiência da parte, indeferindo o benefício da justiça gratuita por falta de prova inequívoca da miserabilidade, porque não há

reexame de matéria de fato ou matéria de prova, e sim nova valoração dos critérios jurídicos que formaram a convicção do julgador, não incidindo o óbice da Súmula 7 do STJ". (REsp 1178595/RS)

No contexto das provas acostadas aos autos, com devida vênia, não encontro fundadas razões para indeferir os benefícios da justiça gratuita.

Para o deferimento da justiça gratuita não se exige o estado de miséria absoluta ou penúria, mas pobreza na acepção jurídica do termo, tal como ocorre no caso em discussão.

No caso, tem-se por preenchido o requisito legal para o reconhecimento do direito aos benefícios da justiça gratuita.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reconhecer ao agravante direito aos benefícios da justiça gratuita.

Custas recursais pelo vencido no julgamento final da causa.

De plano, cumpre esclarecer que as decisões escolhidas refletem a técnica adotada pelo Tribunal em exame na fundamentação das decisões. Com efeito, no presente acórdão, é possível perceber que o desembargador relator, ao julgar uma questão relativamente simples – concessão do benefício da gratuidade da justiça –, utilizou três páginas para demonstrar que o agravante deveria receber o benefício. Para tanto, de forma diversa daquilo que se percebe nos demais Tribunais, o relator indicou os elementos fáticos presentes nos autos, desde os ganhos do agravante até a sua profissão e a existência de procurador particular. Logo em seguida, passa o relator a mencionar os dispositivos legais aplicáveis e, de forma surpreendente, a transcrevê-los. Inclusive, é transcrito trecho da Constituição Federal de 1988. Após, para confirmar o entendimento adotado pelo relator, é indicada uma ementa de decisão proferida pelo STJ, supostamente aplicável ao caso. Todavia, a ementa não possui qualquer elemento que demonstre que o caso outrora julgado pela Corte Superior seja similar ao novo processo em julgamento. Assim, mesmo em situações de relativa simplicidade em seu julgamento, não há correta motivação das decisões judiciais.

## 5.6 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Narrar, ainda que brevemente, a história do Tribunal Regional Federal da 1ª Região é tarefa tormentosa, destacadamente em razão de criações e extinções constantes ocorridas no âmbito da jurisdição federal. Isso porque, nos termos do art. 59 da Constituição Federal de 1891, foi criada a Justiça Federal, nos mesmos moldes daquela existente nos EUA, com competência para julgar as ações de interesse da União.<sup>384</sup> Todavia, a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal, que foi recriada, ainda que parcialmente, na Constituição de 1946.

<sup>384</sup> A despeito da previsão constitucional, o Governo Provisório que proclamou a República, em 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto nº 848, criou a Justiça Federal, inicialmente composta pelo Supremo Tribunal Federal e Juizes de Secção.

Diz-se parcialmente pois o Constituinte estabeleceu o Tribunal Federal de Recursos, órgão de segunda instância para julgamento colegiado de ações de interesse da União. A Justiça Federal foi recriada somente no Ato Institucional nº 2, de 1965, por meio dos juízes federais.

Por sua vez, na Constituição de 1988 houve uma sistematização organizacional da Justiça Federal. Como visto, o TFR foi extinto para dar lugar ao STJ, ao mesmo tempo que foram instituídos os Tribunais Regionais Federais, cujas respectivas sedes seriam definidas pela legislação ordinária. Ao final do processo constitucional, no art. 27, §6º, do ADCT foram criados os cinco Tribunais Regionais Federais que atualmente estão em funcionamento.

O TRF da 1ª Região é o tribunal federal com maior área territorial de jurisdição, correspondente a 80% do território,<sup>385</sup> que abrange os seguintes Estados, quais sejam, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal. Não obstante, é também o tribunal federal, em números absolutos, com o maior percentual de ações em tramitação.

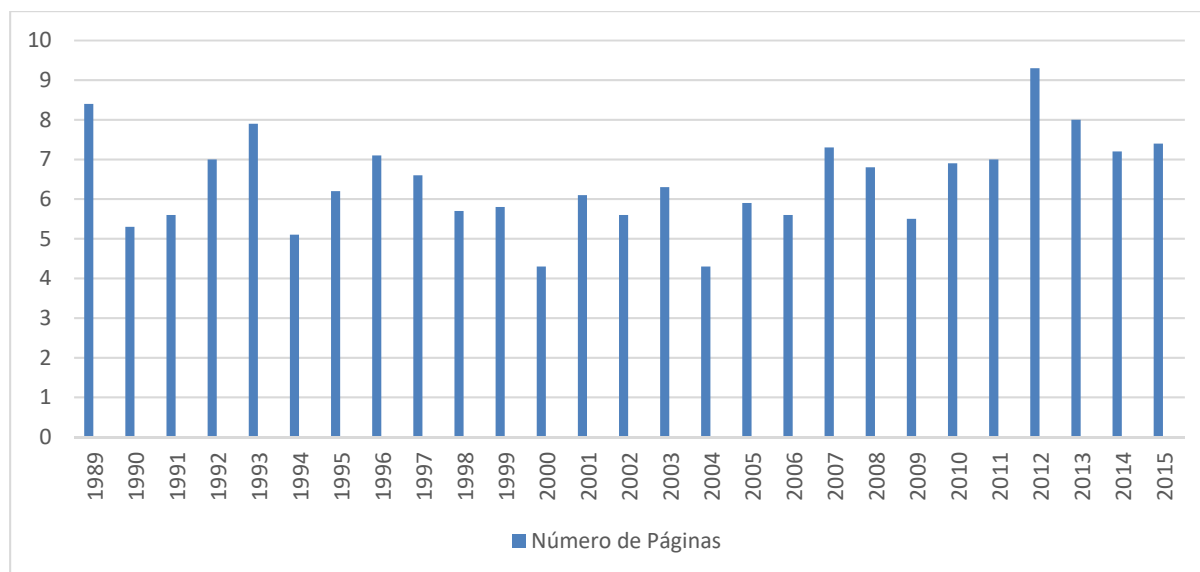
Feitas tais considerações, cumpre informar que a análise das decisões proferidas pelo TRF da 1ª Região teve como objeto somente os acórdãos proferidos pelas câmaras cíveis, mantendo-se, quanto aos demais elementos de seleção, os critérios utilizados para a reunião dos dados dos demais Tribunais. Portanto, foram destacados 10 acórdãos por ano, partindo-se do marco temporal de 1989, até o ano de 2015, sendo vedada a repetição de desembargadores relatores ou a seleção de decisões proferidas por juízes em substituição.

Diante disso, foi possível apurar que os acórdãos proferidos pelo TRF da 1ª Região têm, em média, 6,4 páginas, com votos de 3,5 páginas, menção à jurisprudência de 1,1 páginas, em 9,6% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,09 página, com infrequente citação direta; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta e não foi identificado, pelo menos nos acórdãos analisados, o raciocínio abstrato. Assim, vale apresentar os gráficos quanto aos acórdãos analisados, iniciando pela comparação histórica do número de páginas dos acórdãos.

---

<sup>385</sup> CNJ Justiça em Números, 2015, p. 270

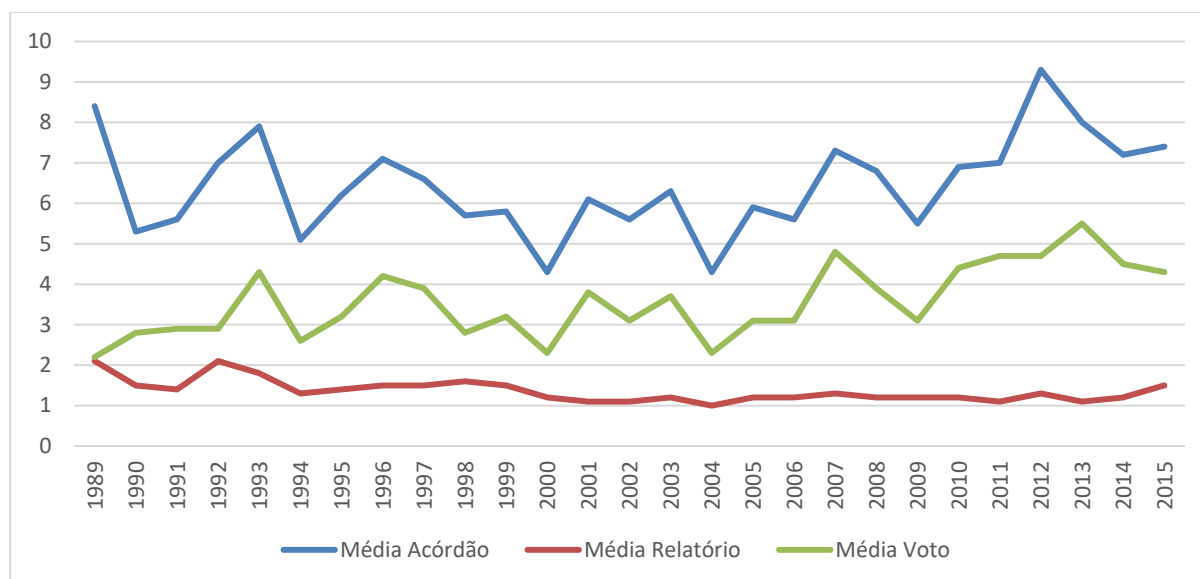
Gráfico 22 – TRF1 – Média de Páginas dos Acórdãos entre 1989 e 2015



Especificamente quanto à extensão dos acórdãos, é possível perceber que existe uma leve tendência para o aumento do número de páginas no último quinquênio, com a média subindo para acórdãos com mais de sete páginas.

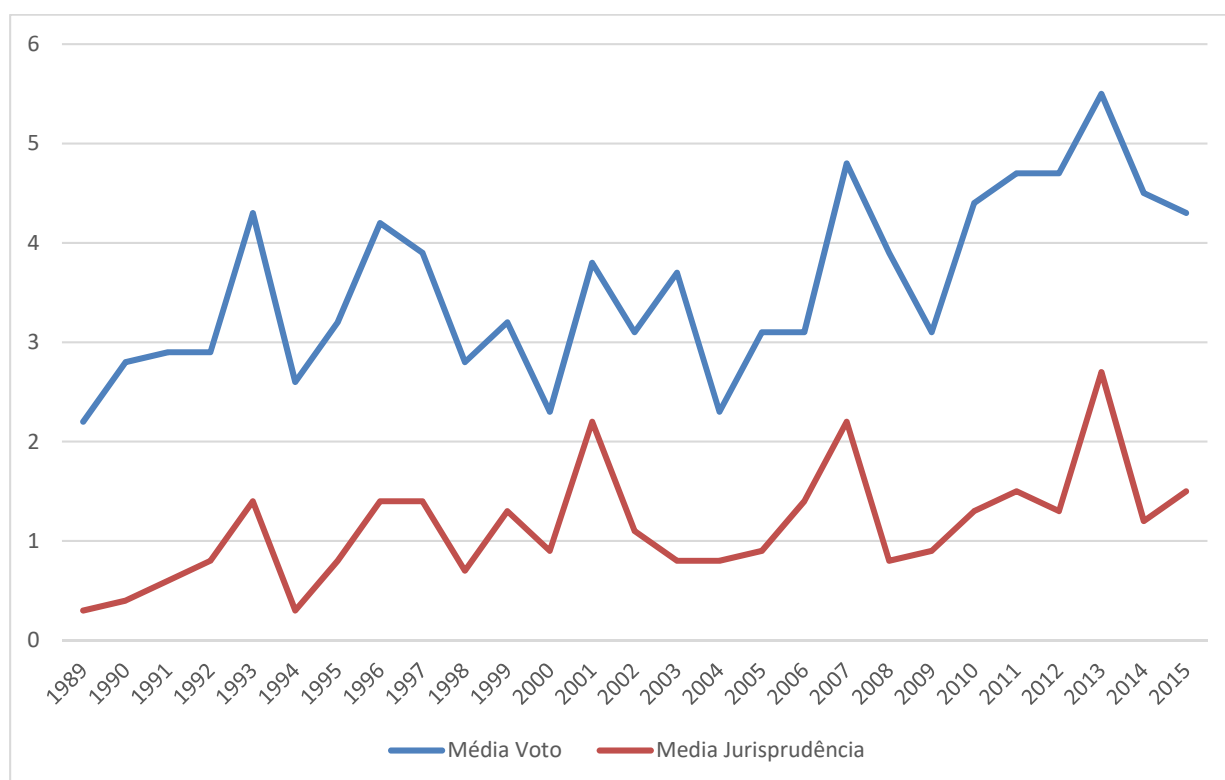
Quanto à sua composição, é possível perceber a estrita correlação entre o tamanho dos votos e o tamanho dos acórdãos, evidência de um pequeno percentual de votos dissidentes. Ademais, os relatórios dos acórdãos do TRF da 1ª Região são sintéticos, como é recorrente entre os Tribunais brasileiros, não sendo superiores a uma página, conforme demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 23 – TRF1 – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



Por sua vez, ao verificar-se a composição dos votos, destacadamente quanto à transcrição de ementas, é perceptível o aumento no decorrer do período analisado, sendo que os próximos anos indicam que haverá uma média de 2 páginas para simples transcrição de ementas por acórdão:

Gráfico 24 – TRF1 – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



Ademais, no levantamento empírico, identificou-se a média de transcrição de obras da literatura especializada de 0,09 página. O percentual apurado nos acórdãos do TRF da 1ª Região colocam-no como um dos Tribunais brasileiros com o menor indicativo de textos acadêmicos em seus votos. Ademais, as menções à doutrina estavam concentradas nos primeiros anos de levantamento dos acórdãos do TRF da 1ª Região, o que aponta para uma restrição ainda maior nos próximos anos de tais citações.

Ademais, dentre os acórdãos analisados, em apenas 9,6% houve a divergência entre os desembargadores que compunham a turma julgadora, similar àqueles índices do STJ e TJSP.

Acrescente-se que a frequência com que os desembargadores do TRF da 1ª Região transcrevem o texto de lei é considerado médio em relação aos seus pares apurados, uma vez que em 31,1% dos acórdãos houve a menção expressa de algum dispositivo legal.

Para exemplificar o método de julgamento do TRF da 1ª Região, vale mencionar o seguinte acórdão proferido em sede de apelação cível, sob a relatoria da Desembargadora Ângela Catão.

A pensão por morte é benefício previdenciário regido pela lei vigente à época do óbito do segurado instituidor e independe de carência. É devida ao conjunto de seus dependentes, observada a ordem preferencial das classes do art. 16 da Lei 8.213/91, sendo que a classe I detém presunção legal de dependência econômica.

O autor, com o propósito de constituir início razoável de prova material da atividade rural de sua falecida esposa, juntou aos autos, entre outros, certidão de casamento (fl. 10), em que ele figura qualificado como lavrador, qualificação que a ela se estende, consoante entendimento do STJ manifestado no REsp 267.355/MS, relatado pelo Ministro Jorge Scartezzini, publicado no DJ 20.11.2000, do seguinte teor: “A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido, constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural...”.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não é necessário que o início de prova documental para comprovação de exercício de atividade rural abranja todo o período de carência, sobretudo quando a prova testemunhal é suficientemente forte para corroborar o deferimento da aposentadoria.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ. Confira-se:

**AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. DOCUMENTO NOVO. CERTIDÃO DE CASAMENTO. SOLUÇÃO PRO MISERO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.**

*1. Esta Corte, ciente das inúmeras dificuldades por que passam os trabalhadores rurais, vem se orientando pelo critério pro misero, abrاندando o rigorismo legal relativo à produção da prova da condição de segurado especial. Em hipóteses em que a rescisória é proposta por trabalhadora rural, tem se aceitado recorrentemente a juntada a posteriori de certidão de casamento, na qual consta como rurícola a profissão do cônjuge (precedentes). Se se admite como início de prova documental a certidão na qual somente o cônjuge é tido como rurícola, com muito mais razão se deve admitir, para os mesmos fins, a certidão na qual o próprio autor é assim qualificado.*

*A certidão de casamento é, portanto, documento suficiente a comprovar o início da prova material exigido por lei a corroborar a prova testemunhal.*

*2. Diante da prova testemunhal favorável ao autor, estando ele dispensado do recolhimento de qualquer contribuição previdenciária e não pairando mais discussões quanto à existência de início suficiente de prova material da condição de rurícola, o requerente se classifica como segurado especial, protegido pela lei de benefícios da previdência social - art. 11, inciso VII, da Lei 8.213/91.*

*3. Pedido procedente.*

AR 3.771/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 18/11/2010. (Grifei)

Outrossim, os documentos apresentados constituem início de prova documental de que a esposa do autor esteve em exercício efetivo de trabalho rural, devendo ser corroborado por prova testemunhal.

As testemunhas ouvidas em audiência, por sua vez, corroboram a prova material produzida e os termos da petição inicial, formando um conjunto probatório firme e coerente.

Não deve prosperar a pretensão do INSS de ver reconhecida como prova a entrevista administrativa realizada, conforme documentos de fls. 34/36, ao argumento de que se trata de meio hábil à descaracterização do trabalho rural alegado pela falecida.

Entretanto, a entrevista realizada pelo INSS não tem o condão, por si só, de desconstituir as provas materiais juntadas aos autos e os depoimentos das testemunhas colhidas em audiência de instrução perante o Magistrado *a quo*, notadamente por se tratar de documento produzido sem a presença do advogado da parte autora.

Assim, ocorrido o evento morte e havendo relação de dependência do autor para com a finada, o requerente tem direito à pensão pleiteada, nos termos da legislação previdenciária.

Registro, outrossim, que a dependência econômica do autor em relação à falecida está devidamente comprovada por meio da documentação juntada (certidão de casamento), haja vista que, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91, a sua dependência é presumida.

Confira-se a redação dos dispositivos:

*Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*

*I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)*

[...]

*§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.*

Diante desse quadro, é forçoso reconhecer que o autor preenche os requisitos para obtenção do benefício de pensão por morte.

Quanto ao termo inicial, o artigo 74 da Lei 8.213/91 dispunha em sua redação originária:

*Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, em caso de morte presumida.*

Pela certidão de óbito juntada (fl. 12), depreende-se que, à época do falecimento da ex-segurada, vigorava o artigo 74 da Lei 8.213/91 em sua redação originária.

Assim, o termo inicial do benefício deve ser a data do óbito, observada a prescrição quinquenal, vedada a *reformatio in pejus* e observados os estritos limites objetivos do pedido inicial.

A correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida (Súmula 19 do TRF 1ª Região).

Os juros de mora são devidos em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação até 30.06.2009.

A partir de 30.06.2009, será aplicado o contido no art. 1ºF da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, para correção monetária e juros de mora.

Explicito que a correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

A verba honorária é devida em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ), em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC, e a jurisprudência desta Corte.

Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso. Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas por força do art. 4º, inc. I, da Lei 9.289/96, abrangendo, inclusive, as despesas com oficial de justiça.

Por fim, verifico que estão preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. Assim, *de ofício*, antecipo os efeitos da tutela para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício (obrigação de fazer), diante do direito reconhecido e do caráter alimentar do benefício previdenciário.

Ressalte-se que não há qualquer impedimento processual à concessão da tutela antecipada em 2ª Instância, diante das normas dos arts. 515, § 1º, 516, 798, 461, *caput*, §§ 3º e 4º e 644, todos do Código de Processo Civil.

Isso posto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para determinar que o termo inicial do benefício, a correção monetária, os juros de mora, os honorários advocatícios e as custas processuais sejam fixados nos termos da fundamentação supra, vedada, em qualquer caso, a *reformatio in pejus* e observados os estritos limites objetivos do pedido inicial.

Concedo, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício postulado pelo autor.

Oficie-se ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para fins de imediata implantação do benefício no prazo de 30 (trinta) dias.

É o meu voto.

O voto acima é perfeito para a demonstração do tema central do presente trabalho, destacadamente pois nele é possível identificar a correta fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, a desembargadora Ângela Catão, ao apresentar o caso em julgamento, indica as provas que foram produzidas e os motivos pelos quais acolheu a pretensão do apelante, bem como os motivos pelos quais afasta as alegações fáticas trazidas pelo apelado. Ademais, consta no voto a transcrição de uma ementa de decisão do STJ. Ainda assim, há uma explicação do raciocínio desenvolvido no acórdão, ao qual se filia a julgadora. É possível questionar a necessidade de transcrição da legislação aplicável ao caso, uma vez que a sua inclusão tem a pretensão de legitimar o entendimento adotado, aqui adequando-se ao modelo silogístico de fundamentação. Porém, em seguida, há a concessão de ofício da antecipação da tutela recursal, com vistas a permitir à parte a imediata fruição do direito reconhecido judicialmente.

Sendo assim, a fundamentação da decisão foi suficiente para elucidar as questões debatidas pelas partes, destacadamente pela parte vencida, atendendo aos requisitos legais de validade.

## **5.7 – A Fundamentação das Decisões no Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

Criado na mesma esteira do TRF da 1ª Região, tem-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja sede está localizada na cidade de Porto Alegre e possui competência sobre os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Quanto à sua história, para os fins do presente trabalho, pouco pode ser acrescentado além daquilo que já foi apresentado no subitem antecedente. É necessário destacar, apenas, que o referido tribunal, a despeito de possuir o maior percentual de magistrados por número de habitantes (1,34 por 100.000), segundo o Relatório do CNJ “Justiça em Números”, as três “*seções judiciárias do TRF4 estão entre as*

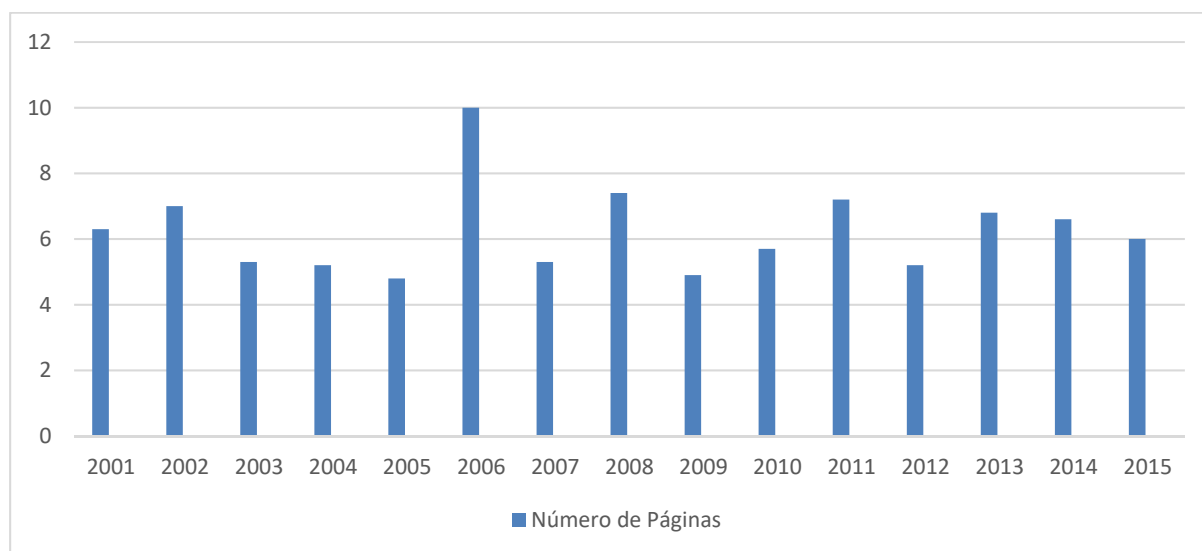


*cinco com mais de 2.216 casos novos por cem mil habitantes*”,<sup>386</sup> o que indica uma elevada litigiosidade na região. Por isso, o referido tribunal encontra-se entre aqueles com maior número de processos por magistrado.

O levantamento e análise das decisões proferidas pelo TRF4 tiveram como objeto somente os acórdãos proferidos pelas câmaras cíveis, mantendo-se, quanto aos demais elementos de seleção os critérios utilizados para a reunião dos dados das demais cortes superiores. Entretanto, assim como ocorreu no levantamento dos dados do TJSP e TJMG, a pesquisa teve que encampar um período inferior de tempo no TRF4. Apesar de fornecer as ementas dos acórdãos desde 1990, a íntegra dos acórdãos, objeto de análise, somente estão disponíveis após o ano de 2001. Assim, foram destacados 10 acórdãos por ano, partindo-se do marco temporal de 2001, até o ano de 2015, sendo vedada a repetição de desembargadores relatores.

Diante disso, foi possível apurar que os acórdãos proferidos pelo TRF4 têm, em média, 6,2 páginas, com votos de 3,8 páginas, transcrição de ementas de 1,1 páginas, em 8% houve dissenso, houve citação de doutrina nos acórdãos analisados, na média de 0,06 página, ausentes inclusive da mera indicação de autores; a frequência de menção aos fatos e de outros julgados é alta e não foi identificado, pelo menos nos acórdãos analisados, o raciocínio abstrato. Assim, vale apresentar os gráficos quanto aos acórdãos analisados.

Gráfico 25 – TRF4 – Média de Páginas dos Acórdãos entre 2001 e 2015

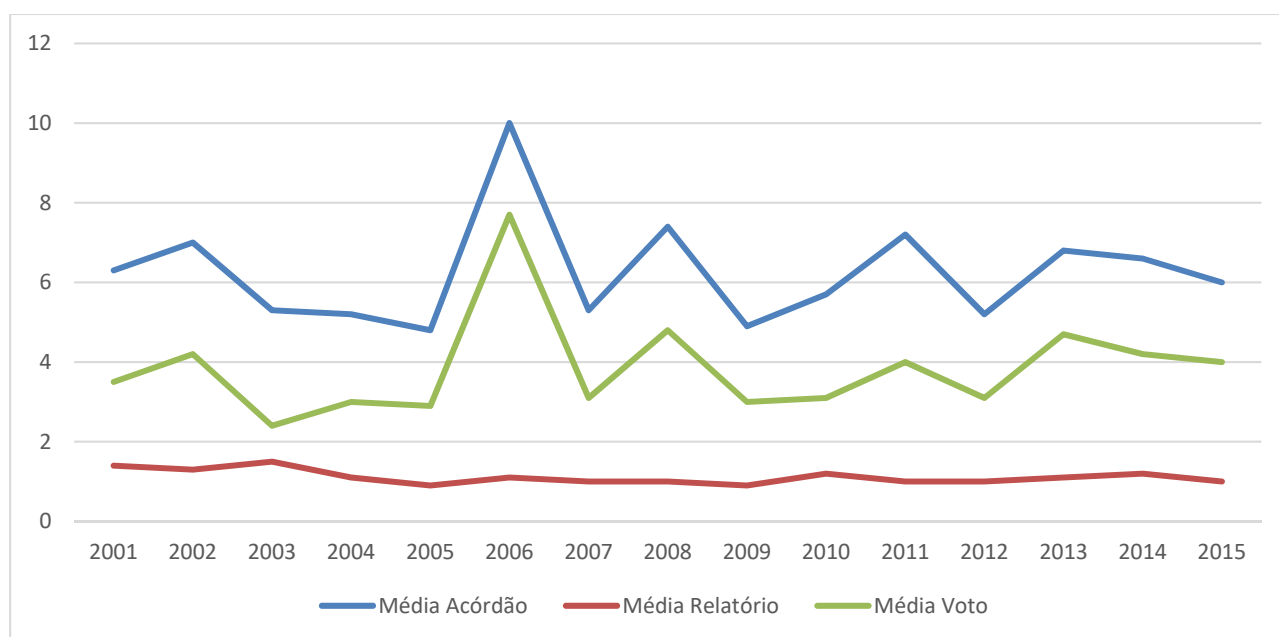


<sup>386</sup> CNJ. *Justiça em Números... Op. cit.*, p. 273.

Infelizmente, os dados apurados quanto ao TRF4 não permitem apurar eventual modificação da técnica decisória desde a promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, é possível perceber que a mencionada Corte possui uma padronização que pouco, ou mesmo quase nada, se modificou nos últimos anos.

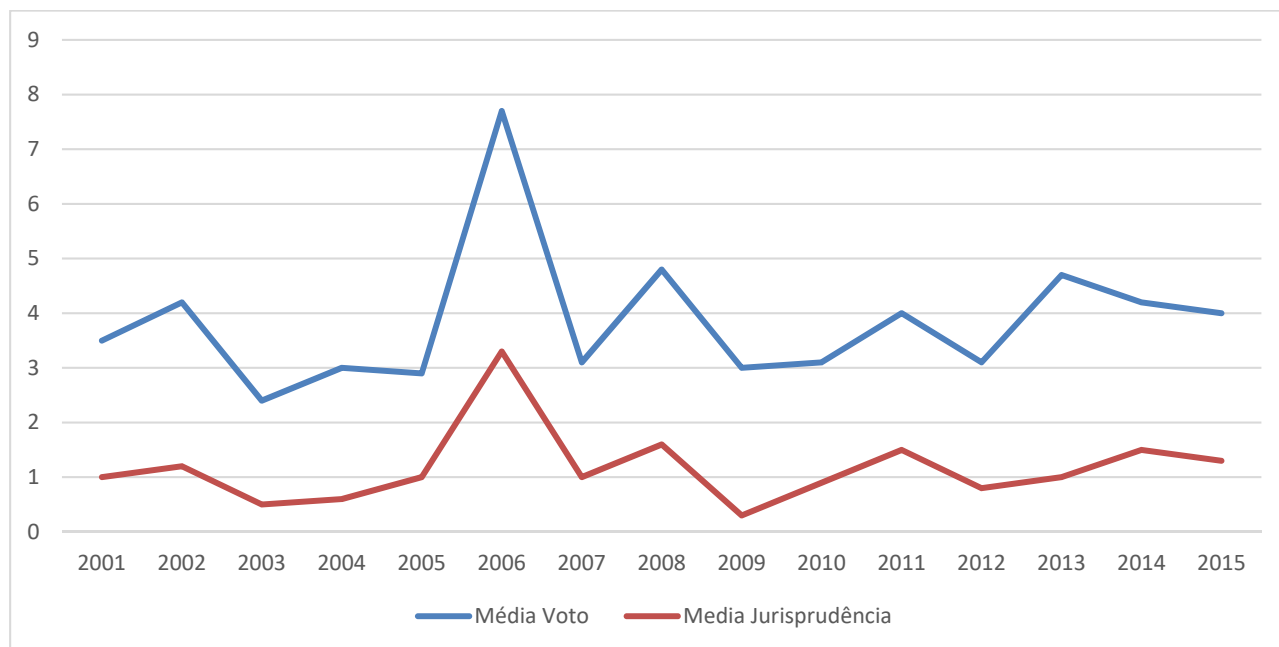
Cumprindo explicitar, por oportuno, o gráfico comparativo da média de páginas dos acórdãos, em comparação com o relatório e o voto. Nele, é possível perceber que a utilização do relatório de forma simplificada se mantém no TRF4, uma vez que sua média se mantém próxima de uma página em todo o período analisado. Ademais, é perceptível a estrita proporção na extensão dos votos em relação à extensão dos acórdãos, o que demonstra, como já visto, o reduzido percentual de dissenso entre os magistrados federais.

Gráfico 26 – TRF4 – Comparativo: Média de Páginas do Acórdão x Média de Páginas do Relatório x Média de Páginas do Voto



No que toca à média de transcrição de ementas, em comparação com a extensão dos votos, interessante destacar que a frequência é considerada baixa. Os desembargadores do TRF4 têm por expediente apenas indicar o número dos julgados que consideram pertinentes, sem que aconteça a sua transcrição na decisão do caso em julgamento. Não obstante, foi comum, pelo menos nas decisões analisadas, a simples cópia das decisões recorridas como método de fundamentação, independente de se tratar de apelação, agravo de instrumento ou agravo interno.

Gráfico 27 – TRF4 – Comparativo: Média de Transcrição de Ementas x Média de Páginas do Voto



No levantamento empírico, identificou-se a média de transcrição de obras da literatura especializada de 0,06 páginas. Juntamente com o TRF da 1ª Região, o percentual apurado nos acórdãos do TRF da 4ª Região colocam-no como um dos Tribunais brasileiros que possui um dos menores indicativos de textos acadêmicos em seus votos.

Ademais, dentre os acórdãos analisados, em apenas 8% houve a divergência entre os desembargadores que compunham a turma julgadora, similar àqueles índices do STJ e TJSP.

Acrescente-se que a frequência com que os desembargadores do TRF da 4ª Região transcrevem o texto de lei é considerado alto em relação aos seus pares apurados, uma vez que em 46,6% dos acórdãos houve a menção expressa de algum dispositivo legal.

Para exemplificar o método de julgamento do TRF da 4ª Região, vale mencionar o seguinte acórdão proferido em sede de embargos de declaração, sob a relatoria do Desembargador Ricardo Teixeira.

A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal.

Registre-se, também, que o fato de acórdão decidir contrariamente às pretensões do recorrente, não possibilita o uso da via dos embargos declaratórios, pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese que só é admitida excepcionalmente, como, por exemplo, para corrigir erro material.

Vale dizer, ainda, que não apresentou o INSS fundamento que justifique modificação do julgado, pois não se pode cogitar ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ou no artigo 6º da LICC, até porque não está em discussão questão ligada a direito adquirido ou ato jurídico perfeito, versando o litígio sobre a incidência imediata (ou não) de norma que institui o prazo decadencial em detrimento do segurado.

Assim sendo, voto no sentido de negar provimento aos embargos de declaração.

Primeiramente, é possível perceber a simplicidade da decisão, que foi preferida em apenas uma página, sem transcrição de ementas ou mesmo cópia dos dispositivos suscitados pela parte recorrente. Tal fato, por si só, não configura qualquer problema ou prejuízo para a prestação jurisdicional. Porém, não há maiores indicativos de quais foram as alegações do recurso, tampouco se tratava de omissão, obscuridade ou contradição.

Mais uma vez, ainda que se esteja diante de um julgado corretamente simples, deixou o julgador de apresentar os elementos necessários para corretamente responder a pretensão da parte recorrente.

## 5.8 – Comparativo da Fundamentação das Decisões entre os Tribunais

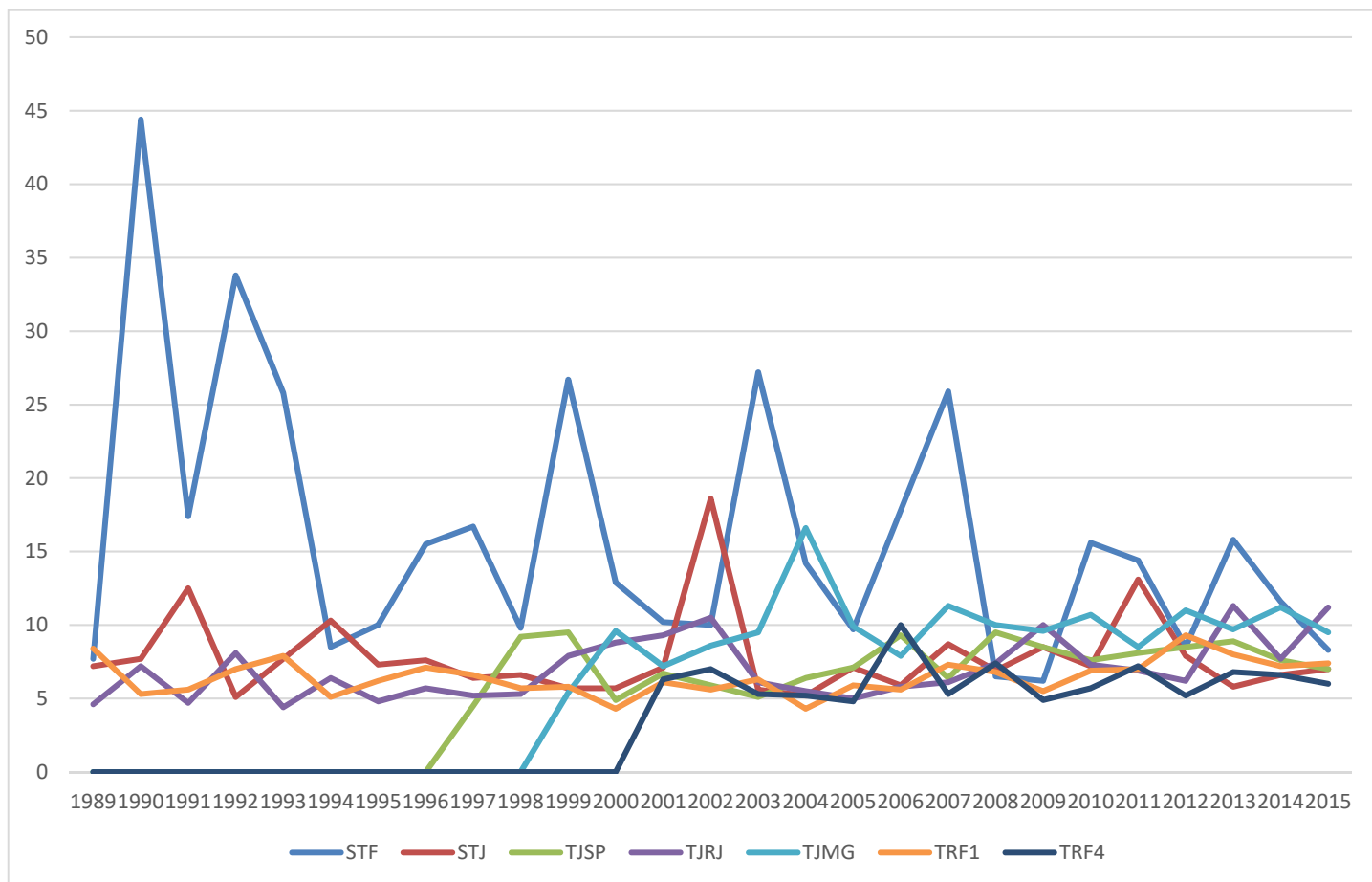
Diante do volume de informações reunidas, a apreensão daquilo que seria um panorama geral pode se mostrar uma tormentosa tarefa. Por isso, com vistas a sintetizar os dados elencados e permitir a comparação, no presente capítulo serão apresentados os resultados comparativos, que permitem um posicionamento da fundamentação das decisões judiciais nos Tribunais brasileiros. Assim, de forma sintética, as principais informações apuradas podem ser assim sintetizadas:

Tabela 28 – Comparativo Completo dos Tribunais

	<b>Acórdão (páginas)</b>	<b>Voto (páginas)</b>	<b>Jurisprudência (páginas)</b>	<b>Dissenso (percentual)</b>	<b>Doutrina (páginas)</b>	<b>Lei (percentual)</b>
STF	15	4,5	1,8	23,30%	0,39	29,20%
STJ	7,81	2,9	1,2	8,10%	0,1	19,60%
TJSP	7,4	4,6	1,4	7,80%	0,62	32%
TJRJ	7,1	3,9	1	20%	0,24	33%
TJMG	9,7	5,8	1,4	18,80%	0,87	61%
TRF 1	6,4	3,5	1,1	9,60%	0,09	31,10%
TRF 4	6,2	3,8	1,1	8%	0,06	46,6%
<b>Média</b>	<b>8,5</b>	<b>4,1</b>	<b>1,28</b>	<b>13,66%</b>	<b>0,33</b>	<b>36,07%</b>

Com efeito, os dados comparativos demonstram que existe uma padronização decisória nas cortes brasileiras. A técnica de fundamentação utilizada pelos magistrados apresenta elementos uniformizantes, destacadamente quanto à média de páginas necessárias para a solução da controvérsia. O gráfico abaixo indica a tendência de simplificação decisória relativa à extensão das decisões.

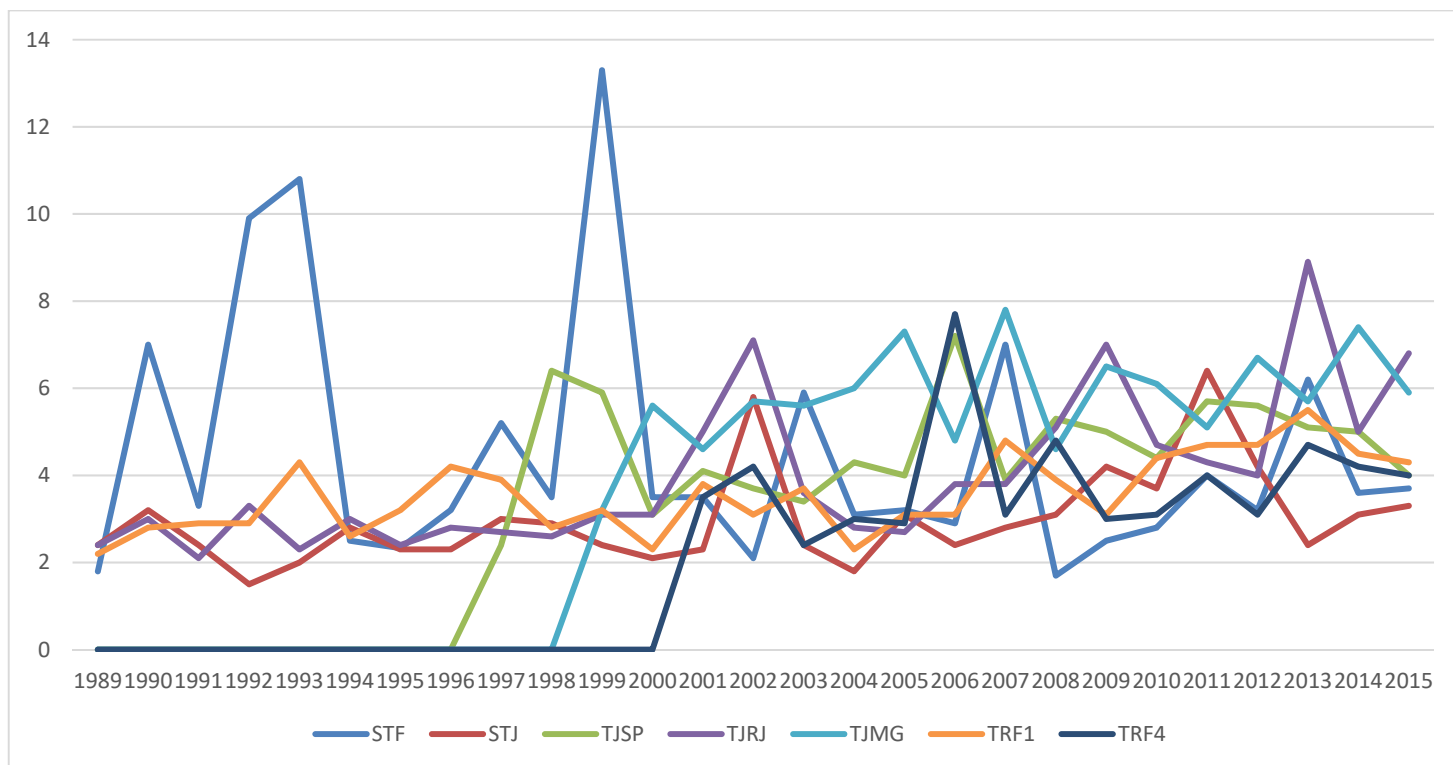
Gráfico 29 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas de Acórdão



Perceptível que, a despeito de suas diferentes funções na organização judiciária brasileira, existe uma confluência para a elaboração dos acórdãos em entre 5 a 10 páginas, *independente* da matéria objeto da discussão.

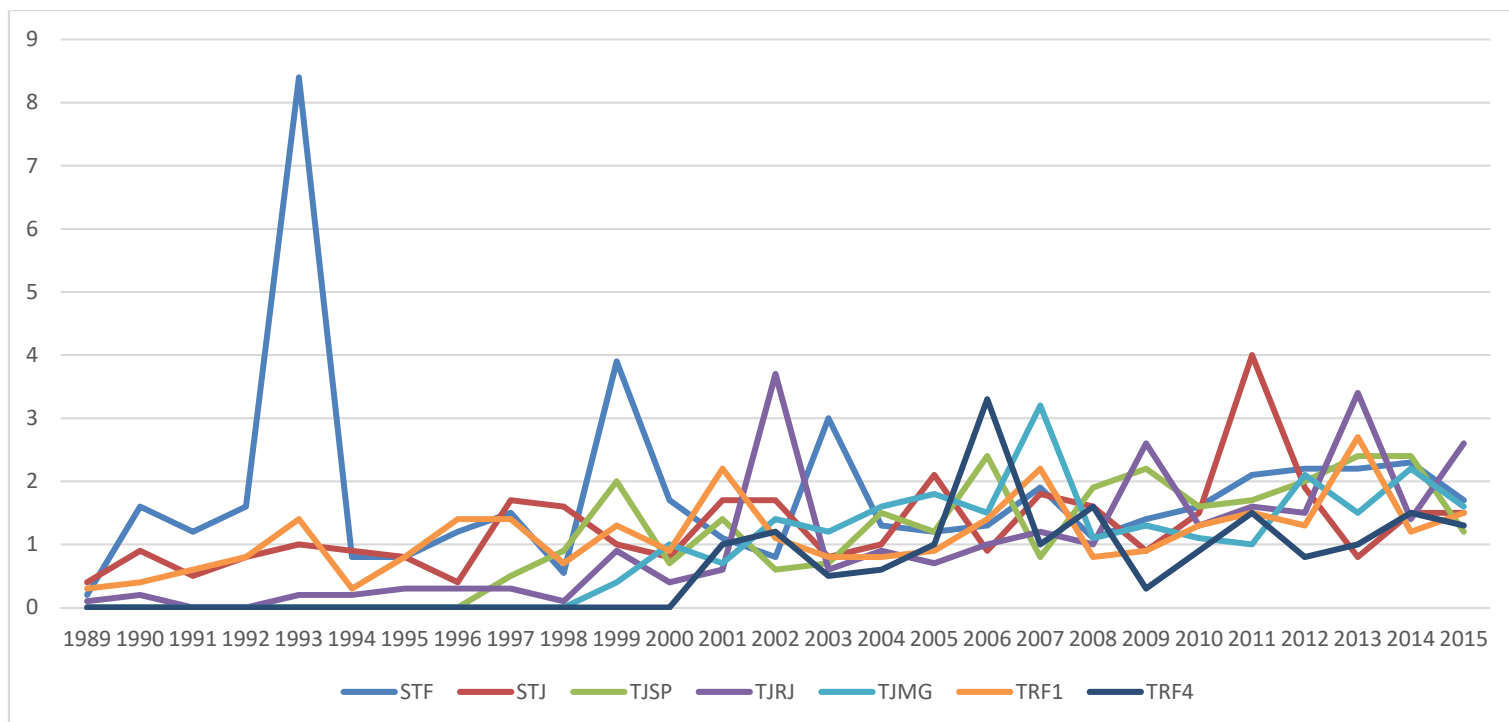
A extensão dos acórdãos é refletida na média de extensão dos votos, que refletem o mesmo padrão de uniformização apresentado no gráfico antecedente.

Gráfico 30 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas dos Votos



Por fim, a média de transcrição das ementas de decisões apresenta o mesmo viés de aumento em todas as cortes analisadas, confirmando a percepção existente de que haveria uma simplificação da técnica de fundamentação por meio da mera menção de decisões pretéritas, como demonstra o Gráfico 31.

Gráfico 31 – Tribunais – Comparativo: Média de Páginas de Transcrição de Ementas



Assim, é seguro afirmar que os Tribunais brasileiros, independente da matéria em julgamento, elaboram a fundamentação das decisões seguindo a seguinte estrutura: votos com média de 4 páginas, nas quais estão incluídas necessariamente 1,5 páginas de mera transcrição das ementas aplicáveis ao caso. Em regra, as decisões são estruturadas por meio da apresentação do único raciocínio jurídico considerado válido pelo julgador, seguido de eventual transcrição de trechos de livros acadêmicos pertinentes ao tema em debate e finalizado com a transcrição de duas ou três ementas pertinentes ao caso em julgamento, escolhidas de forma aleatória.

Interessante ressaltar que as transcrições de ementas e trechos de livros ocorrem após a explicitação do raciocínio do julgador, de modo que servem de meios para referendar o posicionamento anteriormente adotado. Inexiste qualquer preocupação com a justificação da escolha de determinada ementa ou autor acadêmico, que tem a sua autoridade confirmada pela mera decorrência da autoridade do próprio julgador.

Não obstante, é frequente a transcrição do texto legal pelos julgadores como meio de justificar o posicionamento por eles adotados. Tal prática, que na sua essência esconde a percepção de que os casos em julgamento possuem a solução na confrontação do texto legal, é decorrente do método silogístico ainda utilizado pelas Cortes brasileiras.

Sendo assim, é possível concluir que, comparativamente com a *Supreme Court*, as cortes brasileiras atuam de forma silogista, sem a utilização de pensamento abstrato no momento de julgamento, em decisões concisas se comparados aos seus pares norte-americanos, utilizando da técnica de transcrição das ementas como meio de referendar o posicionamento adotado.

## 6 – VICISSITUDES DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A fundamentação das decisões judiciais, como visto, tornou-se exigível de todos os magistrados para atender dúplice função: enquanto limita o poder do julgador, permite ao jurisdicionado convencer-se de que a melhor solução para o caso concreto foi encontrada. Entretanto, foram identificados problemas que são antecedentes fáticos à discussão teórica do conceito de fundamentação, usualmente ignorados pela literatura especializada. Os problemas identificados, para a sua correta exposição e análise, devem ser divididos em duas linhas, a saber:

1- Procedimento de julgamento: (i) predominância das decisões monocráticas em face das decisões colegiadas; (ii) ausência de debate entre os julgadores nas decisões colegiadas; (iii) cultura dos assessores; e

2- Técnica de fundamentação das decisões: (iv) cultura parecerista; (v) extensiva citação de outras decisões, sem demonstração de sua adequação ao caso em julgamento; (vi) citação doutrinária restrita e sem justificativa; (vii) reduzida referência ao caso concreto; (viii) inexistência de pensamento abstrato; (ix) falta de enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes no processo; (x) ausência de diferenciação entre *hard cases* e *easy cases*.

O impacto de cada um deles na fundamentação das decisões será mais bem explicitado no presente capítulo, de forma individualizada.

### 6.1 – Predominância das Decisões Monocráticas (ou enfraquecimento do Princípio Colegiado)

De plano, após o levantamento das decisões proferidas pelo STF e STJ, foi evidenciada uma prática que parece ser arraigada em tais Tribunais, consistente na prevalência da técnica de julgamento monocrático em face do julgamento colegiado.

Antes de mais nada, importante relembrar que o julgamento monocrático dos recursos tem recente assento na legislação brasileira. Decorrente de uma solução proposta pela academia, com fito de atender aos reclames dos magistrados quanto ao excesso de processos, foram inseridas, ainda no âmbito do CPC de 1973, as modificações no art. 557, que definiram novos poderes para que o relator do recurso ou processo em trâmite no tribunal possa, desde



logo, resolver o litígio.<sup>387</sup> Tais poderes foram ampliados no CPC/15, ao permitir que relator julgue, monocraticamente, os recursos recebidos, naquelas situações previstas no art. 932, inc. IV e V. Ao estender os poderes decisórios, anteriormente limitados à homologação de acordo e ao juízo de admissibilidade dos recursos, pretendia-se evitar o desperdício de tempo e esforços decorrentes da reunião de uma turma ou câmara para apreciar um recurso meramente protelatório, manifestamente incabível, ou que versasse sobre tema já pacificado pelo tribunal em questão. Importante acrescentar que o art. 544 do CPC/73 também previu como regra para julgamento do recurso de agravo para destrancar recurso especial e extraordinário a decisão monocrática, o que também contribuiu para o resultado apurado. Assim, em um primeiro momento, tais modificações estão adequadas para os objetivos propostos, destacadamente com vistas a relegar as decisões colegiadas somente para situações de efetiva necessidade.

Não obstante, a ampliação dos poderes do relator deve ser vista como mecanismo necessário no combate à cultura, arraigada entre os operadores do direito, de recorribilidade de todas as decisões judiciais. Havia uma percepção de que os tribunais, em sua maioria, decidiam de forma reiterada questões que não justificariam o ajuizamento da ação ou a interposição de um recurso. Com efeito, a ampliação dos poderes do relator foi o remédio pensado para combater a mencionada forma de litigiosidade tão perniciosa existente na prática forense.

Entretanto, o que se pode concluir diante dos dados obtidos na presente pesquisa é que o mecanismo pensado pelo legislador não surtiu os efeitos esperados, uma vez que o número de decisões monocráticas somente cresceu no período analisado. Considerando que os dados partem, em 1998, de um número ínfimo, para atingir, em 2015, 25.000 decisões no STF e quase 450.000 no STJ, é possível afirmar que o julgamento monocrático não permitiu a diminuição do trabalho dos ministros das referidas cortes. Mesmo no STF, no qual é possível perceber uma sensível queda no número de decisões monocráticas entre os anos de 2011 a 2013, é evidente que a técnica de solução monocrática dos litígios não foi suficiente para combater o excesso de recursos.

Interessante notar que a opção legislativa foi ampliar o instrumento de julgamento monocrático no CPC/15, antes mesmo de verificar se houve efetivo ganho de produtividade das cortes após a adoção das modificações realizadas ainda sob a vigência do CPC/73. Pode-se fazer uma analogia entre a opção legislativa do CPC/15 com a atuação de um médico que, diante de uma doença relatada por seu paciente, escolhe um determinado remédio para salvar

---

<sup>387</sup> FERRAZ, Leslie Shérica; PANTOJA, Fernanda Medina. A Aplicação do Art. 557 do CPC, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: uma Análise Empírica. In: **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Vol. 1, p. 37-59. Set-Out. Rio de Janeiro: RT, 2013, p. 39.

a pessoa, mas a doença não parece regredir. Ao invés de procurar outro remédio, provavelmente mais indicado para combater a enfermidade, o médico aumenta a dose do remédio outrora ministrado. O resultado, parece certo, será a morte do paciente. Não muito distante das possíveis consequências que atingirão o Poder Judiciário brasileiro, destacadamente nas mencionadas Cortes, caso não ocorra uma mudança no quantitativo de processos para os juízes decidirem.

Ademais, para além do crescimento dos julgamentos monocráticos, necessário volver para a outra faceta do mesmo fenômeno, concernente no fato de que as decisões colegiadas não configuram regra, mas sim a exceção no STF e STJ. O sistema recursal pátrio foi construído para atender a finalidades específicas, resultado da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.<sup>388</sup> Em primeiro lugar, tem como pressuposto a possibilidade de erro no julgamento singular. Assim, o jurisdicionado pode submeter a questão à apreciação de outros magistrados, mais experientes, para que possam de forma colegiada verificar a eventual existência de quaisquer vícios. Em segundo lugar, o sistema recursal serve para uniformizar a aplicação do Direito, permitindo que decisões antagônicas sobre a mesma matéria, que causariam uma instabilidade no ordenamento, não coexistam. Ademais, aponta BERNARDO PIMENTEL a finalidade corretiva do sistema recursal. O magistrado, ao proferir uma decisão, está ciente que poderá ser ela revista por um órgão hierarquicamente superior, de modo terá mais cuidado ao decidir, sob “*pena de sofrer restrições para a ascensão na carreira.*”<sup>389</sup> Em decorrência de tais finalidades, tem-se o princípio da colegialidade, que pode ser entendido como a exigência de que as causas e recursos, quando forem de competência dos Tribunais, sejam julgados por órgãos colegiados.<sup>390</sup> De natureza manifestamente constitucional,<sup>391</sup> tal princípio não pode ser afastado, em tese, em situações ordinárias, uma vez que se considera que a reunião de órgãos

---

<sup>388</sup> Sobre o tema, ver SANTOS, Marina França. **Fundamentos da Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. Dissertação. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

<sup>389</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução do Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, p. 15

<sup>390</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução do Direito Processual Civil...** *Op. cit.*, p. 32.

<sup>391</sup> Sobre o tema, afirma BERNARDO PIMENTEL SOUZA (*in: Introdução do Direito Processual Civil... Op. cit.*, p. 32) que: “*Embora não exista preceito explícito na Constituição de 1988, a exigência da colegialidade é extraída da combinação dos artigos 92, 101, 104, 106, 107, 111, 111-A, 115, 118, 119, 120, 122, 123 e 125, todos da Constituição Federal. Os preceitos constitucionais revelam que os juízos de primeiro grau de jurisdição são unipessoais, razão pela qual os respectivos julgamentos são isolados, proferidos apenas por um magistrado. Em contraposição, os mesmos preceitos revelam que os tribunais são órgãos coletivos, compostos por muitos magistrados. Ainda à vista dos mesmos preceitos, constata-se que os constituintes de 1987 e 1988 conferiram aos tribunais (e não aos juízes!) as competências mais relevantes, porquanto a soma dos conhecimentos e das experiências de mais de um magistrado empresta maior segurança e credibilidade aos julgamentos. Daí a explicação para a organização do Poder Judiciário brasileiro com juízes e tribunais, como bem revela o artigo 92 da Constituição, a fim de que os julgamentos não sejam proferidos apenas por juízes, de forma unipessoal, mas também pelos tribunais, de forma coletiva, seja pelas turmas, câmaras, seções, grupos, câmaras reunidas, órgão especial ou pelo plenário.*”

colegiados reduz a possibilidade de erro no julgamento (seja *error in procedendo*, seja *error in iudicando*). Quanto maior o número de pessoas analisando a matéria, menor a probabilidade de erro no julgamento.

O princípio da colegialidade, de efetividade controversa,<sup>392</sup> compõe o cabedal teórico construído na teoria dos recursos, que pressupõe que as decisões, nos Tribunais, são tomadas por órgãos dotados de pluralidade na sua composição. Diante dos dados ora apresentados, é possível afirmar que as últimas reformas ocorridas no Código de Processo Civil – seja a alteração do art. 557 do CPC/73, seja a ampliação dos poderes do relator previstas no art. 932 do CPC/15 –, evidenciam o enfraquecimento do princípio da colegialidade. Não obstante as evidências das mudanças, poucas críticas foram elaboradas quanto à validade de tal instrumento. Destacadamente, como se verá no capítulo seguinte, o método monocrático de julgamento não deve ser utilizado nas Cortes Superiores, uma vez que inadequado à função por elas exercida.

## 6.2 – Ausência de Debate entre a Turma Julgadora

Outro dado que emergiu do levantamento empírico é o percentual baixo, restrito a 14% das decisões, nas quais houve o dissenso entre os julgadores. Aqui, algumas informações devem ser acrescentadas antes de aprofundar o questionamento ora proposto. No sistema brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países, a técnica da composição da decisão colegiada é resultado da soma das decisões individuais dos membros da turma julgadora. Com efeito, caso os magistrados que compõem a turma julgadora, durante o julgamento, diverjam sobre o posicionamento adotado pelo relator, ou mesmo concordem, mas por fundamentos diversos daqueles apresentados por seus colegas, devem formular um voto separado, que acompanhará o voto vencedor. Caso, entretanto, não existam divergências entre os componentes da turma julgadora, podem os demais componentes adotar a decisão do relator por meio de uma simples manifestação “de acordo”. Feitas tais considerações, percentual apurado de 14% de dissenso conduz a reflexões necessárias sobre o procedimento de julgamento dos Tribunais brasileiros.

Diversamente daquilo que seria esperado, nos acórdãos analisados na presente pesquisa, perceptível a tendência de os magistrados concordarem entre si. Diante de tal

---

<sup>392</sup> VIOLIN, Jordão. Onde Está a Segurança Jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. In: **Revista de Processo**. Vol. 268, p. 407-433. Jun/2017. São Paulo, RT, 2017, p. 412.

evidência, algumas hipóteses podem ser levantadas: (i) de fato, as conclusões do relator espelham o posicionamento dos demais colegas, de modo que as divergências simplesmente não se configuram; (ii) o volume de processos julgados é por demais extenso que não permite a análise cuidadosa dos demais membros da turma julgadora, que preferem não divergir do posicionamento do relator; (iii) os processos em julgamento não tratam de matéria que deveria ser julgada de forma colegiada, mas em razão do princípio da colegialidade, a ação ou recurso é colocado em pauta de julgamento independentemente. Em tese, tais hipóteses são igualmente válidas e podem ser confirmadas de forma concomitante, uma vez que não são excludentes.

Quanto à primeira hipótese, é necessário destacar que usualmente as matérias levadas ao julgamento das cortes já possuem solução na legislação pertinente ou mesmo na jurisprudência da própria Corte. Por conseguinte, ao decidir, está o relator tão-somente consolidando aquilo que já seria esperado pelos demais componentes da turma julgadora. Em tais situações, a divergência não é bem-vinda, uma vez que poderia evidenciar uma posição individual que não reflete o entendimento da turma julgadora. Ademais, com o passar do tempo, é possível que os membros de determinada turma ou câmara solucionem eventuais impasses existentes quanto à aplicação de uma norma jurídica, de modo a consolidar o entendimento da turma. De toda forma, se a ausência de divergência for causada por tal questão, não há maiores prejuízos aos jurisdicionados.

Por sua vez, quanto à hipótese de excesso de trabalho, a sua ocorrência deve ser estudada e, o quanto antes, solucionada. Diante do quantitativo de ações atualmente em curso perante o Poder Judiciário brasileiro, conforme indica o relatório anual do CNJ “Justiça em Números”, tal hipótese parece ser real motivo do reduzido dissenso entre os magistrados. Mas não é preciso ir tão longe. Basta verificar o número de processos incluídos em pauta de julgamento por sessão de determinada turma ou câmara. As centenas (às vezes milhares) de decisões que são proferidas em apenas uma manhã – ou tarde – evidencia o excesso de trabalho que impossibilita qualquer julgador, além das suas atribuições como relator, também verificar com a devida atenção, todos os processos julgados por seus colegas. Assim, a inexistência de dissenso é resultado não da falta de divergência, mas sim da impossibilidade prática de fazê-lo. Reconhecer tal problema é o primeiro passo para procurar-se soluções adequadas.

Ao final, a inexistência de dissenso pode ser causada pela obrigatoriedade de julgamento colegiado de questão que deveria ser solucionada de forma monocrática. Em tal situação, a falha é decorrente do sistema recursal criado pelo legislador brasileiro, que faculta a interposição de recurso mesmo quando a decisão monocrática foi proferida de forma adequada, sem qualquer risco para o recorrente. A ausência de dissenso seria, assim, uma

resposta do Poder Judiciário ao excesso de recursos interpostos pelas partes. Interessante notar que tal hipótese pode ser confirmada pela solução que foi dada a ela pelo STF e STJ: a incidência de multa por litigância de má-fé.

Sendo assim, o reduzido percentual de dissenso pode ser ocasionado por diversos fatores, que devem ser enfrentados de forma distinta. As considerações serão apresentados no Capítulo 7.

### 6.3 – Cultura dos Assessores

Além das questões apontadas, outro elemento se destaca quando analisados os números de decisões proferidas no período analisado: o alto volume de decisões proferidas por julgador. Conforme já apontado na presente pesquisa, apenas para exemplificar o ponto que se pretende discutir, o número de decisões proferidas por um ministro do STF teve a média de 561,9 decisões em apenas um ano, ou 1,53 decisões por dia, que deve ser acrescido da média de 2.275 decisões monocráticas nos 365 dias do ano, que corresponde a 6,23 decisões por dia. Parece seguro afirmar que a mesma situação é vivenciada pelos ministros do STJ, bem como os desembargadores dos demais Tribunais brasileiros. Tais números evidenciam um elemento que tem recebido pouca atenção nos trabalhos acadêmicos sobre a fundamentação das decisões judiciais: a atuação dos assessores dos magistrados.

Diante do número de processos que são distribuídos aos juízes brasileiros, independente da instância, têm os magistrados toda uma equipe de assessores à sua disposição para auxiliar na elaboração dos votos e decisões monocráticas que serão por ele proferidas. Não que tal fenômeno seja de exclusividade do Poder Judiciário brasileiro. Nos Estados Unidos, por exemplo, é comum que cada juiz federal tenha 4 ou 5 assessores (*clerks*) à sua disposição.<sup>393</sup> Tais assessores são usualmente pessoas formadas em direito, oriundas das melhores faculdades dos EUA, que trabalharão por um período mínimo de 2 anos junto ao respectivo magistrado. Naquele contexto, é frequente que os assessores façam a triagem dos processos, elaborem minutas, memorandos e até decisões completas, que serão posteriormente submetidas ao escrutínio do julgador. Segundo RICHARD POSNER, o número de juízes federais que elaboram, na integralidade, as suas decisões, pode ser contado nos dedos das mãos.<sup>394</sup> Na Inglaterra, por sua vez, todos os juízes elaboram as suas decisões. Tal tarefa não pode ser

---

<sup>393</sup> POSNER, Richard. *Divergent Paths...* *Op. cit.*, p. 6.

<sup>394</sup> POSNER, Richard. *Divergent Paths...* *Op. cit.*, p. 4.

delegada a qualquer funcionário ou assistente. A fundamentação das decisões é construída pelo próprio magistrado de acordo com os argumentos trazidos pelas partes no processo. Afirma NEIL ANDREWS, “*além das pesquisas feitas pelos advogados das partes, a única ajuda que juízes da Court of Appeal ou da Supreme Court Justice podem ter é de um assessor, que pode fazer uma pesquisa a respeito de um ou outro ponto, com o objetivo de chegar referências.*”<sup>395</sup> Inexiste, portanto, um séquito de funcionários para auxiliar na mais importante função jurisdicional. Por fim, interessante comparar com o modelo judiciário da Alemanha. Tendo em vista que tal país possui o maior número de juízes por habitantes, com um número de 24,7 juízes para cada 100.000 habitantes<sup>396</sup> (apenas em comparação, o Brasil possui 8,2 juízes para o mesmo número de habitantes), o Judiciário alemão investiu no incremento no número de juízes. Em razão de tal opção administrativa, não existem assessores para contribuir com o trabalho dos magistrados.<sup>397</sup>

A organização judiciária brasileira, no entanto, possui algumas especificidades que, de forma indireta, influenciam na fundamentação das decisões. Atualmente, possui o Brasil 16.994 juízes,<sup>398</sup> que são assessorados por funcionários, com formação jurídica, na elaboração de suas decisões. Cada Tribunal brasileiro possui especificidades, mas parece ser seguro afirmar que cada magistrado conta com, no mínimo, 4 assessores.<sup>399</sup> Tal número pode até triplicar nos Tribunais superiores e no STF. Não se pode negar que, diante do número de processos em tramitação perante o Poder Judiciário, seria humanamente impossível que o atual quadro de magistrados tenha condições de julgá-los em um tempo razoável. Por isso, a existência de assessores é uma necessidade.

Todavia, ao reconhecer que as decisões judiciais são elaboradas por um assessor, e que serão (eventualmente) corrigidas e disponibilizadas pelo julgador, deve ser a técnica de fundamentação redimensionada. Com efeito, a decisão inicialmente não foi feita pelo juiz responsável pelo processo, não são as suas impressões, percepções ou valores que constam dela, mas sim daquela pessoa que decidiu em seu lugar. Exatamente por isso, como aponta RICHARD POSNER, as decisões judiciais são usualmente compostas por expressões vagas e

<sup>395</sup> ANDREWS, Neil. **Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...** *Op. cit.*, p. 102.

<sup>396</sup> CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional.** Tese. São Paulo: FGV, 2015, p. 190.

<sup>397</sup> A informação relativa aos assessores foi repassada pelo Prof. Dr. Gláucio Maciel, em conversa realizada por SKYPE no dia 25/5/2017.

<sup>398</sup> CNJ. **Justiça em Números...** *Op. cit.*, 14.

<sup>399</sup> Estão excluídos os estagiários, contratados pelos tribunais para também auxiliar os magistrados. A despeito disso, é frequente a utilização de pessoas sem o bacharelado em Direito para elaborar as decisões judiciais.

impessoais, para que sejam atribuídas a qualquer pessoa, indistintamente.<sup>400</sup> Por isso, a própria magistratura atua de formas a evitar a transparência, uma vez que seriam desnudadas situações nas quais uma decisão foi elaborada sem qualquer participação do juiz responsável.<sup>401</sup> A fundamentação das decisões, em um sistema marcado pelo trabalho de assessores, deve ser genérica e abstrata o suficiente para que não se possa dizer que foi o magistrado que assina o voto o responsável pela sua elaboração.

Por conseguinte, de nada adianta discutir o problema da fundamentação quando, em um gabinete de ministro do Supremo, por exemplo, na verdade existem inúmeros julgadores. Enquanto não for enfrentado o problema da ausência de magistrados suficientes para elaboração de *todas* as decisões judiciais, impossível a construção de uma adequada decisão judicial.

#### 6.4 – Cultura Parecerista

Especificamente quanto à técnica de fundamentação das decisões judiciais, a presente pesquisa confirmou que os magistrados brasileiros decidem de forma *opinativa*, de modo que os votos são elaborados como pareceres dotados de autoridade em razão da pessoa que elaborou. A técnica parecerista de decisão judicial é assim resumida por JOSÉ RODRIGO RODRIGUES:

A estrutura textual utilizada na argumentação por autoridade é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes de direito.<sup>402</sup>

<sup>400</sup> POSNER, Richard. **Divergent Paths...** *Op. cit.*, p. 15.

<sup>401</sup> Sobre o tema, afirma RICHARD POSNER (*in: Divergent Paths...* *Op. cit.*, p. 14-15): “*Mystery is a standard defensive measure of professionals; they don’t want to be transparent to the persons or institutions to whom they minister. This is true of physicians and practicing lawyers, but ever truer of judges because they don’t hustle for clients – they don’t have clients. Although judicial opinions are public, nowadays most of the opinions at all levels of the federal judiciary are as I’ve said written by law clerks, and so function as a screen between the judge and the public. Whoever writes them, the opinions are rhetorical statements rather than efforts at transparent communication, and both analysis and result may involve compromise among the judges of the appellate panel or even of the entire court, resulting in a blurring of focus.*”

<sup>402</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes...** *Op. cit.*, p. 80-81.

Segundo o referido autor, tal forma opinativa de se manifestar é característica dos Tribunais superiores e do STF que, somada à ausência de organização dos argumentos na hipótese de dissidência nas decisões colegiadas,<sup>403</sup> apresentam uma forma irracional de decidir.

A presente pesquisa, entretanto, permite concluir que a técnica parecerista de decidir é utilizada não somente pelo STF e STJ, mas também por todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Ou seja, a forma de decidir parecerista é a técnica adotada por todos os Tribunais brasileiros. Com efeito, os juízes, independentemente da instância, órgão ou tempo de experiência na magistratura, não argumentam de forma racional sobre os pontos que sustentam o pedido dos demandantes, mas apenas escolhe autoridades (lei, academia ou jurisprudência), de forma aleatória, para opinar sobre o resultado. Para validar a sua opinião, o magistrado não depende da coerência ou racionalidade dos seus argumentos, mas apenas na autoridade decorrente da própria jurisdição.<sup>404</sup>

O modelo parecerista de decisão reflete em toda estrutura de funcionamento do Direito, atingindo desde o ensino jurídico até a forma como os advogados devem elaborar as suas petições. No ensino jurídico, os estudantes de direito são treinados a identificarem as autoridades mais importantes e opinar quais são as melhores soluções. Por sua vez, os advogados, para ter mais chance de sucesso em sua demanda, não devem apresentar raciocínios complexos sobre os institutos jurídicos em debate, mas reunir o máximo possível de referências (acadêmicas ou jurisprudenciais) para confirmar a sua tese.

Por conseguinte, independentemente do padrão decisório adotado por um determinado juiz brasileiro, a sua forma de decidir é necessariamente similar ao parecer, ou seja, como se a única solução possível para o caso em julgamento fosse aquela esposada pelo magistrado. E confirmar o seu posicionamento trazendo para o voto tantas autoridades quantas forem necessárias para sustentá-lo. Exatamente por isso é possível perceber a tendência de transcrição do texto de lei nos votos: a principal autoridade na qual o juiz busca a fundamentação da sua opinião é a legislação. Todavia, tal posicionamento evidencia uma forma de encarar a legislação que pode ser considerada simplista, uma vez que o texto legal não possui um sentido unívoco. As partes estão em litígio exatamente para definir qual o sentido correto da interpretação legal.

---

<sup>403</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes...** *Op. cit.*, p. 81.

<sup>404</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes...** *Op. cit.*, p. 81.



A cultura parecerista é, certamente, a característica marcante da técnica de fundamentação das decisões judiciais. Por isso, deve ser ela decomposta na análise de como os Tribunais utilizam a transcrição de ementas e de textos acadêmicos em seus votos.

### 6.5 – Fundamentação Parecerista: Transcrição de Ementas

Após o levantamento das decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, foi possível perceber que parte significativa da decisão se resume a menção de decisões pretéritas. Segundo levantamento empírico, em média, os votos dos ministros e desembargadores possuem 1,28 páginas de transcrição das ementas. Tal número resulta em um percentual de 26% da extensão dos votos, que são mera repetição de ementas ou parte de votos supostamente adequados ao caso concreto. Interessante notar que a proporção apurada foi verificada em todas as cortes brasileiras, independente de sua posição na hierarquia do Poder Judiciário. Por conseguinte, é possível afirmar que a técnica de transcrição das ementas pelos magistrados brasileiros constitui essencial elemento na fundamentação das decisões judiciais. Os juízes, de forma maciça, buscam a justificativa das razões por eles adotadas em outras decisões judiciais.

A simples transcrição de ementas, por si só, configura grave problema da fundamentação das decisões. Isso porque as decisões inseridas nas razões do julgador têm como objetivo legitimar o posicionamento explicitado, mediante um procedimento de acoplamento do caso em julgamento à ementa escolhida pelo magistrado. Segundo MAURÍCIO RAMIRES, a simplificação decisória oriunda da utilização de ementas foi potencializada na era da internet, na qual a disponibilidade dos repertórios de pesquisa facilitou a escolha daquele julgado eventualmente aplicável ao caso concreto.<sup>405</sup> Entretanto, tais ementas não passam de um resumo do julgado anterior, desprovido dos elementos fáticos que resultaram naquela solução jurídica. Conforme o levantamento empírico evidenciou, a prática da transcrição de ementas apenas aumentou nos últimos anos, confirmando a tese de que, cada vez mais, os magistrados decidem em conformidade com as decisões pretéritas. Tal posicionamento é completamente diferente daquele que foi visto nas decisões da *Supreme Court*. Nela, as

---

<sup>405</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30. Segundo o referido autor: “*Outro fator que muito colabora aqui é a inédita facilidade de acesso aos repertórios jurisprudenciais dos diversos tribunais do país, propiciada pelas recentes inovações tecnológicas; tornou-se muito fácil encontrar ‘respostas’ para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos eletrônicos de busca de julgados na Internet, bastando para isso digitar algumas palavras-chave e clicar um botão.*” Interessante notar que CARLOS MAXIMILIANO (in: **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181) já mencionava tal problema: “*Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repositórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm êxito esplêndido de livraria.*”

menções aos outros julgados se limitam a indicação dos números dos respectivos processos, sem a necessidade de se transcrever parte das *opinions*. Por conseguinte, se pretendia indicar que o raciocínio desenvolvido na decisão pretérita, que seria em tese aplicável ao caso em julgamento, suficiente seria a indicação do número do processo, com a explicitação dos argumentos, exatamente como procede a corte americana. Ao transcrever a ementa de determinada decisão, o juiz brasileiro deixa de argumentar e toma emprestada uma fundamentação já pronta.

Aqui emerge outro problema da fundamentação das decisões, consistente na tradição brasileira de elaboração de ementas dos julgados, que, em tese, seriam uma síntese das conclusões contidas nos votos que compõem a decisão. Porém, o que se percebe é que as ementas possuem uma construção que muito as aproxima dos enunciados normativos, na qual contém apenas o resultado dos argumentos presentes nos votos, prevendo as condutas que serão consideradas válidas juridicamente pelo tribunal. A título de exemplo, basta ver o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido nos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 33.373, da 2ª Turma do STF, de lavra do Min. Dias Toffoli, que dispõe ser “2. *É válida, por publicação no DJe, a intimação do investigado quanto à data da sessão de julgamento da reclamação disciplinar se ele já integrava o feito por ter sido devidamente notificado para a apresentação de defesa prévia.*” Ora, a redação do mencionado trecho é genérica e se propõe a servir de parâmetro para diversas condutas futuras, sem quaisquer dados do caso concreto. Sua elaboração é idêntica a das normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo.

Ademais, interessante notar também que, mediante a comparação temporal entre os Tribunais, enquanto a média de páginas dos votos apresentou uma linha *decrecente* no período analisado, o número médio de páginas referentes à transcrição de ementas *aumentou* no mesmo período. Assim, é possível afirmar que a fundamentação das decisões perdeu o seu caráter justificativo na análise do caso concreto, para se basear na transcrição dos textos simplificados que compõem as ementas elaboradas pelos Tribunais do país. A síntese de tal técnica decisória é assim elaborada por MAURÍCIO RAMIRES:

A aplicação desse “raciocínio distorcido” amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe “livremente” (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir a “confirma” com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convêm à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional.<sup>406</sup>

<sup>406</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro... Op. cit.*, p. 46.

Outro problema pode ser apontado na fundamentação das decisões dos Tribunais brasileiros no que toca à utilização de ementas: não há demonstração de que o caso concreto julgado na decisão que será citada é similar ao caso concreto ora em julgamento. É frequente a utilização de expressões vagas como “nesse sentido já se posicionou”, “remansosa jurisprudência” ou mesmo “é copiosa a jurisprudência” antes da transcrição, *ipsis literis*, do julgado supostamente adequado.

O problema aqui, parece certo, é a ausência de preocupação dos Tribunais em justificar a utilização de determinada decisão pretérita. Não há explicação, aproximação entre casos, indicação de partes ou mesmo menção aos pedidos formulados anteriormente e aqueles que serão agora julgados. Tal situação, devidamente indicada pela literatura especializada e amplamente criticada, é resultado da preocupação do legislador com a celeridade e simplificação dos procedimentos, com o objetivo de diminuir o número de processos e reduzir a duração média dos processos. Para tanto, construiu o legislador,<sup>407</sup> de forma simplificada, a possibilidade de adoção de um *jude-made law*, similar àquele existente nos países de *common law*. Aos juízes de instâncias inferiores caberia a obediência aos julgados elaborados pelas instâncias superiores, que seriam elaborados de forma genérica e abstrata, para garantir os resultados acima elencados. Tal opção legislativa, apresentada de forma eminentemente simplificada, tinha como objetivo construir a doutrina de precedentes no Direito brasileiro, aproximando-o ao *common law*.<sup>408</sup> Após a sua consolidação legislativa, conforme previsto no art. 926 e 927 do CPC/15, certamente exigirá uma atualização da presente pesquisa, com vistas a verificar como os precedentes estão sendo aplicados.

A despeito de tais modificações legislativas não configurarem novidade no ordenamento jurídico pátrio, não foram elas acompanhadas da devida preocupação com a correta técnica de aplicação do *precedente*. Com efeito, nas decisões analisadas, ainda que

---

<sup>407</sup> Segundo DALTON SAUSEN (*in*: **Súmulas, Repercussão Geral e Recursos Repetitivos: Crítica à Estandarização do Direito e Resgate Hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 35-36): “Apenas para citar alguns exemplos, porquanto foram várias as alterações recentemente introduzidas no âmbito do processo civil, pode-se mencionar as seguintes leis: 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 7.2.2006; e 11.280, de 16.2.2006; 11.382, de 6.12.2006; 11.417, de 19.12.2006; 11.418, de 19.12.2006; 11.419, de 19.12.06; 11.441, de 4.1.07; e 11.672, de 8.5.08. Essas alterações, decorrentes da legislação supracitada, têm por objetivo, em alguns casos, a regulamentação de novos institutos/mecanismos, tal como a repercussão geral (11.418, de 19.12.2006), da qual, juntamente com a súmula vinculante e recursos repetitivos, tratar-se-á em capítulo próprio, e, em outros, a simples adaptação a mudanças que já haviam sido implementadas. Entretanto, de uma ou outra forma, todas essas leis supracitadas têm por escopo a redução do tempo do processo, suprimindo etapas e procedimentos que, ao juízo dos legisladores e das comissões de reforma, vinham obstaculizando a celeridade processual tão desejada por alguns setores da sociedade, sobretudo os representativos do ideal neoliberal.”

<sup>408</sup> ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes...** *Op. cit.*, p. 365 e segs.

proferidas sob a vigência do CPC/73, não houve em qualquer acórdão a preocupação em esclarecer o caso concreto em julgamento, para compará-lo com o caso concreto que originou a ementa transcrita no voto. Tais ementas, afirma MAURÍCIO RAMIRES, devem servir como catalogação da decisão para os repositórios de jurisprudência<sup>409</sup> e não como substituta da argumentação jurídica desenvolvida pelo julgador.

Por fim, ainda quanto à utilização de ementas, necessário destacar a ocorrência, com preocupante frequência, da transcrição das decisões na sua integralidade (motivação *per relationem*). Como visto, em tais situações, a argumentação é, em sua totalidade, transportada de uma decisão para outra, de modo que a decisão impugnada é entendida enquanto suficiente para a resolução da controvérsia. Tal prática, que não dispunha de proibição expressa no CPC/73, mas que foi vedada no CPC/15 apenas quando do julgamento de agravo interno (art. 1.021, §3º), é recorrente em todos os Tribunais estudados, independente da natureza do recurso ou ação em julgamento. Assim, as Cortes brasileiras tratam com certo desdém os recursos interpostos, desconsiderando a impugnação especificada efetivada pela parte.

## **6.6 – Fundamentação Parecerista: Citação doutrinária restrita e sem justificativa**

Outra interessante conclusão que emergiu dos dados levantados pela pesquisa é o fato de que, ao contrário da impressão inicial, a menção de obras acadêmicas e passagens de livros é reduzida pelos magistrados. Com efeito, a frequência de citação doutrinária nos acórdãos é de 0,38 página, em votos que possuem, em média, 4,2 páginas.

Diante de tais números, parece evidente que a doutrina possui menor impacto nas decisões judiciais do que seria esperado, destacadamente considerando a profusão de artigos e livros lançados nas últimas duas décadas. Era de se esperar que os acórdãos indicassem, ainda que indiretamente, a profundidade dos trabalhos acadêmicos em seus posicionamentos. Todavia, o que foi observado é uma relutante e reduzida menção à doutrina, o que apenas reforça o distanciamento existente entre a academia e o Poder Judiciário. A quantidade de pesquisas jurídicas, sem questionar-se aqui a sua qualidade, não resultou em relevância na atividade principal do Direito, qual seja, auxiliar na resolução de controvérsias.

Interessante destacar que o presente levantamento empírico não se pautou sobre uma área específica do direito, de modo que foram analisados acórdãos proferidos em processos que discutiam matérias completamente díspares, como direitos do servidor público, acesso ao

---

<sup>409</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro...* *Op. cit.*, p. 49.

judiciário, direito à saúde, aposentadoria, impeachment, danos morais, direito ao esquecimento, desaposentação, contratos bancários, prisão civil por dívidas, etc. Pretendeu-se, como informado na introdução, fazer um apanhado da fundamentação das decisões brasileiras. Por conseguinte, parece seguro afirmar que, independente da matéria em discussão, a academia possui baixo impacto nas decisões judiciais. Apenas a título de comparação, basta ver que a média de transcrição de outras ementas nas decisões é de 1,4 páginas, inquestionavelmente superior à transcrição de trabalhos acadêmicos.

Não que tal fenômeno seja exclusivo do Poder Judiciário brasileiro. RICHARD POSNER indica a existência de fenômeno similar nos EUA, no qual a influência dos trabalhos acadêmicos é também reduzida nas decisões judiciais. Segundo POSNER, os acadêmicos têm escrito nos últimos anos para eles mesmos. Não há uma preocupação com a relevância de suas pesquisas para a realidade prática. Além disso, a linguagem acadêmica tornou-se um problema na comunicação com os juízes, uma vez que alguns autores desenvolvem um texto tão hermético que apenas os iniciados podem compreender quais são os temas debatidos em tais trabalhos. Por fim, e ainda mais relevante para o debate em questão, indica POSNER que os professores das faculdades americanas não possuem, ou caso possuam, é reduzida, experiência prática do Direito. Em consequência, os trabalhos acadêmicos refletem pouca expectativa de aplicabilidade.<sup>410</sup>

As críticas tecidas por POSNER podem ser transportadas, dentro dos limites da importação, ao Direito brasileiro. Em especial, vale destacar a distância existente entre os temas desenvolvidos nos trabalhos acadêmicos e aqueles decididos pelo Poder Judiciário. Todavia, diferentemente do que ocorre nos EUA, os trabalhos científicos brasileiros são, via de regra, teóricos, com ênfase na solução de problemas abstratos e de situações limite no Direito. Poucos são os trabalhos voltados para análise empírica do Direito, com estudo de problemas cotidianos que assolam o Judiciário.

Assim, a literatura especializada deixou de oferecer subsídios para o julgamento dos litígios, sendo utilizada apenas em situações específicas pelos magistrados brasileiros.

Não obstante, é importante ressaltar que, nas reduzidas situações nas quais há uma menção de trechos de livros e artigos científicos, os juízes não apresentam qualquer justificativa para a sua escolha. Via de regra, assim como ocorre com a transcrição de ementas, os trechos acadêmicos são inseridos nos votos como meio de justificação do posicionamento adotado pelo julgador. Ou seja, não há indicação de eventual divergência na doutrina sobre a

---

<sup>410</sup> POSNER, Richard. *Divergent Paths...* *Op. cit.*, p. 45.

matéria em julgamento, de modo que a forma como é apresentada pelo relator a questão possui entendimento pacífico. Tampouco há indicação das razões que levaram a escolha de determinado autor em detrimento de outro. Trata-se de opção pessoal do magistrado, que dá *peso* ao trabalho de autores sem qualquer justificativa para tanto. Entretanto, considerando que não existe ciência apolítica, bem como todos os posicionamentos acadêmicos são frutos também de escolhas que devem ser explicitadas ao jurisdicionado, deveria o magistrado, ao escolher um autor para citar, que apresente os motivos que justificam a sua escolha. Não podem os trabalhos acadêmicos serem utilizados de forma indiscriminada e sem critérios.

### 6.7 – Ausência de diferenciação na Fundamentação das Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes

Uma das informações mais relevantes decorrentes da presente pesquisa é demonstração da ausência de diferenciação na técnica de fundamentação nos Tribunais pátrios, independentemente de sua posição hierárquica ou de atribuição constitucionalmente estabelecida. Segundo os dados levantados, a técnica de motivação das decisões apresenta-se de forma idêntica em todas as cortes, seguindo o mesmo padrão decisório: relatório curto, votos sintéticos, com poucas menções aos fatos, transcrição de ementas para referendar o posicionamento e baixa menção aos textos acadêmicos.

Para melhor elucidar o problema aqui identificado, cabe aqui ressaltar, na esteira de DANIEL MITIERO, que o sistema judiciário é organizado em razão das funções exercidas por cada uma das cortes.<sup>411</sup> Considerando a possibilidade de especialização quanto às suas funções, de um lado, é possível identificar as cortes exercem a função de dirimir as controvérsias, ao definir no caso concreto o direito aplicável e promover a pacificação social.<sup>412</sup> Por outro lado, são constituídas as cortes cuja função é enriquecer o ordenamento jurídico, por meio da criação de normas que regulamentam as condutas do jurisdicionado.<sup>413</sup> Por conseguinte, em um *“sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da produção de decisões*

<sup>411</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 76.

<sup>412</sup> Segundo MELVIN EISENBERG (*in: The Nature of the Common Law... Op. cit.*, p. 4), uma das principais funções das cortes é a resolução das disputas: *“Complex societies characteristically need an institution that can conclusively resolve disputes from a claim based on the application, meaning, and implications of the society’s existing standards.”*

<sup>413</sup> Ainda MELVIN EISENBERG (*in: The Nature of the Common Law... Op. cit.*, p. 4): *“Our society has an enormous demand for legal rules that private actors can live, plan, and settle by. The legislature cannot adequately satisfy this demand. (...) Furthermore, our legislatures are normally not staffed in a manner that would enable them to perform comprehensively the function of establishing law to govern action in the private sector.”*

*justas, sendo responsabilidade dos órgãos jurisdicionais extraordinários a promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes.*”<sup>414</sup> Ainda que as duas funções das cortes sejam decorrentes os mesmos casos concretos – excetuadas as situações de controle abstrato de constitucionalidade<sup>415</sup> –, uma vez que a jurisdição somente será validamente provocada para dirimir uma controvérsia existente em sociedade, existe manifesta distinção na relevância de determinados casos em julgamento e o método de atividade das cortes.<sup>416</sup> Nas cortes de justiça, a interpretação da lei (em sentido *lato*) é meio para atingir-se o fim, qual seja, a elaboração da decisão mais adequada ao caso em julgamento. Por sua vez, “*quando está direcionada para a tutela do direito mediante precedentes, o caso concreto é apenas um meio – um verdadeiro ‘pretexto’ – para formulação da adequada interpretação dos dispositivos nele envolvidos.*”<sup>417</sup> Assim, se as funções por elas exercidas são diferentes em sua própria natureza, os meios utilizados para tanto são também distintos. Ainda que se reconheça que existe liberdade de interpretação do texto da lei pela corte de justiça, que pode fazê-lo de forma confusa e dispersa, uma vez que a corte de precedente estabelece qual a interpretação considerada válida, deverão todas as demais cortes se adequarem à orientação da corte especializada.

Como consequência, é de se esperar que a técnica processual de elaboração dos motivos da decisão deve ser distinta em cada uma das cortes. As cortes de justiça devem fundamentar de forma específica, com menor discricionariedade do julgador, limitadas à interpretação do direito feita pelas cortes de precedentes. Não há necessidade de desenvolvimento de raciocínio abstrato do julgador, pois são considerados os elementos fáticos do caso concreto para a elaboração da solução jurisdicional. Por sua vez, as cortes de precedentes, na função de criar efetivamente o direito e unificar a interpretação da lei, devem fundamentar de forma propositiva, não só com atenção ao caso concreto, mas também com preocupação com as consequências da decisão para o sistema jurídico. Como afirma

<sup>414</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação...** *Op. cit.*, p. 77.

<sup>415</sup> Importante destacar que, na sua origem, o controle abstrato de constitucionalidade tenha sido elaborado com vistas a atingir o mesmo objetivo que a *Supreme Court* nos EUA. Sobre o tema, afirma MAURO CAPPELLETTI (in: **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 82-83) que: “*Se queriam chegar a este ou semelhante resultado, os Países da Europa continental e, em geral, os Países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio do stare decisis, deviam, obviamente, operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense e em outros sistemas de common law. Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da Supreme Court norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia erga omnes e, por isso, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes.*”

<sup>416</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação...** *Op. cit.*, p. 77.

<sup>417</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação...** *Op. cit.*, p. 77.

FREDERICK SCHAUER, uma corte de precedente deve decidir de forma injusta se houver o risco de o precedente se mostrar prejudicial ou inadequado em relação ao ordenamento jurídico.

Porém, conforme atestam os resultados apurados na presente pesquisa, tanto as Cortes Supremas (STF e STJ), quanto as Cortes de Justiça (TJSP, TJRJ, TJMG, TRF1 e TRF4) fundamentam as suas decisões exatamente da mesma forma, independentemente da matéria em discussão. Assim, parece seguro afirmar que existe uma padronização da técnica decisória que é adotada, de forma indistinta, por todos os Tribunais brasileiros.

As origens de tal fenômeno são complexas de se apontar. Dentre outros fatores, é possível identificar a forma de ingresso e treinamento dos juízes na magistratura. Com efeito, a forma de seleção dos magistrados, mediante concursos exaustivos e de longa duração, favorece o preenchimento dos quadros por pessoas normalmente jovens com pouca experiência jurídica.<sup>418</sup> Em seguida, os recém empossados juízes passam por um curto período de treinamento nas escolas da magistratura. Ali, serão eles inseridos e apresentados aos ritos que compõem a sua nova função. Dentre elas, é apresentada a técnica de elaboração da decisão judicial, incluída a fundamentação considerada correta.<sup>419</sup> Por conseguinte, de forma quase ritualística, os novos juízes aprendem a técnica de fundamentação já arraigada, sem permitir uma crítica que permitisse o seu aprimoramento. Ao galgar posições na magistratura, repetem o mesmo modo de julgar na medida que assumem novas funções nos Tribunais. Tem-se a padronização da técnica da fundamentação das decisões nos Tribunais brasileiros, representada pela *tradição* de decidir.

Ademais, é importante destacar que o recente assento, no Direito brasileiro, da criação do direito pelos Tribunais. Como visto no capítulo pertinente, o *jude-made law* surge como

---

<sup>418</sup> Cumpre aqui esclarecer que, no presente trabalho, não se entende tal escolha no modo de seleção dos magistrados são neutras. Trata-se de uma opção dos agentes detentores do poder simbólico. Como afirma PIERRE BOURDIEU (in: **Poder Simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 253): “É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isto não obstante os conflitos de competência que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos habitus, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes.”

<sup>419</sup> Sobre o tema, afirma LUIZ WERNECK VIANNA (in: **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 108): “As questões sobre recrutamento não são neutras quanto ao formato institucional e ao modo particular como o Judiciário se pode diante dos demais Poderes e da sociedade inclusiva. Uma magistratura que incorpora quadros extremamente jovens e sem o requerimento de uma prévia experiência profissional pode se tornar vulnerável a modos de controle sistemático por parte do seu vértice, o que, no limite, pode incidir, negativamente, sobre o estatuto da soberania do juiz, tal como concebida na tradição da magistratura brasileira.”



solução para os problemas sociais que engessam os demais Poderes constituídos. Nessa esteira de expansão do Poder Judiciário, não houve uma readequação das Cortes que o compõem para estabelecer funções específicas.

Não obstante, ainda se mostram restritas as propostas de adequação das cortes brasileiras para que possam se distinguir entre Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça, com a subsequente especialização da técnica de fundamentação das decisões judiciais em cada uma delas.

### **6.8 – Menção Reduzida do Caso Concreto nas Cortes de Justiça**

Ademais, exsurge do levantamento empírico das decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros um fato interessante: poucas linhas são direcionadas para explicitação do caso concreto em julgamento. Os elementos fáticos são apresentados de forma sucinta, destacadamente no relatório e no início dos votos elaborados pelo relator.

Quanto ao relatório, o levantamento empírico demonstra que os Tribunais brasileiros, independentemente da matéria em discussão, dependem apenas 1 página para resumir os fatos processuais mais relevantes. Com efeito, não foi verificada hipótese de apresentação do litígio, com a identificação dos argumentos de cada uma das partes para sustentar a sua pretensão. Na verdade, os relatórios apresentam apenas o iter procedimental até o momento do julgamento, com os atos praticados (ou não) pelas partes. Nada além disso.

É importante destacar que alguns Tribunais, como o TJMG, o relatório é elaborado em separado do acórdão, e lançado no processo antes da sessão de julgamento, o que certamente prejudica o resultado encontrado.

Não obstante, as menções aos fatos nas cortes de justiça estão condicionadas à indicação de elementos probatórios que justificam o posicionamento adotado. Por isso, frequentes são as passagens transcritas de depoimentos de testemunhas e trechos dos laudos periciais que confirmam as conclusões adotadas pelo julgador.

Em diversas decisões analisadas, é praticamente impossível identificar os argumentos contrários ao posicionamento vencedor. A elaboração dos votos segue uma linearidade composta por (i) indicação da tese jurídica em debate, (ii) demonstração, por meio de meios de prova selecionados sem justificativa prévia, do entendimento do julgador quanto à tese, (iii) indicação de ementa do mesmo tribunal ou de tribunal hierarquicamente superior sobre a tese jurídica em julgamento, e (iv) conclusão. Por conseguinte, é possível afirmar que a parte vencida usualmente não conhece os motivos que levaram ao afastamento de sua pretensão. Tal

fato, por si só, evidencia que as decisões analisadas não se conformam ao disposto no art. 489, §1º, do CPC.

Importante aqui esclarecer que o percentual de menção dos elementos fáticos, destacadamente no início dos votos, aumentou na última década. Com efeito, é perceptível o aumento da preocupação dos desembargadores na explicitação dos fatos em discussão. Todavia, a seletividade na escolha dos elementos considerados relevantes, sem a indicação daqueles que foram alegados pelas partes, aponta para a mesma forma de elaboração da argumentação fática daquela utilizada na transcrição de ementas e escolha de trechos de obras acadêmicas.

Ao que tudo indica, as modificações realizadas pelo legislador no âmbito da fundamentação das decisões, tal qual previstas no art. 489, §1º, do CPC/15, criaram o arcabouço legal necessário para permitir a correta explicitação dos elementos fáticos contidos no caso em julgamento. Cabe às partes, por meio de seus procuradores, cobrar uma prestação jurisdicional adequada à moderna e efetiva motivação das decisões.

## **6.9 – Inexistência de Pensamento Abstrato nas Cortes Superiores (Cortes de Precedentes)**

Lado outro, é possível identificar outra característica das decisões judiciais brasileiras, especificamente do STF e STJ, qual seja, a inexistência de pensamento abstrato nas decisões judiciais. Antes de mais nada, por pensamento abstrato deve ser entendido como a tentativa de prever, ainda que de forma simplificada, as possíveis aplicações do entendimento acolhido na decisão. Tal elemento é de suma importância quando se admite a força normativa dos precedentes em determinado ordenamento jurídico. Como visto no capítulo específico sobre o tema, o julgador, ao decidir, age como legislador e cria normas de conduta para o caso futuro. Todavia, ao fazê-lo, pelo menos nos países originários do *common law*, deve também o julgador, assim como legislador, identificar as situações futuras que podem ser atingidas, para que não criem assim uma norma injusta.

Entretanto, a despeito de, como visto, ter sido a legislação alterada a para construir aquilo que seria denominado uma “doutrina dos precedentes”,<sup>420</sup> inexistente na técnica de

---

<sup>420</sup> Aqui se faz apenas uma referência à tentativa de construção de uma doutrina dos precedentes no Direito brasileiro. Todavia, a própria existência de tal doutrina é amplamente criticada pela literatura especializada. Por todos, ver STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

fundamentação das decisões adotadas pelos Tribunais superiores qualquer preocupação com as consequências futuras de suas decisões.

Um exemplo talvez esclareça melhor aquilo que se pretende demonstrar. O STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, sob a relatoria do Min. Teori Zavaski, entendeu ser possível que, a despeito presunção legal de inocência prevista no art. 5º, inc. LVII, da CF, seja um réu preso após o julgamento da decisão em segunda instância. Pretendiam os ministros da mais alta Corte brasileira, de forma manifestamente inconstitucional, é importante frisar, combater o problema da morosidade da Justiça no Brasil, que usualmente não consegue atingir o final do processo em tempo razoável. A solução, portanto, foi permitir a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado. Parece certo que tal entendimento, por sua inovação, deve ser recebido enquanto precedente, de modo que a *ratio decidendi* por ele esposada deveria ser seguido pelos demais Tribunais brasileiros. Todavia, ao contrário do que esperavam os ministros do STF quando apreciaram a questão, o precedente foi utilizado de uma forma não prevista. Isso porque o Tribunal Superior do Trabalho, utilizando a mesma *ratio decidendi* (possibilidade de execução definitiva de uma decisão não transitada em julgado), permitiu que as execuções trabalhistas tivessem continuidade enquanto pendente de julgamento os recursos nos Tribunais superiores. A despeito de a matéria de fundo ser manifestamente questionável, o raciocínio do TST quanto à aplicação do precedente não merece reparos. O exemplo é elucidativo quanto às possibilidades de utilização do precedente. E é isso que falta ao julgador brasileiro quando da aplicação dos precedentes: a capacidade de não apenas olhar para o passado e decidir a questão, mas também projetar para o futuro e mensurar as consequências de seu entendimento. Ou seja: não dá para ter o bônus, sem considerar também os ônus.

No levantamento ora considerado, não houve significativa consideração à aplicação futura das decisões. Tampouco houve questionamento quanto a efeitos da aplicação sistemática de determinado entendimento. Poderia objetar tal conclusão com a afirmativa de que as decisões judiciais objeto do levantamento empírico não se tratavam de casos limites, no qual o precedente era construído. Apenas teriam sido selecionadas decisões que somente aplicam precedentes já consolidados. Tal objeção tem o condão de atingir as decisões reunidas dos Tribunais de justiça estaduais e Tribunais regionais federais. Todavia, no âmbito do STJ e STF, diversos acórdãos objeto da análise são oriundos de matérias que tinham a sua primeira análise naquele momento. E mesmo em tais situações os julgadores, membros da duas mais importantes Cortes do país, não consideravam os efeitos práticos de suas decisões, limitados apenas a decidir da forma que consideravam *justo* o caso concreto.

Com efeito, é possível afirmar não há na tradição jurídica brasileira modelos de fundamentação adequados ao sistema de precedentes pensado no CPC/15.

### 6.10 – Inocorrência de Distinção entre Hard Cases e Easy Cases

Não causa qualquer espanto ou controvérsia, pelo menos em princípio, a afirmativa de que os casos em julgamento não são idênticos. Existem alguns para os quais a solução da controvérsia encontra-se à disposição do julgador, seja em função da aplicação da norma jurídica que regulamenta a questão, seja pela existência de um julgado anterior que se amolda ao caso concreto em julgamento. Em tais situações, trata-se de um caso fácil (easy case). Por sua vez, existem litígios levados até o Poder Judiciário que desafiam o magistrado, uma vez que se encontram nos limites da aplicação das normas jurídicas. Não há, portanto, uma resposta que seja adequada à disposição do julgador, de modo que precisará ele construir a argumentação no sentido de criar algo novo. Trata-se, por conseguinte, de um caso difícil (hard case).

A distinção de acordo com a complexidade dos casos tem relevância crucial quando se estabelecem os limites da fundamentação das decisões judiciais. Parece ser evidente que o caso fácil pode ser fundamentado de forma simplificada, até mesmo porque, em tese, já existe uma resposta no Direito para a controvérsia existente entre as partes. Lado outro, a fundamentação das decisões nos casos difíceis deve ser feita de forma completamente distinta daquela. Nele, é necessário esclarecer quais as opções disponíveis para o magistrado decidir, bem como apresentar os motivos pelos quais uma opção se mostra mais adequada ao caso em julgamento que as demais.

Nos acórdãos analisados, porém, não há qualquer distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis. Independente da matéria em julgamento, não houve, por parte da turma julgadora, o reconhecimento de que se tratava de uma demanda de maior complexidade e que, por isso, a construção do argumento justificador seria modificado. Ao que tudo indica, mesmo nos casos complexos, a forma de argumentação permanece a mesma, inclusive quanto à extensão dos votos.

Como explicitado no capítulo 3, na esteira de FREDERICK SCHAUER,<sup>421</sup> era de se esperar que os casos que discutem o centro da norma, usualmente, não chegassem até as cortes.

---

<sup>421</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 20-21.

Via de regra, a simplicidade da solução para o caso concreto não daria ensejo às partes buscarem seus advogados e litigarem em face de uma disposição expressa da lei. Em sociedades nas quais a violação da norma jurídica assume caráter rotineiro, tais casos simples se acumulam nos Tribunais, demandando dos juízes a mesma decisão judicial esperada para um caso difícil.

Neste diapasão, e na esteira da otimização da prestação jurisdicional, necessário uma adequação das decisões para indicar quais casos são de maior simplicidade. Até mesmo porque neles a fundamentação das decisões pode ser feita de forma simplificada, respeitando-se, por óbvio, as disposições previstas no art. 489, §1º, do CPC/15. Tal medida, inclusive, permitiria aos demais órgãos do Estado, como o Ministério Público, agências estatais, etc., tomarem as medidas necessárias contra as violações da lei. Por sua vez, nos casos complexos, e somente neles, haveria a fundamentação completa, de acordo com a própria dificuldade que o caso em julgamento apresenta.

Por meio de tal medida, de simples implementação, haveria maior efetividade de uma das principais finalidades da fundamentação das decisões judiciais, concernente no controle da atividade judicial.

## 7 – SUPERAÇÃO DA TÉCNICA DA FUNDAMENTAÇÃO

Como visto, a fundamentação das decisões dos Tribunais brasileiros não se modificou nos últimos vinte e cinco anos, a despeito da reconhecida expansão do Poder Judiciário no mesmo período. Diante disso, foram apurados os problemas que são antecedentes fáticos à discussão teórica do conceito de fundamentação. Assim, considerando os pontos identificados no capítulo anterior, foram propostas as seguintes soluções, divididas em dois eixos distintos. Assim, serão enunciadas as propostas: a) gestão do Poder Judiciário, referentes à: i) modificação da cultura parecerista; ii) redução do número de assessores, iii) diferenciação da fundamentação nas cortes brasileiras, iv) proibição do julgamento monocrático nas cortes de precedentes; b) normativas: i) readequação do relatório das decisões judiciais; ii) proibição da motivação *per relationem*.

### 7.1 – Modificação da Cultura Parecerista

Uma vez reconhecido que os magistrados decidem de forma opinativa, aplicando uma técnica de decisão similar àquela dos pareceres, bem como que tal forma de raciocínio jurídico está implantada em todos os setores do direito, parece evidente que estamos inseridos em uma cultura parecerista.

De plano, uma ressalva é necessária. Qualquer tentativa de modificação de uma cultura enfrentará sérios problemas de efetividade. Não existe fórmula, ou mesmo receita, para tanto.

Partindo de tais premissas, algumas soluções podem ser propostas. A primeira, recorrente na tradição brasileira, é a modificação da cultura por meio da alteração legislativa. E conforme depreende-se da leitura do art. 489, §1º, inc. IV, do CPC/15, o legislador promoveu as modificações necessárias para garantir que o magistrado fundamente, de forma constitucionalmente adequada, a decisão judicial. Todavia, antes mesmo do início da vigência do código, alguns magistrados apresentaram questionamentos sobre a validade de tal dispositivo. Para tanto, alegam que haver uma “burocratização do ato de julgar”, que tornaria o ato decisório excessivamente complexo e dispendioso, causando um suposto prejuízo à duração razoável do processo. Já defendemos em outro trabalho<sup>422</sup> que tal posicionamento

---

<sup>422</sup> BRITO, Thiago Carlos de Souza. Desafios para a Correta Fundamentação das Decisões Judiciais: Algumas Considerações sobre as Críticas ao Art. 489, §1º do CPC. In: JAYME, Fernando Gonzaga; REZENDE, Ester

evidencia a cultura e o modo de pensar arraigado. Com efeito, retirando-se a terminologia processual, sustentam as associações que os Tribunais estão assoberbados de processos, de modo que fundamentar adequadamente se mostra um estorvo. Por isso, devem ser mantida as coisas como estão, validando decisões como “presentes os requisitos legais, defiro a tutela de urgência pleiteada” ou “nos termos da jurisprudência iterativa deste tribunal, nego provimento ao recurso”, bem como as decisões padronizadas, como afirma ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, resultado da informatização do Poder Judiciário, “*com uma fundamentação tão genérica que é imprecisa que se aplica a um grande número de lides semelhantes*”.<sup>423</sup> Assim, os próprios magistrados, destinatários da lei, tentaram minar a efetividade das modificações legislativas.

Depositar as expectativas na modificação da cultura apenas com alteração legislativa, todavia, se mostra um equívoco. Conforme demonstrado no Capítulo 2, diversas foram as leis criadas para coagir os juízes a fundamentar, de forma correta, as decisões judiciais. Nenhuma delas, porém, atingiu o resultado esperado, de modo que outras possibilidades devem ser ventiladas.

Neste diapasão, é necessário modificar algumas estruturas que colaboram para a perpetuação da cultura parecerista. Assim, deve ser repensada a forma como o ensino jurídico é estruturado, destacadamente com a criação de disciplinas que permitam a construção dialética do Direito. Não é mais possível que o ensino jurídico continue inserido no modelo do século XIX. De nada adianta os professores repassarem, de forma expositiva, quais são as principais autoridades sobre determinada área do direito. Quando muito, o professor utiliza de casuismo didático para repassar sua experiência forense, sem qualquer preocupação com a metodologia necessária para o ensino. As faculdades de direito, como aponta CELSO CAMPILONGO e JOSÉ EDUARDO FARIA, tornam-se centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, sem preocupação com o desenvolvimento do Direito, para capacitar o seu estudante apenas a reproduzir o mesmo conhecimento jurídico dominante.<sup>424</sup> Assim, deve o estudante desenvolver técnicas que o auxiliem a desenvolver raciocínio dogmático sofisticado, para reconhecer que o conhecimento é cumulativo, sem se tornar excludente.

Além disso, é necessário repensar o modelo de funcionamento das escolas da magistratura. Criadas pela Constituição Federal de 1988, no art. 93, inc. IV, ainda que já

---

Camila Gomes Norato; LANNA, Helena; MAIA, Renata C. Vieira. **Inovações e Modificações do Código de Processo Civil - Avanços, Desafios e Perspectivas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

<sup>423</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal Fundamentada e Sentença Não Fundamentada. *In: Revista do Processo*. N. 81, p. 220-225. São Paulo: RT, 1996, p. 222.

<sup>424</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 28.

previstas no §1º do art. 78 da Lei Complementar 35/79 (LOMAN), tais escolas têm como objetivo permitir a preparação do magistrado ingressante, bem como a contínua atualização dos demais integrantes da carreira. Para tanto, segundo JOSÉ EDUARDO NALINI, “*Esses cursos desenvolvem-se mediante a conciliação de ministério teórico e atividades práticas, estas comumente assistidas por juízes mais experientes, atuando como verdadeiros preceptores das carreiras neófitas.*”<sup>425</sup> Não que tais escolas não tenham, nos últimos anos, realizado um movimento de abertura para que os demais atores da organização judiciária também possam participar da formação dos novos magistrados, com a participação de acadêmicos, membros do Ministério Público e representantes da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, tais esforços estão concentrados nas fases iniciais da formação da magistratura, impossibilitando que as práticas arraigadas sejam criticadas de forma contínua, permitindo assim a sua melhora e evolução.

Neste diapasão, interessante proposta é aquela contida no desenvolvimento de técnicas referentes ao método indutivo de análise do caso concreto, como ocorre nos países de *common law*. Como visto, no sistema de *common law* há a preocupação com o ensino a todo aquele que estuda o Direito, dos métodos de individualização da *ratio decidendi*. Para tanto, utilizam, de forma concomitante, tanto o modelo indutivo quanto o modelo dedutivo. Especificamente na fundamentação das decisões, o método indutivo permite a formulação de uma norma geral a partir dos casos particulares pré-existentes. Em seguida, por meio do método dedutivo, será possível a aplicação da norma individualizada ao caso concreto. A sua conjugação permite uma argumentação jurídica adequada. Considerando as modificações que passaram o Direito brasileiro,<sup>426</sup> seria o desenvolvimento das técnicas indutivas no ensino jurídico, desde as faculdades de direito até as escolas da magistratura. Para tanto, podem ser utilizadas as experiências de ensino presentes nas faculdades de direito dos países de *common law*, destacadamente quanto à análise e discussão de casos e decisões em sala de aula, deixando de lado a simples repetição dos textos legais.

Tais medidas, por certo, não terão efeitos práticos imediatos. Na verdade, configuram tentativas que poderiam trazer ganhos de efetividade da fundamentação das decisões apenas no futuro. Ainda assim, qualquer modificação de cultura não se faz de forma imediata, de modo a sua implementação deve ser tentada.

---

<sup>425</sup> NALINI, José Renato. A Escola da Magistratura: Avaliações e Perspectivas. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 699. Jan. p. 243-251. São Paulo: RT, 1994, p. 243.

<sup>426</sup> Ver Capítulo 2.



## 7.2 – Redução do Número de Assessores

O outro problema organizacional identificado é a cultura de assessores, resultado de uma escolha do Poder Judiciário para enfrentar o excesso de trabalho. O debate quanto à diminuição do volume de processos passa, necessariamente, por um questionamento sobre a forma de estruturação do Judiciário e as carreiras a ele afetas.

Ao analisar-se os números relativos ao Poder Judiciário brasileiro, é possível perceber que são gastos 89% do orçamento com pagamento de pessoal. Segundo o levantamento realizado por LUCIANA ZAFFALON, ainda que limitados às carreiras jurídicas no Estado de São Paulo, demonstra que, em 2015, 75% da população de São Paulo ganhava menos do que R\$2.000,00, e que somente 3,3% da população tem rendimentos superiores a R\$8.000,00. Todavia, quando comparado às carreiras jurídicas, *“O valor referente ao teto constitucional de R\$ 33.763,00, que representava cerca de 42 salários mínimos em 2015, corresponde, portanto, a um patamar de rendimentos acima do qual se encontra somente uma parcela ínfima da população: 0,08% no Brasil e 0,10% no Estado de São Paulo.”*<sup>427</sup> Os salários pagos pelo Judiciário refletem uma opção de remuneração dos seus servidores em patamar superior àquele percebido pela população brasileira. Mesmo quando comparado com os demais países, os vencimentos dos serventuários da Justiça são superiores. A título de exemplo, *“O rendimento médio anual dos membros do MPSP paulista em 2015, considerando a cotação média do euro nesse ano, equivaleu a € 148.504 quando não consideramos os valores pagos a título de férias e 13o salário e € 157.130 quando eles são considerados, representando o dobro do valor nominal aferido na Alemanha.”*<sup>428</sup> Por conseguinte, existe uma clara opção nas carreiras jurídicas brasileiras de remuneração desproporcional à média do ganho dos brasileiros.<sup>429</sup> É interessante lembrar, como visto no Capítulo 6, que a média de magistrados no Brasil por habitante é inferior a dos demais países europeus. Ou seja, a opção do Poder Judiciário brasileiro e suas carreiras correlatas é ter um número menor de funcionários, que receberão um salário comparativamente maior, permitindo-se assim atrair as melhores mentes para atuarem como magistrados, promotores, procuradores, etc.

Entretanto, tal opção traz diversas consequências para o funcionamento de tal estrutura. Isso porque, em decorrência de seu custo, não há ingresso de novos servidores nas

---

<sup>427</sup> CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma Espiral Elitista de Afirmação Corporativa...* Op. cit., p. 189.

<sup>428</sup> CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma Espiral Elitista de Afirmação Corporativa...* Op. cit., p. 191.

<sup>429</sup> Aqui não se vai questionar os abusos realizados por algumas carreiras jurídicas que, baseadas numa interpretação absurda da autonomia orçamentária, insere nos próprios rendimentos parcelas de natureza falsamente indenizatória, com vistas a aumentar os seus ganhos mensais.

carreiras acima mencionadas em número suficiente para acompanhar o crescimento dos processos. Em razão disso, a solução proposta, considerando a inexistência de orçamento para a seleção de novos juízes, foi a aquisição de assessores para complementar e facilitar as atividades daqueles magistrados já investidos. A utilização dos assessores, apesar de se mostrar um efetivo remédio para o excesso de processos que sobrecarrega o Poder Judiciário, causa sérios impactos na fundamentação das decisões e, por isso, deve ser revista.

Partindo da premissa de que há um déficit no número de magistrados por habitante no Brasil, os Tribunais brasileiros deveriam se reestruturar para permitir a realização de novo ingresso na magistratura. Considerando que não há mais recursos financeiros para o simples aumento dos gastos, bem como há a previsão constitucional de irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, a opção que se apresenta é a diminuição do número de assessores existentes e manutenção dos rendimentos dos magistrados. Assim, seria possível criar uma margem financeira suficiente para a entrada de novos magistrados. Como um efeito em cascata, novos desembargadores seriam investidos nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Ademais, em um tribunal específico é necessária uma modificação mais significativa. Ainda que em sua essência seja de mais complexa efetivação, é urgente o acréscimo de novos ministros no Superior Tribunal de Justiça. O STJ, que em sua origem foi criado para desafogar o STF, que estava em situação de quase inoperância diante do seu passivo de processos pendentes de julgamento, encontra-se hoje em uma encruzilhada, onde é impossível julgar todas as demandas sob a sua responsabilidade. Por isso, o número de 33 ministros que constitucionalmente compõem a corte deve ser revisto. A título de comparação, a Itália possui uma população de 60 milhões de habitantes, uma estrutura judiciária similar à brasileira, possui como mais alta corte a *Corte di Cassazione*, composta por 360 juízes.<sup>430</sup> Apesar do elevado número de processos para julgamento,<sup>431</sup> bem como da também problemática demora na prestação jurisdicional, um *consigliere* decidiu no ano de 2016, no âmbito cível, a média de 220,3 processos.<sup>432</sup> A comparação com a produtividade de um ministro do STJ beira ao absurdo. Como visto, no ano de 2015, em média, 13.261,18 decisões monocráticas e 1.268,30 votos como relator por cada ministro.

---

<sup>430</sup> Segundo os dados fornecidos pela própria Corte di Cassazione, no “Anuario Statistico 2016”, apenas em matéria cível foram recebidos 29.693 processos no referido ano, enquanto foram julgados no mesmo período 27.394 processos. Disponível em: <[http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile\\_AnuarioStatistico2016.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile_AnuarioStatistico2016.pdf)>. Acesso em 18/6/2017.

<sup>431</sup> Em comparação com as cortes similares de seus pares Europeus.

<sup>432</sup> Disponível em: <[http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile\\_AnuarioStatistico2016.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile_AnuarioStatistico2016.pdf)>. Acesso em 18/6/2017.

Por óbvio, tal solução passaria por uma profunda modificação na forma como os Tribunais brasileiros, representados pelas últimas lideranças na carreira, que permanecem preocupadas apenas com a situação – financeira, é de se destacar – dos magistrados, em detrimento da qualidade da prestação do serviço jurídico que é disponibilizado pelos tribunais.

### **7.3 – Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes: Necessidade de Diferenciação da Fundamentação nas Cortes Brasileiras**

O levantamento empírico desnudou uma realidade na fundamentação das decisões judiciais pelos Tribunais brasileiros: não há diferenciação na técnica de fundamentação das decisões, independentemente de se tratar do STF, STJ ou um tribunal de segunda instância. A técnica de elaboração das razões permanece a mesma, ainda que tais Tribunais, por sua própria natureza, conforme já demonstrado, possuam funções diversas no ordenamento jurídico.

Diante disso, alguns questionamentos devem ser formulados. Como visto, as cortes superiores e as cortes supremas deveriam atuar de forma pontual e restrita, apenas para garantir a uniformidade de interpretação da legislação, de modo se apresentam como cortes de precedentes. A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição é efetivada pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, verdadeiras cortes de justiça, responsáveis pela elaboração de uma decisão, nos limites de sua possibilidade, justa.<sup>433</sup> Segundo DANIEL MITIDIERO, “*o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação dos precedentes*”.<sup>434</sup> É exatamente por isso que se configura a organização judiciária com as cortes supremas.<sup>435</sup> Todavia, o quantitativo de decisões proferidas pelo STF e STJ indicam que a sua atuação não está adstrita à corte de precedente, mas atuam eles enquanto cortes de justiça, criando uma danosa e absurda situação de triplo grau de jurisdição no Brasil. Os dados ora apresentados demonstram a deturpação de tal organização, que transformaram a atuação das cortes supremas em instância ordinária. Provavelmente em razão de tal equívoco, a fundamentação das decisões nos STF e STJ seja similar àquela apresentada nas cortes de justiça, com igual correlação entre o voto, transcrição de ementas e literatura acadêmica, o que não seria de se esperar tratando-se de cortes com funções tão díspares.

---

<sup>433</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 75.

<sup>434</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...** *Op. cit.*, p. 76.

<sup>435</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudencia. *In: Revista de Processo*. Vol. 199, p. 139-155, Set/2011. São Paulo: RT, 2011, p. 150.

Para combater tal problema, necessário readequar a sua atuação à nova realidade. Como sustenta DANIEL MITIDIERO, não cabe aos próprios tribunais estabelecer as suas funções, uma vez que tal atuação configuraria manifesta usurpação de competência do Poder Legislativo.<sup>436</sup> Neste diapasão, é de fato louvável que o CPC/15 tenha previsto a necessidade de especialização das cortes em função da sua atividade. Sobre o tema, complementa DANIEL MITIDIERO:

É interessante perceber que, se adequadamente lido, o Novo Código percebeu a necessidade de reconstrução do sistema judiciário ao desenhar o recurso extraordinário e o recurso especial como recursos que pressupõem a compreensão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas – isto é, de interpretação e de precedentes. Ao viabilizar ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de analisar questões ainda que tenha havido desistência recursal (art. 998, parágrafo único) e de conhecer recursos desconsiderando vícios formais (art. 1.029, §3º), ao instituir o livre trânsito de recursos entre essas Cortes (art. 1.032 e 1.033), ao determinar a precisa identificação da questão submetida ao julgamento (art. 1.037, I), ao permitir o seu amplo debate (art. 1.038) e ao vincular os órgãos jurisdicionais horizontal e verticalmente às razões dos julgados (art. 927, 1.039 e 1.040), o Novo Código deixou claro que o caso concreto levado à apreciação é apenas um pretexto para que essas Cortes possam dar unidade ao direito.<sup>437</sup>

Diante disso, uma vez que a previsão legislativa para a adequação das cortes em razão de suas funções encontra-se à disposição, cabe aos operadores do direito – magistrados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e advogados – utilizarem de forma adequada tais instrumentos. Assim, poderá a corte suprema garantir a coerência do sistema, racionalidade das decisões e previsibilidade na aplicação do Direito.<sup>438</sup>

Assim, as Cortes de Justiça devem aplicar de forma vinculada, independentemente da *convicção particular* que determinado magistrado tenha sobre o processo no momento da decisão. Não se trata aqui de ser convencido pelos argumentos, mas *obedecer* o precedente já existente e aplicá-lo no novo litígio em julgamento. Deve-se reforçar o sistema obrigatório dos precedentes das Cortes Superiores. Mais uma vez, na esteira de SCHAUER, é seguir o precedente

---

<sup>436</sup> E é exatamente por isso que a jurisprudência defensiva construída pelos tribunais superiores se mostra um posicionamento manifestamente inconstitucional.

<sup>437</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...** *Op. cit.*, p. 79-80.

<sup>438</sup> Nesse sentido, afirma LUIZ GUILHERME MARINONI (*in: A Ética dos Precedentes: Justificativa do NCPC*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 57) que: “*Realmente, um sistema que admite o controle difuso de constitucionalidade não pode deixar os juízes e tribunais ordinários desrespeitarem os precedentes constitucionais da Corte Suprema. Se não for assim, haverá incoerência interna, irracionalidade e estímulo ao caos. Na verdade, o direito brasileiro, ao admitir o controle difuso de constitucionalidade – típico do direito estadunidense –, tornou-se incompatível com a sua prática jurídica, em que os tribunais ordinários não se curvaram à autoridade dos precedentes constitucionais.*”

não somente quando o julgador entende que ele está correto, mas também quando entende que ele está incorreto.<sup>439</sup>

Por conseguinte, necessário revisitar os institutos relativos aos recursos especial e extraordinário, destacadamente quanto aos seus requisitos de admissibilidade. Não se está a sustentar, tal qual existe no Direito Norte-Americano no *writ of certiorari*, a retirada do direito subjetivo à interposição de recurso extraordinário e especial. Até mesmo porque tais recursos têm previsão constitucional e não podem ser restringidos sem modificação pela via da emenda dos arts. 102 e 105, da CF/88. Entretanto, para uma correta aplicação das funções constitucionais das cortes, é premente a necessidade de restrição de acesso às cortes de precedentes, para que possam eles, ao enfrentar um número menor de recursos, decidir melhor.

Em consequência, é preciso que tais cortes, de forma quase revolucionária, uma vez que *nunca* procederam de tal forma, modifiquem a sua técnica de fundamentação para adequá-la à sua nova função. Em primeiro lugar, deve haver um aprofundamento na técnica de fundamentação. Não basta mais ao julgador apresentar seu julgamento e juntar ementas que apenas corroboram o posicionamento adotado. Tal método de fundamentação é adequado apenas nas cortes de justiça, com as ressalvas já realizadas no presente trabalho. Devem as cortes de precedentes fundamentar utilizando raciocínio universalizante, atentas aos efeitos futuros da decisão judicial. Ademais, deve se valer de método de abstração do caso concreto em julgamento, para identificar, dentro dos limites possível, a melhor decisão.

Assim, somente será possível construir uma fundamentação de um precedente, da forma constitucionalmente adequada, no momento que as cortes imbuídas de tal função passem a exercê-la de forma correta, deixando de lado sua atual configuração de mera terceira instância de corte de justiça.

#### **7.4 – Julgamento Monocrático nas Cortes de Precedentes**

As pesquisas empíricas, por sua própria natureza, têm um início controlado pelo pesquisador. Porém, em seu desenvolvimento, surgem dados e informações que não estavam previstas inicialmente e, por vezes, trazem luz a problemas completamente dissociados daquele presumidamente propostos pelo pesquisador.

Neste diapasão, também surgiram informações relevantes, não previstas inicialmente, no término da presente pesquisa. Com efeito, no levantamento quantitativo das decisões do

---

<sup>439</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning...** *Op. cit.*, p. 39.

STF e STJ, tornou-se evidente que tais Tribunais possuem um método de trabalho diverso daquele previsto pelo legislador. Enquanto o sistema recursal foi pensado para que as decisões fossem proferidas de forma colegiada, os referidos Tribunais, provavelmente em razão do volume de trabalho, encontraram como forma de atuação a técnica da solução monocrática dos julgamentos.

Não que se trate de uma situação desconhecida da academia. Outros trabalhos já destacavam a prevalência das decisões monocráticas em detrimento das decisões colegiadas no STF e STJ. A sobrecarga de trabalho decorrente da enxurrada de recursos que chegam todos os dias aos mencionados Tribunais teve como uma das soluções a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator. Tal opção institucional foi iniciada em 1.998, com a reforma do art. 557 do CPC/73 e foi ampliada no art. 932 do CPC/15. Era de conhecimento de todos que havia uma opção pela decisão monocrática em detrimento da decisão colegiada. O que a presente pesquisa desnudou, porém, que a preferência refletiu em uma primazia na proporção de cinco decisões monocráticas por cada decisão colegiada no STF e de 9 decisões monocráticas para cada decisão colegiada no STJ.

Todavia, tal situação não pode se perpetuar. Isso porque, uma vez admitida que as cortes devem se especializar, de acordo com as funções estabelecidas pela Constituição Federal, necessário se faz também adequar o procedimento para as novas funções. A função exercida pelas cortes de precedentes é por demais importante para o funcionamento do Direito, para não dizer o da própria democracia constitucional, para que se admita a que decisão de questões relevantes para a sociedade seja proferida por apenas um julgador.

Até mesmo porque a colegialidade permite que aqueles que pensam de forma diversa possam explicitar a sua posição, contribuindo para o debate democrático sobre a matéria. A título de comparação, mas para justificar a necessidade de defesa do princípio da colegialidade, aponta NEIL ANDREWS as seguintes características da Suprema Corte inglesa:

Há uma sedimentada tradição na Court of Appeal e na House of Lords (agora a Supreme Court do Reino Unido) de que seus membros podem divergir da maioria e redigir o voto divergente. Às vezes, o voto divergente é redigido por mais de um juiz. A (nova) UK Supreme Court também permite que haja votos divergentes. (...) O voto vencido (proferido por um ou por vários juízes) é uma característica tradicional e elogiável do Judiciário inglês. Possibilita que o juiz manifeste sua não concordância de um modo racional e publicamente. Às vezes, a força do voto vencido gera um impacto tal, que retira a vitalidade da orientação que prevaleceu. E esta fica confinada aos fatos específicos daquele caso.<sup>440</sup>

---

<sup>440</sup> ANDREWS, Neil. **Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa...** *Op. cit.*, p. 104.

Nas cortes de justiça, em decorrência de sua função na organização judiciária, a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator se configura em interessante saída para a resolução da sobrecarga de trabalho a qual o Poder Judiciário está submetido. Com efeito, a pontam LESLIE SHÉRIDA FERRAZ E FERNANDA MEDINA PANTOJA que somente no TJRJ, entre os anos de 2003 e 2008, foi verificada uma tendência de aumento da decisão monocrática, que, *“inicialmente, dava conta de 12,1% dos casos e hoje responde por 1/3 dos julgados. Em síntese, que o uso da decisão monocrática tem crescido de forma significativa no TJRJ nos últimos anos, chegando, no caso do agravo de instrumento, a superar as decisões colegiadas.”*<sup>441</sup>

Inegável, portanto, a necessidade de revisão dos poderes do relator na hipótese de julgamento pelas cortes de precedentes, mantendo-se, da forma como atualmente é utilizada, nas Cortes de Justiça.

## 7.5 – Readequação do Relatório

Um dos mais importantes requisitos da sentença, o relatório deveria apresentar-se como resumo dos argumentos deduzidos pelas partes, bem como os principais meios de prova até então produzidos. Assim, poderia o julgador responder de forma adequada à pretensão do autor e réu. Todavia, verificou-se que, na prática, o relatório é um dos requisitos que é elaborado de forma descuidada e apressada, de forma sintética e incompleta.

Com efeito, o relatório deixou de atender à finalidade que foi para ele pensada. Continua ele presente nas decisões verificadas apenas para atender ao previsto no art. 489, inc. I, do CPC/15. Nada mais.

Não obstante, o relatório é um importante instrumento de readequação da fundamentação no atual contexto democrático. Com efeito, deve ser ele repensado de acordo com os princípios que norteiam no CPC/15, destacadamente o princípio da cooperação (art. 6º). O relatório deve ser elaborado em estrita conformidade com a decisão saneadora previsto no caput do art. 357, destacadamente quanto à delimitação dos fatos controvertidos, os meios de provas utilizados, as questões de direito que sustentam as alegações das partes, bem como os eventuais precedentes aplicáveis ao caso em julgamento. Ou seja, em um processo

---

<sup>441</sup> FERRAZ, Leslie Shériida; PANTOJA, Fernanda Medina. A Aplicação do Art. 557 do CPC, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: uma Análise Empírica. In: **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Vol. 1, p. 37-59. Set-Out. Rio de Janeiro: RT, 2013, p. 41.

devidamente conduzido pelo julgador, o relatório guarda estrita consonância com a decisão saneadora e impedir que a fundamentação seja construída de forma incompleta.

Não só isso. É possível depreender da experiência norte-americana que os *judges*, ao elaborarem as suas *opinions*, sempre restringem o problema (*narrow a issue*), por meio da explicitação pormenorizada dos argumentos deduzidos pelas partes. Tal procedimento é realizado sempre no início dos votos, permitindo uma delimitação do julgamento. A mesma técnica poderia ser transplantada para o Direito brasileiro, com a readequação do relatório para apresentar-se da mesma forma que suas equivalentes americanas.

#### **7.6 – Princípio da Proibição à Fundamentação *Per Relationem*: vedação da transcrição da decisão anterior como fundamento da nova decisão, sob pena de nulidade**

Ademais, no levantamento empírico, ficou evidente a prática de transcrição da decisão recorrida como método de fundamentação das decisões judiciais. Tal prática, conhecida como motivação *per relationem* é de controversa aceitação pela doutrina.

A despeito de toda a discussão acadêmica quanto à sua validade, a prática de copiar a decisão recorrida é frequente nos Tribunais brasileiros. Uma vez que permite a simples resolução da controvérsia sem maiores esforços, os magistrados continuam a se valer de tal prática. Conforme se verifica do §3º do art. 1.021, do CPC/15, existe vedação para a motivação *per relationem* apenas na hipótese de julgamento do recurso de agravo interno. Quanto aos demais recursos, não há qualquer vedação expressa.

A melhor solução para a lacuna legislativa seria, sem sombra de dúvidas, a alteração do CPC/15, especificamente no art. 489, §1º, para incluir um inciso que vedasse, de forma expressa e aplicável à todas as decisões, a simples transcrição da decisão proferida anteriormente no processo. Entretanto, propostas de modificação legislativa não são suficientes, seja em razão da dificuldade de sua aprovação, seja em decorrência da inefetividade das modificações legislativas na prática forense.

Sendo assim, melhor saída se encontra na interpretação sistemática do CPC/15, de modo a justificar a proibição da transcrição da decisão proferida nos próprios autos deve ser aplicada a todos os recursos previstos no art. 994, do CPC/15. Até mesmo porque não há maiores entraves para tanto. Isso porque, nos termos do art. 11, caput, do CPC, alinhado ao art. 93, inc. IX, da CF/88, estabelece que a fundamentação é dever do magistrado, sob pena de nulidade da decisão. Para tanto, estabelece no art. 489, §1º, do mesmo dispositivo um rol exemplificativo de situações nas quais não se considera fundamentada a decisão judicial. Por



se tratar de rol exemplificativo, admite-se que outras práticas sejam vedadas enquanto método de motivação inadequado, exatamente como aquela prevista no §3º do art. 1.021 do CPC/15. O simples fato de estar ela prevista no capítulo referente à decisão do agravo interno não é suficiente para conter a incidência do princípio dela decorrente – proibição da motivação *per relationem* – incida sobre as demais decisões judiciais.

O reconhecimento da existência de tal princípio seria de suma importância no contexto da fundamentação das decisões judiciais.

## CONCLUSÃO

PLATÃO, em um dos seus diálogos, narra uma breve passagem sobre a vida de TALES DE MILETO. Conta o referido autor que certa vez, enquanto TALES caminhava por uma estrada e observava os astros, absorto na tentativa de compreender o funcionamento do cosmos, não percebeu a presença de um obstáculo no seu caminho e, descuidado, caiu em um poço. Em seguida, ao presenciar o ocorrido, “*contam que uma decidida e espirituosa rapariga da Trácia zombou dele, com dizer-lhe que ele procurava conhecer o que se passava no céu mas não via o que estava junto dos próprios pés.*”<sup>442</sup> Naquela oportunidade, PLATÃO debatia os limites e a possibilidade do conhecimento e a situação do filósofo que, completamente dissociado da realidade, desvenda as leis que regem o mundo. Porém, a passagem permite uma reflexão sobre a pesquisa científica desenvolvida no âmbito do Direito Processual Civil, que norteou o presente trabalho.

Nota-se no debate acadêmico uma preocupação com apuro técnico e correção conceitual dos institutos processuais. É de ressaltar que não se questiona a relevância de tais trabalhos. O desenvolvimento teórico de tais institutos certamente contribui para a efetividade, adequação e segurança da prestação jurisdicional. Todavia, o que se pretendeu demonstrar, na esteira daquilo que foi dito pela mulher da Trácia, é que a ciência processual não pode esquecer aquilo que ocorre na prática judiciária. A complexidade teórica sobre o dever constitucional de fundamentar parece ser apartada da realidade forense, de tal forma que, quando se comparam os conceitos acadêmicos de decisão fundamentada e as decisões judiciais propriamente ditas, identifica-se duas realidades distintas, tal qual linhas paralelas que nunca se encontram. O Direito Processual Civil, já se sabe, não pode servir apenas a ele mesmo. A proposta do presente trabalho foi, ainda que singelamente, trazer novos elementos para a discussão, deixando de lado um conceito de fundamentação dissociado da realidade, para responder o que é, segundo os Tribunais brasileiros, motivar as decisões.

Foram duas as premissas para análise da fundamentação das decisões judiciais. Ao reconhecer, a partir do Século XXI, a preponderância do Judiciário em face dos demais Poderes, a efetivação dos direitos se modifica: exige-se, em diversas oportunidades, a manifestação judicial para a sua efetivação, em detrimento da simples consolidação em textos normativos. Os novos direitos, acrescidos daqueles setores da sociedade outrora excluídos, são muitas vezes regulados pelo Poder Judiciário. E, por isso, exigem dele uma resposta adequada

---

<sup>442</sup> PLATÃO. **Teeteto**. 3ª ed. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universitária UFPA, 2001, p. 83.

e tempestiva de seus reclames. Com isso, todo o Direito – não importa o ramo em análise, se Direito Constitucional, Civil, Penal, Processual Civil, Administrativo, etc. – deve ser repensado para adequar-se aos novos tempos. Mais direitos significa, nos dias que correm, maior atuação do Poder Judiciário. Entretanto, o mesmo Poder Judiciário que avoca novas funções e atribuições não parece estar preparado para as suas responsabilidades. As instituições, algumas delas milenares, pouco ou quase nada se modificaram para atender tais reclames. Se o dever/poder de um magistrado no Brasil de 2017 não encontra espelho naquele que se atribuía durante o *imperium* de Augusto César, o reinado de terror de Robespierre ou a ascensão do Terceiro Reich, tampouco são similares as exigências de sua atividade naqueles momentos históricos e na contemporaneidade. O juiz que pode criar o direito tem a responsabilidade de fundamentar de forma adequada.

Ademais, no movimento pendular de preponderância da jurisdição em detrimento da legislação, elementos externos podem ser acrescentados, ao trazer novos problemas e soluções para o funcionamento do Poder Judiciário. Considerando a aproximação e convergência dos sistemas jurídicos, fruto da globalização, a sistemática dos precedentes foi incorporada à práxis forense das Cortes brasileiras. Ao aliar tal instituto, como frequentemente ocorre, pouca atenção foi dada à realidade fática de sua gênese. Esquecida foi a verificação quanto à forma de atuação dos magistrados no *Common Law*, como se um instituto processual fosse elemento indissociado da prática que lhe deu origem. Por isso, necessária a análise de como os juízes daquele contexto decidiam e o método por eles utilizado para fundamentar as decisões judiciais. Sem isso, haverá a importação de um instituto de forma manifestamente equivocada, que não foi concebido para solucionar os problemas judiciários brasileiros.

Neste diapasão, a presente pesquisa identificou, após a verificação demais de 1.590 decisões judiciais oriundas dos Tribunais brasileiros, mediante confrontação com as 27 decisões da *Supreme Court* dos EUA, alguns padrões decisórios dos magistrados brasileiros. Por certo, não se tratam de conclusões definitivas, uma vez que convidam à reflexão e ao amadurecimento. Ainda assim, estão respaldadas nos dados coletados na presente pesquisa:

i) predominância das decisões monocráticas: a corte suprema e a corte superior, no Brasil, decidem majoritariamente por meio de decisão monocrática, sem a análise pelo órgão colegiado dos litígios a elas submetidos;

ii) excessiva utilização de assessores: o quantitativo das decisões judiciais apurado demonstra a utilização preponderante de assessores na elaboração das decisões judiciais, que

argumentam de forma genérica, que permita utilização em diversos litígios, com vistas a esconder a presença de mais de um autor da decisão judicial;

iii) fundamentação parecerista: a decisão judicial dos Tribunais brasileiros é construída de forma que apenas o argumento escolhido pelo magistrado como adequado ao caso em julgamento receba o devido desenvolvimento, desconsiderando-se a dialeticidade que seria esperada na hipótese de confronto de argumentos, assemelhando-a a um parecer;

iv) ausência de diferenciação entre corte de justiça e cortes de precedentes: os Tribunais brasileiros atuam de forma indistinta, tanto na análise dos fatos do caso concreto, quanto do direito em litígio, sem qualquer especialização na sua metodologia de fundamentação;

v) menção reduzida ao caso concreto: nas decisões judiciais, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais não explicitam, de forma pormenorizada, os fatos apresentados pelas partes, restringindo-se, quando muito, na indicação dos fatos processuais;

vi) inexistência de pensamento abstrato: as cortes que deveriam atuar como cortes de precedentes não utilizam do pensamento abstrato no momento de elaboração das decisões, uma vez que se manifestam sem considerar as consequências futuras dos posicionamentos adotados;

vii) incoerência de distinção entre casos simples e casos complexos: os Tribunais brasileiros não dissociam se o caso em julgamento possui resposta pronta, ou mesmo correta, no ordenamento jurídico, daqueles casos nos quais haveria uma posição criativa do Poder Judiciário.

Além disso, de forma não exaustiva, na presente pesquisa foram propostas algumas modificações para adequar o contexto fático jurisprudencial, de modo que a fundamentação ao novo contexto democrático de supremacia do Poder Judiciário, que podem ser assim sintetizadas:

i) modificação da cultura parecerista: deve haver a correta fundamentação das decisões judiciais, com o enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes, destacadamente o argumento da parte vencida;

ii) redução do número de assessores: a estrutura judiciária deve ser repensada para diminuir o quantitativo de assessores e assistentes e, em contrapartida, aumentar o número de magistrados, para permitir a correta fundamentação das decisões daquele que está constitucionalmente investido na Jurisdição;

iii) especialização das cortes brasileiras: as cortes brasileiras devem atuar com funções distintas, concernente à atuação enquanto cortes de justiça, para julgar de forma adequada os casos concretos levados ao conhecimento do Poder Judiciário, enquanto as cortes de precedentes teriam como função a criação do direito;

iv) proibição do julgamento monocrático nas cortes de precedentes: as cortes de precedentes, por sua própria função, não podem atuar de forma singular, dependendo de manifestação colegiada para a validade de seus pronunciamentos;

v) readequação do relatório: o requisito da decisão judicial deve ser repensado, com vistas a permitir a adequada delimitação dos fatos controvertidos, os meios de provas utilizados, as questões de direito que sustentam as alegações das partes, bem como os eventuais precedentes aplicáveis ao caso em julgamento;

vi) vedação à fundamentação *per relationem*: os tribunais devem ser proibidos de utilizar a prática de transcrição da decisão recorrida como método de fundamentação das decisões judiciais, ainda comum nas decisões judiciais verificadas.

A fundamentação das decisões judiciais é essencial para conhecer e fiscalizar atuação do magistrado. Não há o frescor de novidade em tal afirmativa. Não somente a sociedade contemporânea, com a complexidade nas relações sociais a ela inerente, mas em toda a história é possível identificar os seus defensores do dever de explicitação dos motivos de decidir do magistrado. A reduzida atenção foi dada, como se disse incessantemente no presente trabalho, ao método adotado pelos julgadores para apresentarem os seus motivos, bem como à forma como deve se fundamentar. A fundamentação descompromissada dos argumentos deduzidos pelas partes em juízo obsta a efetiva concretização do direito e não mais pode ser admitida. Se o Estado possui o monopólio do exercício da força em uma sociedade pautada pelo *rule of law*, qualquer decisão proferida que estiver desprovida da adequada enumeração das razões de decidir, será, necessariamente, uma negação do próprio Estado de Direito.

## Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALMEIDA, João Alberto. **Aspectos Constitucionais da Coisa Julgada**. Tese. Belo Horizonte: UFMG, 2006.
- ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.
- ANDREWS, Neil. Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar: A Experiência Inglesa. *In: Revista de Processo*. Vol. 192, p. 99-127. Fev/2011. São Paulo: RT, 2011, p. 101.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O Precedente Judicial em Paralelo a Súmula Vinculante: Pela (Re)Introdução da Faticidade no Mundo Jurídico. *In: Revista de Processo*. Vol. 234, Ago/2014, São Paulo: RT, p. 277.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso no dia 2/10/2016.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Falam os Juízes na Pesquisa da AMB. *In: SADEK, Maria Teresa. Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. São Paulo: Edipro, 2016
- BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. **Poder Simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2016.
- BRITO, Thiago Carlos de Souza. **Gerenciamento dos Processos Judiciais: Estudo Comparado dos Poderes e Atuação do Juiz na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil**. Dissertação. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

BRITO, Thiago Carlos de Souza. Desafios para a Correta Fundamentação das Decisões Judiciais: Algumas Considerações sobre as Críticas ao Art. 489, §1º do CPC. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena; MAIA, Renata C. Vieira. **Inovações e Modificações do Código de Processo Civil - Avanços, Desafios e Perspectivas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. *In*: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais ao contribuinte**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. Rio de Janeiro: Noesis, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Trad. Mauro Fonseca. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2013.

CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional**. Tese. São Paulo: FGV, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal Fundamentada e Sentença Não Fundamentada. *In: Revista de Processo*. N. 81, p. 220-225. São Paulo: RT, 1996, p. 222.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões Não-Jurídicas do Ato de Julgar. *In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Decisão Judicial*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

CHARTER, Roger. **Origens Culturais da Revolução Francesa**. São Paulo: UNESP, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de Direito Canônico**. São Paulo: Saraiva, 1971.

DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. 2007. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leornado Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. A Badly Flawed Election. *In: The New York Review of Books*. Disponível em <<<http://www.nybooks.com/articles/2001/01/11/a-badly-flawed-election/>>>. Acesso em 14/4/2017.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century. *In: GOLDSTEIN, Laurence. Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. *In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



FERNANDES, José Henrique Lara. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, Sobre los derecho fundamentales. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ, Leslie Shérida; PANTOJA, Fernanda Medina. A Aplicação do Art. 557 do CPC, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: uma Análise Empírica. *In*: **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Vol. 1, p. 37-59. Set-Out. Rio de Janeiro: RT, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. 2<sup>a</sup> Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. **Observação Jurídico-Sociológica da Lei dos Juizados Especiais**. Tese. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos Processos Judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Nº 66, jan/jun, p. 291-326, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Sistema das Nulidades Processuais e a Constituição. *In*: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Mario. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Fatores de Produtividade: Proposta de Avaliação do Desempenho do Magistrado Federal. *In*: **Administração da Justiça Federal: concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: CJF, 2005.

HAMILTON, Alexander; Madison, James; Jay, John. **O Federalista**. 2<sup>a</sup> Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JAYME, Fernando Gonzaga; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena; MAIA, Renata C. Vieira. **Inovações e Modificações do Código de Processo Civil - Avanços, Desafios e Perspectivas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

KATZMANN, Robert A. **Judging Statutes**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUHM, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. **Empirical Methods in Law**. New York: Aspen Publishers, 2010.

LE GOFF, Jacques. **Os Intelectuais na Idade Média**. 6ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do Arbítrio à Razão: Reflexões sobre a Motivação da Sentença. *In: Revista de Processo*. Nº 29, jan-mar, p. 79-81, 1983.

LINZ, Juan J. An Authoritarian Regime: Spain. *In: ALLARDT, Erik and Rokkan, Stein. Mass politics: Studies in political Sociology*. New York: Free Press, 1970.

LOPES, José Reinaldo Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria do Precedente**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MADISON, James. O Federalista nº 62. *In: HAMILTON, Alexander; Madison, James; Jay, John. O Federalista*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 510.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: Justificativa do NCPC**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al Estudio del Derecho**. 33ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MILIBAND, Ralph. **O Estado na Sociedade Capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

MIRANDA, Felipe Arandy. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. Brasília: IDP, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 172-175.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. *In: Revista de Processo*, nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Americana: Um exemplo para o mundo? *In: Revista de Direito Administrativo*. Nº 233. Jul/Set 2003, 201-211. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 9ª Serie. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: Uma escalada e Seus Riscos. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. A Escola da Magistratura: Avaliações e Perspectivas. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 699. Jan/1994, 243-251. São Paulo: RT, 1994.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva: a litigância de interesse público e as Tendências não Compreendidas de Padronização Decisória. *In: Revista de Processo*. Vol. 199, p. 45-64. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Dierle. Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização – Paradoxos do Sistema Jurídico Brasileiro: Uma Abordagem Constitucional Democrática. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 101, p. 61-96, jul./dez. Belo Horizonte, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **O Juiz na Sociedade Moderna**. São Paulo: FTD, 1997.

PICARDI, Nicola. La Vocazione Del Nostro Tempo Per la Giurisdizione. *In: Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I. P. 179-211. Milão: Dott. A. Giuffré, 2005.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; SANTANA, Ana Carolina Squadri. O *Writ of Certiorari* e sua Influência sobre o Instituto da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. *In: Revista de Processo*. Vol. 235, p. 381-405. Set/2014. São Paulo: RT, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação: Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POSNER, Richard. **Divergent Paths: The Academy and the Judiciary**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RAATZ, Igor. Considerações Históricas sobre as Diferenças entre Common Law e Civil Law: Reflexões Iniciais para o Debate sobre a Adoção de Precedentes no Direito Brasileiro. *In: Revista de Processo*, nº 199, p. 159-191. São Paulo: RT, 2011, p. 162-163

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REICHELT, Luis Alberto. Decisão sobre Questões Prejudiciais de Mérito e Direito Fundamental à Intangibilidade da Coisa Julgada Material no Novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*. Vol. 259, p. 81-96, Set. São Paulo: RT, 2016.

RODRIGUES, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes: Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SADEK, Maria Teresa A. **Poder do Judiciário: Perspectivas de Reforma**. *In: Opinião Pública*, vol. 10, nº 1, maio, 2004.

SADEK, Maria Teresa. **Magistrados: Uma Imagem em Movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Marina França. **Fundamentos da Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. Dissertação. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAUSEN, Dalton. **Súmulas, Repercussão Geral e Recursos Repetitivos: Crítica à Estandarização do Direito e Resgate Hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. New York: Thomson West, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SCHWARTZ, Lilia Moritz; STALING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução do Direito Processual Civil: Recursos Cíveis e Ação Rescisória**. Vol. III. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e Autoridade da Sentença Canônica. In: **Revista de Processo**, nº 107, Jul/Set, 24-63. São Paulo: RT, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudencia. In: **Revista de Processo**. Vol. 199, p. 139-155, Set/2011. São Paulo: RT, 2011.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TREVISAN, Rosana (org.). **Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 2016.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. **Livro de Estudos Jurídicos.** Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História de Processo Civil Romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1987.

VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIOLIN, Jordão. Onde Está a Segurança Jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. In: **Revista de Processo**. Vol. 268, p. 407-433. Jun/2017. São Paulo, RT, 2017, p. 412.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a "Discrecionariiedade" Judicial? In: **Revista de Processo**. Vol. 70, p. 232 – 234. Abr – Jun. São Paulo: RT, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Na disputa entre Bush e Gore, venceu a visão voluntarista. *In*: **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/dissenso-bush-gore-venceu-visao-voluntarista>>. Acesso em 22/5/2017.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from Constitutional Interpretation to Jude-Made Law**. Boston: Littlefield Adams, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**. Campinas: Editora Millennium, 2004.