

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Daniel Polignano Godoy

A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS
O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da
fundamentação das decisões judiciais

Belo Horizonte
2017

DANIEL POLIGNANO GODOY

A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

**O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da
fundamentação das decisões judiciais**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito na Área de Concentração Direito Processual Civil.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme.

Belo Horizonte

2017

G589f Godoy, Daniel Polignano
A fundamentação de decisões judiciais: o art. 489 do
Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional
da fundamentação das decisões judiciais / Daniel Polignano
Godoy – 2017.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Processo civil – Teses 2. Devido processo legal – Brasil
3. Contraditório no processo judicial 4. Decisão judicial – Brasil
I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.9(81)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Dissertação intitulada “A fundamentação de decisões judiciais: o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais”, de autoria do mestrando Daniel Polignano Godoy, avaliada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor FERNANDO GONZAGA JAYME (Orientador)

Belo Horizonte, _____ / _____ / 2017

Aos meus pais, MÔNICA E ROGÉRIO, que me proporcionaram as condições para caminhar com minhas próprias pernas. Os pequenos passos que dou, devo a vocês.

À FERNANDA, pessoa indescritível, que entrou na minha vida há cerca de 6 anos e, desde então, compartilha comigo todos os momentos, bons e ruins, com amor, companheirismo e lealdade ímpares, e sem a qual as coisas não seriam como são.

AGRADECIMENTOS

No ritmo alucinante no qual estamos inseridos na sociedade contemporânea, às vezes, deixamos de nos dirigir diretamente às pessoas que tanto contribuem para o desempenho de projetos desafiadores, para o nosso crescimento pessoal e para fazer com que nossos dias sejam melhores, simplesmente.

Assim, não poderia deixar de agradecer ao PROF. FERNANDO GONZAGA JAYME, sem o qual o sonho que ora realizo simplesmente não seria possível. Foram tempos de muito aprendizado, crescimento acadêmico, profissional e pessoal. Por isso, tenha certeza de que sinto uma enorme gratidão e de que tentei, durante este período, corresponder à inigualável oportunidade que me foi concedida.

Meus pais, MÔNICA E ROGÉRIO, me proporcionaram todas as condições para caminhar com minhas próprias pernas. Assim, a realização deste meu sonho se deve a vocês, pelo que só tenho a agradecer.

FERNANDA, sem você, as coisas não seriam como são! Compartilho com você este outro pequeno grande passo, e agradeço por todo o amor, companheirismo e lealdade ímpares com que temos nos relacionado nestes últimos cerca de 6 anos. E desejo que venham muitos mais.

Agradeço ao meu irmão VICTOR, pela convivência diária e aprendizado recíproco, que, tenho certeza, nos faz avançar.

Agradeço também aos meus superiores e colegas da DIRETORIA JURÍDICA da CEMIG, e principalmente a toda a equipe da GERÊNCIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, que, cada qual à sua maneira, me permitiram realizar o sonho de cursar o mestrado. É um prazer e uma honra trabalhar com vocês, defendendo o Direito e a nossa querida empresa.

Agradeço aos colegas de mestrado, com os quais compartilhei momentos prazerosos e de muito aprendizado nos últimos anos.

Aos amigos do curso de Direito UFMG (Power e Animalia, sobretudo) e do intercâmbio AUGM-Escala Estudantil, minha gratidão por tornar minha jornada mais leve e divertida.

Agradeço, ainda, aos profissionais da JUSTIÇA FEDERAL, ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO, MARTINELLI ADVOCACIA EMPRESARIAL, DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

DA UFMG (DAJ), MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E BRAGA ROAS ADVOGADOS pelas valiosas contribuições em minha formação acadêmica e profissional, e que fazem parte do que sou hoje.

Por fim, agradeço a todos os mestres da FACULDADE DE DIREITO da vetusta CASA DE AFONSO PENA que tanto me ensinaram para que eu pudesse tentar desenvolver o presente singelo trabalho, que, para mim, significa tanto.

RESUMO

Inobstante a fundamentação das decisões judiciais seja um tema intimamente relacionado ao adequado exercício da jurisdição, a um modelo de processo civil democrático, à noção de justiça e ao direito fundamental ao devido processo legal, na prática, entender no que consiste uma fundamentação adequada e em quais hipóteses a decisão precisa ser anulada não é simples.

O presente trabalho se propôs a sistematizar e examinar a origem e os fundamentos do direito à uma fundamentação adequada, sobretudo à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, mais recentemente, do Código de Processo Civil de 2015, de modo a contribuir para os acirrados debates existentes a respeito do art. 489, § 1º, do referido diploma normativo.

Na pesquisa, foram abordados os fundamentos filosóficos e teóricos do direito à fundamentação adequada das decisões judiciais, bem como as funções endoprocessuais e extraprocessuais deste direito, correlacionando-os aos direitos ao contraditório, em sua acepção substancial, e ao devido processo legal.

Na sequência, traçou-se uma análise sucinta dos requisitos para que a fundamentação de uma decisão judicial seja adequada, e tratou-se das consequências da violação ao dever de motivar.

Palavras-chave: processo civil democrático – devido processo legal – contraditório substancial – fundamentação das decisões judiciais.

ABSTRACT

Although the reasoning of judicial decisions is a subject closely related to the proper exercise of jurisdiction, to a model of democratic civil procedural law, to the notion of justice and to the fundamental right of due process of law, in practice, to understand what constitutes adequate reasoning and identify in which cases the decision needs to be annulled is not simple.

The purpose of this paper is to systematize and examine the origin and the foundation of the right to an adequate justification, especially considering the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and, more recently, the Code of Civil Procedure of 2015, in order to contribute to the heated debates about art. 489, paragraph 1 of this normative document.

In the research, were examined the philosophical and theoretical foundations of the right to adequate justification of judicial decisions, as well as the functions of adequate justification inside and out of the process, correlating them with the rights to the due process of law.

Then, a short analysis was made about the requirements for the motivation of a decision to be appropriate and the consequences of the breach of the obligation to motivate.

Keywords: democratic civil procedure - due legal process - substantial contradictory - reasoning of judicial decisions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC/1939	Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939)
CPC/1973	Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CPC/2015	Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

“Seja como for, do ponto de vista em que neste trabalho nos situamos, preocupa-nos o exame da garantia da motivação no contexto das instituições político-jurídicas *tais como hoje existem* do que na perspectiva das exigências do Estado de Direito *cuja restauração se almeja*. A essa luz, julgamos relativamente pouco importante indagar se a disciplina desta ou daquela matéria se harmoniza com as regras superiores em vigor, pela simples e óbvia razão de que *as regras superiores em vigor nem sempre se harmonizam, elas próprias, com os postulados do Estado de Direito*.

Nosso olhar, dirige-se, neste momento, ao futuro. O restabelecimento do Estado de Direito, em sua plenitude, é preocupação constante e instantânea dos advogados brasileiros. A consecução de tal objetivo exige, sem dúvida, a reforma profunda das instituições sob que vivemos. Mas a nossa pregação não pode diluir-se em genéricas e vagas declarações de princípios. Somos convocados a contribuir com sugestões específicas e concretas para a grande tarefa de reconstrução de uma ordem jurídica que atenda aos anseios do País. Incumbe a cada qual trazer o seu adminículo, modesto que seja, para dar forma visível e precisa ao ideal comum.”

(MOREIRA, 1980, p. 94)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	20
2.2. BREVE HISTÓRICO DO DEVER MOTIVAR NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....	25
2.3. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DEVER DE MOTIVAR ATÉ A EDIÇÃO DO CPC/2015.....	27
2.4. O ART. 489 DO CPC/2015.....	32
2.4.1. PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS.....	35
2.4.1.1. COMENTÁRIOS AO § 1º DO ART. 489 DO CPC/2015.....	44
3. FUNDAMENTOS PARA O DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS.....	52
3.1.1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS.....	52
3.1.2. FUNDAMENTO TEÓRICO: O ESTADO DE DIREITO.....	57
3.2. FUNÇÕES.....	59
3.2.1. CONTROLE ENDOPROCESSUAL: IMPUGNAÇÃO PELAS PARTES.....	62
3.2.2. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO EXTRAPROCESSUAIS.....	65
3.2.3. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, CONVENCIMENTO E RACIONALIDADE DA DECISÃO: O DEVER DE O JUIZ LEVAR EM CONTA DETIDAMENTE OS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELAS PARTES.....	69
4. ELEMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL.....	76
5. REQUISITOS PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.....	80
5.1. EXAME DOS FATOS.....	82
5.2. RACIOCÍNIO JURÍDICO-NORMATIVO.....	84

5.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: APLICAÇÃO DE PRECEDENTE, ENUNCIADO DE SÚMULA OU DE ENTENDIMENTO DEFINIDIO EM JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS – <i>DISTINGUISHING</i> E <i>OVERRULING</i>	88
5.4. COERÊNCIA E INTEGRIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	101
5.5. CLAREZA, CONCISÃO, COMPLETUDE E COERÊNCIA.....	103
6. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 489 DO CPC/2015: A VIOLAÇÃO DO DEVER DE MOTIVAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	104
7. CONCLUSÕES.....	109
8. BIBLIOGRAFIA.....	113

1 INTRODUÇÃO

A fundamentação das decisões judiciais, mais do que um simples requisito formal de validade do ato processual praticado pelo agente estatal responsável pelo exercício da jurisdição, é a fonte de legitimidade da autoridade exercida pelo Poder Judiciário num Estado de Direito, já que, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo (cujos representantes são legitimados *a priori*, pelos votos que recebem), o Judiciário se legitima *a posteriori*, ato a ato¹.

Desse modo, a fundamentação das decisões judiciais é assunto que se liga diretamente ao constitucionalismo moderno, ao conceito de democracia e, conseqüentemente, ao ideal de justiça e à pretensão de correção que permeiam o direito.

No âmbito doutrinário e jurisprudencial, tem-se definido a fundamentação das decisões, usualmente, de forma bastante sintética, como sendo a explicitação das razões de fato e de direito pelas quais a autoridade estatal representativa do poder jurisdicional (seja juiz, desembargador ou ministro de tribunal superior) decidiu de determinada forma, tanto em relação às questões de mérito, quanto em relação às questões processuais.

Portanto, este conceito sintético da fundamentação de decisões judiciais já é suficiente para inferir que afirmações genéricas como “ausentes os pressupostos legais, indefiro a liminar” ou afirmativas despidas de fundamentação, como “denego a liminar”, estão longe de atender à exigência de motivação das decisões judiciais, que devem ser fruto da racionalidade do sistema jurídico, e não fruto da pura vontade pessoal do julgador².

Contudo, a temática não se esgota com esta sucinta conceituação, remanescendo, ainda, uma larga gama de indagações quanto à motivação adequada das decisões judiciais³, sobretudo após o advento do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil de

¹ Nesse sentido, Alexandre Câmara (2015, p. 276) e Márcio Luís de Oliveira (2016, p. 169-170).

² Não se desconhece os argumentos no sentido de que a aplicação do direito seria, sempre, um ato de vontade, ainda que racionalizado para conformar-se ao discurso e ao sistema jurídicos (SILVA, 2015, p. 361). Contudo, o que difere o discurso político (marcado pelo “querer”) do discurso jurídico (guiado pelo “saber”), quando ambos são manifestações de *poder*, é, justamente, a *racionalidade e sistematicidade* ínsitas ao segundo (o discurso jurídico), não cabendo, neste campo, aplicação de normas por pura vontade do aplicador (SILVA, 2015).

³ Como sustenta Michele Taruffo: “En efecto, de una rápida revisión de las nociones comúnmente utilizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el concepto de motivación aparece ampliamente indeterminado, y frecuentemente es tratado, incluso, como algo que tiene un contenido “móvil”. En efecto, cada vez que se intentan definiciones, éstas se resuelven en decir – como ocurre

2015 (doravante denominado apenas CPC/2015), que positivou diversas situações recorrentes na prática forense nacional em que não se considerarão devidamente fundamentadas as decisões judiciais.

O tema é deveras relevante, já que decisões mal fundamentadas ou despidas de fundamentação podem abrigar arbitrariedades, abusos ou desvios, e facilitam a ocorrência de erros de julgamento, que, embora intrínsecos à falibilidade humana, devem ser evitados ao máximo, eis que, além de configurarem violação aos direitos fundamentais da parte, colocam em xeque a credibilidade institucional do próprio Poder Judiciário, que, por sua vez, é fundamental para a manutenção de um Estado Democrático de Direito (como se autoproclamou o Brasil, em sua Carta Magna de 1988).

Ainda quando não se trate de evitar tais vícios, se o Estado avocou para si o papel de resolver os litígios, retirando do cidadão a autotutela, assumiu junto o dever de prestar uma tutela jurisdicional adequada, isto é, tempestiva, eficaz e conforme o direito. Assim, proferir uma decisão capaz de interferir na esfera jurídica de quem quer que seja, sem dar a esse atingido a oportunidade de conhecer as razões pelas quais o Estado entende necessário/adequado conceder ou negar tal tutela, tampouco parece se coadunar com os ditames de um Estado de Direito.

O CPC/2015, em seu art. 489, § 1º, vem provocando controvérsias, sendo encarado, por parcela dos operadores do direito (inclusive entidades de classe representativas da magistratura) como um embaraço ao exercício da atividade jurisdicional.

regularmente, con escasas variaciones de lenguaje – que la motivación consiste en la expresión de los “motivos” o de las “razones de decidir” o del “*iter* lógico seguido por el juez para llegar a la decisión”, moviéndonos en el restringido campo de la tautología (o en aquél, mucho más amplio, pero no menos estéril, de la indeterminación): expresiones de este tipo, dentro del contexto en el cual normalmente son utilizadas, no expresan alguna noción precisa de “motivo”, de “razón” o de “*iter* lógico”, y por lo tanto, lejos de definir alguna cosa, reenvían al plano de las nociones intuitivas, a partir del erróneo presupuesto de que se trata, por el contrario, de conceptos determinados en el patrimonio del conocimiento común.” (TARUFFO, 2006, p. 6). Tradução livre: Com efeito, por uma rápida revisão das noções comumente utilizadas tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, o conceito de motivação aparece amplamente indeterminado, e frequentemente é tratado, inclusive, como algo que tem um conteúdo “móvel”. Com efeito, cada vez que se tentam definições, estas se limitam a dizer – como ocorre regularmente, com escasas variações de linguagem – que a motivação consiste na expressão dos “motivos”, ou das “razões de decidir”, ou do “*iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão”, movendo-nos no estrito campo da tautologia (ou naquele, muito mais amplo, mas não menos estéril, da indeterminação): expressões deste tipo, dentro do contexto no qual normalmente são utilizadas, não expressam alguma noção precisa de “motivo”, de “razão” ou de “*iter* lógico”, e portanto, longe de definir alguma coisa, reenviam ao plano das noções intuitivas, a partir do errôneo pressuposto de que se trata, pelo contrário, de conceitos determinados no patrimônio do conhecimento comum.

Assim, é preciso avaliar se a exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais, tal como elaborada no art. 489, § 1º, deve ser encarada como um embaraço ao exercício da atividade jurisdicional ou como um *standard* de atuação prática a ser perseguido no dia-a-dia forense.

A falta de ênfase sobre este assunto (fundamentos e relevância da exigência de motivação adequada das decisões judiciais, bem como análises sobre como fundamentar adequadamente uma decisão) na doutrina⁴ e na formação acadêmica dos operadores do direito brasileiro se refletem na prática: existem diversos julgados de tribunais, e inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que mitigam a exigência da fundamentação adequada, ao admitir fundamentações com trechos *implícitos* e fundamentações *per relationem* (isto é, por simples referência a súmulas ou enunciados, sem qualquer demonstração de sua pertinência com o caso concreto). Há, inclusive, julgados prolatados após a entrada em vigor do CPC/2015 que continuam adotando os mesmos entendimentos, como se examinará no presente trabalho, mais adiante.

Ocorre que o CPC/2015, em seu art. 489, *caput* e § 1º, buscou alçar o dever de motivação a um novo patamar, cominando expressamente a sanção de nulidade às decisões que afrontarem conceitos mínimos do que seria uma motivação adequada.

Aparentemente, o art. 489, § 1º do CPC/2015 foi e está sendo alvo de resistência por parcela significativa dos operadores do direito, preocupados com a viabilidade de atendimento aos requisitos ali dispostos, num cenário em que o Poder Judiciário encontra-se assoberbado, como hoje⁵. De fato, o novo dispositivo não deve se

⁴ Escrevendo sobre tema problema similar ao que será abordado na presente dissertação, Rodrigo Ramina de Lucca, afirmou que: “Até muito recentemente, pouco se escrevia no Brasil a respeito da motivação das decisões judiciais. Um ano antes da promulgação da Constituição de 1988, em trabalho que propôs justamente a previsão constitucional expressa do dever de motivação, José Rogério Cruz e Tucci observou: “Verifica-se, entretanto, que diversamente da doutrina alienígena, entre nós, pouca atenção tem-se dado a essa relevantíssima temática”. Alçada à categoria de norma constitucional, a motivação das decisões judiciais continuou a ser pouco tratada, o que foi constatado no ano de 1990 por José Augusto Delgado: “A abordagem do tema referente à obrigatoriedade do Juiz motivar os atos decisórios não tem merecido, entre nós, ao contrário do que acontece na doutrina estrangeira, a devida atenção”. Nas duas décadas seguintes, apesar de publicadas algumas excelentes obras dedicadas ao instituto, o cenário pouco mudou.” (LUCCA, 2015, p. 25)

⁵ De acordo com o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça 2016 (referente ao ano de 2015): “Este universo de processos, que em 2014 era de 100 milhões e em 2015 passou a ser de 102 milhões, representa o montante de casos que o judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos. Não é, de forma alguma, o número de processos em tramitação, pois por este conceito compreende-se o que de fato está pendente no judiciário aguardando solução definitiva. Com isto posto, podemos afirmar que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos

transformar numa ferramenta para dilações indevidas ou numa fonte de exigência para que as decisões judiciais sejam *extensamente* fundamentadas, o que não seria compatível com o volume de trabalho do Judiciário brasileiro.

O fato de o CPC/2015 ter positivado nos incisos do § 1º, do art. 489, a insuficiência de diversos tipos de fundamentação que vinham sendo recorrentemente utilizadas na prática forense exige de todos os operadores do direito uma readequação, de modo que as decisões judiciais passem a ser prolatadas, interpretadas e submetidas a um controle jurisdicional (via recurso) em conformidade com esta exigência e, por outro lado, de modo que não se permitam abusos ou criem entraves formalistas para a prestação jurisdicional.

Visto que o CPC/2015 contém disposição expressa que não considera fundamentadas decisões que se enquadrem nas situações previstas no § 1º do art. 489, e que a mudança pretendida pelo NCPC não se mostra intuitiva, dado que não se coaduna com o estado da arte da prática forense e com o contexto de sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro atuais, torna-se necessário refletir sobre: (I) o amparo constitucional para a disposição legislativa do Novo CPC de não considerar fundamentadas decisões que incorram nos vícios previstos no § 1º, do art. 489 daquele diploma legal (notadamente levando em conta o inciso IX, do art. 93 da Constituição da República Federativa de 1988); e (II) verificar os requisitos para a fundamentação válida e legítima das decisões judiciais, de modo a permitir a operacionalização desta disposição do Novo CPC, sobretudo na aplicação de súmulas e precedentes judiciais (neste caso, levando em conta a teoria do precedente judicial).

(3%) em relação ao ano anterior. Tais resultados são basicamente um reflexo direto da Justiça Estadual, que abarca 80% dos processos pendentes. Destaca-se que, conforme o glossário da Resolução CNJ 76/2009, consideram-se baixados os processos: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) Arquivados definitivamente; d) Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Os casos pendentes, por sua vez, são todos aqueles que nunca receberam movimento de baixa, em cada uma das fases analisadas. Observe que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de declínio de competência ou de devolução dos processos para a instância inferior para aguardar julgamento dos recursos repetitivos ou em repercussão geral. Tais fatores ajudam a entender porque, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (74 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009, conforme demonstra o Gráfico 3.24. O crescimento acumulado deste período foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>.

Em resumo, trata-se de verificar, com base na Constituição e no art. 489, § 1º, do CPC/2015 os requisitos de validade que a fundamentação das decisões judiciais deve conter, inclusive para legitimar a atuação jurisdicional.

O presente trabalho pretende evidenciar que o art. 489 nada mais faz do que estabelecer um conteúdo mínimo para a motivação das decisões judiciais, que, de certa forma, já poderia ser extraído (I) do art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; (II) do paradigma do Estado de Direito; (III) dos conceitos de devido processo legal⁶ e de contraditório substancial; (IV) de diversas declarações internacionais de direitos humanos; (V) da doutrina processualista brasileira que já vinha se manifestando sobre fundamentações *implícitas* ou *per relationem*, e que já vinha ganhando adeptos antes da publicação do CPC/2015.

⁶ Destaca-se que vem sendo proposta por parte da doutrina a substituição da expressão “devido processo legal” pela expressão “processo justo”, de modo a evidenciar a mudança de concepção a respeito das garantias processuais, que deveriam ir além das exigências formais do direito processual positivo, exigindo que o processo seja guiado pelos demais princípios e direitos fundamentais, de modo a incorporar a noção de justiça. A esse respeito, Marcelo Veiga Franco (2016, p. 39): “A construção da ideia do *processo justo* está intimamente relacionada com o movimento de constitucionalização do Direito Processual. A noção do *giusto processo* representa a consolidação de um modelo constitucional de devido processo legal democrático, o qual se mostra capaz de harmonizar a interpretação e a aplicação do conjunto das garantias processuais dispostas no texto constitucional. O processo justo ‘não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio’, mas, sim, aquele ‘que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais’. O processo justo visa a representar uma ‘síntese’ que incorpore as diversas garantias processuais previstas na Constituição. A premissa básica é o respeito à supremacia da Constituição. O processo justo busca suplantar uma visão formal e ‘desgastada’ de devido processo legal, a qual encara o processo como um repositório de formalidades rígidas, ritualismos exacerbados e desprovido de pretensões de transformar a realidade social. Nessa perspectiva, o *giusto processo* traduz um devido processo legal dinâmico e substancial, vale dizer, um modelo de processo cuja estrutura constitucional é pautada na materialização de uma tutela jurisdicional legítima, efetiva, adequada e, sobretudo, *justa*, no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais e ao conjunto das garantias processuais constitucionais. Humberto Theodoro Jr. contextualiza o debate: ‘Na segunda metade do século XX, o direito processual passou por uma significativa evolução, decorrente do ideário dos direitos humanos incrementado pelo Estado Democrático de Direito, emergido do pós Segunda Guerra Mundial. O pleno e efetivo acesso à Justiça granjeou o *status* de *direito fundamental* e em torno dele se deu a passagem do direito ao *devido processo legal* para a garantia constitucional do *processo justo*. Os numerosos princípios do processo, com isso, foram também alçados ao nível de direitos fundamentais, para que, em seu conjunto, se tornasse possível visualizar aquilo que na ordem constitucional se haveria de entender como *processo justo*.’ [...] Com base nessas razões, a terminologia *processo justo* vem se difundindo na medida em que parece adequada aos escopos do Estado Democrático de Direito. Não apenas por parte dos doutrinadores brasileiros, mas também em vários países a expressão é utilizada inclusive no âmbito legislativo: *giusto processo* (Itália), *procés equitable* (França), *faïres Verfahren* (Alemanhada) e *fair trial* (Inglaterra). Na Constituição brasileira, porém, preferiu-se a nomenclatura *devido processo legal*, por influência da Constituição dos Estados Unidos da América – EUA de 1787.” Não obstante a adoção do conceito que fundamenta a proposta de substituição do termo “devido processo legal” pelo termo “processo justo”, no presente trabalho, faremos referência à expressão “devido processo legal”, apenas por ser a terminologia consagrada no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além disso, o presente trabalho pretende evidenciar o papel relevante que o dever de motivação adequada das decisões exerce no processo.

Para tanto, será feita uma breve análise do histórico do dever de motivar na legislação processual brasileira, chegando à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ao recente art. 489, § 1º do CPC/2015.

Na sequência, pretende-se verificar os fundamentos não positivos para a exigência do dever de motivar (sobretudo filosóficos e teóricos), avaliando as funções que a motivação desempenha na função jurisdicional.

Após, serão analisados os elementos da decisão judicial e os requisitos para uma fundamentação adequada, culminando com a análise das consequências da violação a estes requisitos.

Ao final, serão apresentadas as conclusões extraídas da presente pesquisa.

O desenvolvimento da pesquisa ora apresentada se pautou pela linha jurídico-compreensiva que utiliza o procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis (GUSTIN, 2010, p. 28).

Com relação aos dados incorporados à pesquisa, foram utilizados dados primários (legislação e jurisprudência) e secundários (publicações científicas sobre o tema, incluindo obras doutrinárias de variadas espécies).

Por fim, destaca-se que o raciocínio aplicado foi predominantemente o hipotético-dedutivo, caracterizado pela (I) existência de expectativas ou conhecimento prévio; (II) surgimento de conflitos com a expectativas ou teorias já existentes; (III) proposta de soluções a partir de conjecturas; e (IV) teste de falseamento (GUSTIN, 2010, p. 23).

2. A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 93, inciso IX, já com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dispõe que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nenhuma das Constituições brasileiras que a antecederam continha preceito similar (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).

A disposição contida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República é reconhecida como o fundamento constitucional para o princípio da fundamentação das decisões judiciais, integrante do atual modelo constitucional de processo. Nas palavras de Alexandre Câmara:

A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: *fundamentar é justificar*. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a *decisão correta* para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancialmente. Afinal, se os direitos processuais fundamentais (como o direito ao contraditório ou o direito à isonomia) têm de ser compreendidos em sua dimensão substancial – e não em uma dimensão meramente formal –, o mesmo deve se aplicar ao *direito fundamental a uma decisão fundamentada*.

O que se pretende dizer com isso é que não terá sido observado o princípio constitucional da fundamentação das decisões se o pronunciamento judicial contiver uma fundamentação meramente formal, que é a rigor um simulacro de fundamentação, ou seja, uma fundamentação fictícia. (CÂMARA, 2015, p. 274-275)

Ainda que não houvesse previsão legal expressa para a necessidade de fundamentação de toda decisão judicial, esta necessidade poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao contraditório e ao devido processo legal, servindo como uma espécie de proteção contra o arbítrio, a parcialidade e erros de julgamento, além de dar a conhecer às partes atingidas pela decisão judicial as razões pelas quais o Estado-Juiz entendeu necessário/adequado entregar uma determinada tutela jurisdicional, praticando, ou deixando de praticar, uma determinada intervenção em suas esferas jurídicas.

É que a cláusula do devido processo legal consagra, via reflexa, uma série de direitos fundamentais ao indivíduo que for parte num processo (seja ele judicial ou administrativo).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 99.289, já reconheceu alguns destes direitos decorrentes do devido processo legal, sendo pertinente transcrever:

A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO.⁷

Já no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268-0, que se tornou um precedente para a edição da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, o

⁷ HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529.

plenário daquela Corte precisou se debruçar sobre a extensão dos direitos ao contraditório e à ampla defesa após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No caso, a autoridade impetrada (Ministro do Tribunal de Contas da União) defendia a legalidade do ato questionado com base na jurisprudência anterior do STF, que dispensava a formação do contraditório quando da revisão de aposentadorias em virtude de vícios de índole exclusivamente jurídica.

Divergindo da Relatora Min. Ellen Gracie, o Min. Gilmar Mendes apresentou voto, seguido pela maioria dos membros do tribunal, no qual constou o seguinte:

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) o direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berucksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlin, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Durig/Assmann, in: Maunz-Durig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berucksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Durig/Assmann, in: Maunz-Durig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. Durig/Assmann, in: Maunz-Durig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 97).⁸

E, justamente por integrar os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa (que, de acordo com o alcance examinado no julgado citado acima, incluem o direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador), é que a exigência de

⁸ MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

fundamentação das decisões judiciais está presente em diversas Cartas de Direitos Humanos.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, consta o seguinte:

Artigo X

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, contém a seguinte disposição:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A propósito da interpretação conferida ao artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Aritz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela* (no qual se discutia o descumprimento do dever de motivar em uma decisão judicial venezuelana restritiva de direitos, consistente na exoneração de juízes por um suposto erro judicial inescusável), extraiu deste dispositivo entendimento sobre a obrigatoriedade do dever de motivação das decisões judiciais:

5. Deber de motivación

77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

[...] la Corte estima que la CFRSJ debía responder autónomamente, y no por remisión a la decisión de la SPA, al menos los principales alegatos de los magistrados [...]. Respecto a este último alegato, la Corte considera que la motivación debía operar como una garantía que permitiera distinguir entre una “diferencia razonable de interpretaciones jurídicas” y un “error judicial inexcusable” que compromete la idoneidad del juez para ejercer su función, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por instancias de revisión.⁹

O contraditório, modernamente, tem sido compreendido em duas acepções: formal e substancial. O viés formal do contraditório seria a bilateralidade de audiência, originada da tradicional expressão “paridade de armas” entre as partes. O viés substancial compreenderia também o direito de ver seus argumentos considerados, séria e detidamente, pelo órgão julgador.

Nesta acepção, o dever de motivação adequada das decisões judiciais passa a decorrer diretamente do direito fundamental ao contraditório, o que estaria a indicar que as medidas adotadas pelo legislador ao positivar requisitos para o que se não se considera uma decisão devidamente fundamentada caminha no sentido da concretização de direitos fundamentais processuais.

⁹ Tradução livre: 5. Dever de motivação. 77. A Corte observou que a motivação “é a exteriorização da justificação fundamentada que permite chegar a uma conclusão”. O dever de motivar as resoluções é uma garantia vinculada à correta administração de justiça, que protege o direito dos cidadãos a ser julgados pelas razões que o Direito fornece, e outorga credibilidade às decisões jurídicas no marco de uma sociedade democrática. 78. O Tribunal ressaltou que as decisões que os órgãos internos adotem e que possam afetar direitos humanos devem estar debidamente fundamentadas, pois do contrário seriam decisões arbitrárias. Nesse sentido, a argumentação de uma decisão deve mostrar que foram devidamente levadas em conta as alegações das partes e que o conjunto de provas foi analisado. Além disso, a motivação demonstra às partes que estas foram ouvidas e, naqueles casos em que as decisões são recorribles, proporciona a elas a possibilidade de criticar a resolução e obter um novo exame da questão perante as instâncias superiores. Por tudo isso, o dever de motivação é uma das “debidas garantías” incluídas no artigo 8.1 para salvaguardar o direito a um devido processo. [...] A Corte considera que a CFRSJ devia responder autonomamente, e não por remissão à decisão da SPA, ao menos às principais alegações dos magistrados [...]. A respeito desta última alegação, a Corte considera que a motivação devia operar como uma garantia que permitisse distinguir entre uma “diferença razoável de interpretações jurídicas” e um “erro judicial inexcusável” que compromete a idoneidade do juiz para exercer sua função, de tal forma que não se sancione aos juízes por adotar posições jurídicas debidamente fundamentadas ainda que divergentes frente a aquelas sustentadas por instâncias de revisão.

2.2. BREVE HISTÓRICO DO DEVER MOTIVAR NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Barbosa Moreira (1980, p. 83-95), comentando alguns dados históricos e de direito comparado sobre a exigência da fundamentação das decisões judiciais, leciona que a história do direito registra precedentes antigos acerca do costume ou necessidade de se motivar as decisões judiciais. Destaca, contudo, que apenas a partir da segunda metade do século XVIII é que as legislações ocidentais teriam passado a estabelecer, de forma generalizada, a exigência destinada aos juízes de que evidenciassem em suas manifestações decisórias as razões em que se baseavam.

A Revolução Francesa teria consagrado tal exigência, primeiro no art. 15, Tít. V, da Lei de Organização Judiciária de 1790, e depois no art. 208 da Constituição do ano III, e, “na mesma época adotou-a na Prússia a *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793, ao passo que na península itálica a inovação se vira introduzida por anteriores reformas, em Nápoles (1774) e no Principado de Trento (1788)” (MOREIRA, 1980, p. 83-95).

Ainda de acordo com Barbosa Moreira:

A obrigatoriedade da motivação constituiria traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX. Em França, reafirmava-a o art. 141 do *Code de procédure civile* de 1807, corroborado o preceito pela Lei de Organização Judiciária de 1810, que cominou a sanção de nulidade para os *arrêts* desprovidos de motivação. Acolheram também o princípio o *Codice di procedura civile* de 1865 (art. 436), a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 1881 (art. 372), e as duas famosas Ordenações germânicas, a alemã, de 1877 (§ 284, hoje 313) e a austríaca, de 1895 (§ 414). À mesma orientação vêm-se mantendo fiéis os legisladores processuais civis na atual centúria: para apenas recordarmos vejamos-se o novo estatuto italiano de 1940 (art. 132), o português de 1967 (art. 659), o belga de 1967 (art. 780), o argentino de 1970 (arts. 34, 161, 163), o francês de 1975 (art. 455).

Referido autor identifica uma tendência de se conferir dignidade constitucional ao dever de motivar as decisões judiciais, vislumbrando nesta tendência mais do que um simples objetivo de se perenizar a exigência, mas também a intenção de se reconhecer a uma valoração adequada do enquadramento desta garantia em Estados de Direito:

Dado relevante é a atribuição de dignidade constitucional, em mais de um país, ao dever, imposto aos juízes, de motivar as decisões. O fenômeno não esgota sua significação no acréscimo de estabilidade que assim se imprime à

norma, colocada ao abrigo das vicissitudes legislativas em nível ordinário; sugere, ademais, visualização diversa da matéria, pela adequada valoração de seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. O exemplo mais conhecido é o da Itália, onde o art. 111 da Constituição de 1948 reza na 1.^a alínea: “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”; podem citar-se ainda a Constituição belga de 1831 (art. 97), as Constituições gregas de 1952 (art. 93) e de 1968 (art. 117) e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru.

Importa, aliás, registrar a ponderável tendência que se manifesta, mesmo onde não existe regra constitucional expressa, a procurar na sistemática da Lei Maior um suporte para o preceito da motivação obrigatória. Assim é que, na República Federal da Alemanha, doutrina autorizada enxerga na obrigatoriedade da fundamentação reflexo direto de princípios constitucionais, notadamente da garantia do *rechtlisches Gehor* (direito de ser ouvido em Juízo) e da subordinação do juiz à lei, consagrada aquela no art. 103, 1.^a alínea, esta no art. 20, 3.^a alínea, da *Grundgesetz*. (MOREIRA, 1980, p. 83-84)

Na sequência, passa a tratar do dever de motivar na tradição luso-brasileira, remontando às Ordenações Filipinas.

4. A obrigatoriedade da motivação tem fundas raízes na tradição luso-brasileira. No Código Filipino, assim estatua a Ordenação do Livro III, Título LXVI, § 7, *principio*:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou a revogar. (Ordenações Filipinas, Livro III, título LXVI, n. 7.)

Acrescente-se que ficava sujeito ao pagamento de multa, em benefício da parte, o juiz que infringisse tal preceito. Não obstante, infrações ocorreram; e, já nos primeiros tempos de nossa independência, uma portaria de 31 de março de 1824 vinha lembrar aos juizes recalcitrantes o dever a que estavam sujeitos.

O mesmo princípio inspirou o art. 232 do Regulamento n.º 737, de 1850, *verbis*: “A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda”. Sob redação idêntica passaria a regra ao antigo Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (art. 499), e com ligeiras alterações ao do Distrito Federal (art. 273, *caput*), onde já anteriormente a acolhera o Decreto n.º 9.263, de 28 de setembro de 1911, que regulamentou a Justiça local (art. 259). Em igual sentido dispuseram, entre tantos outros, o Código baiano (art. 308), o mineiro (art. 382), o paulista (art. 333), o pernambucano (art. 388). Não se afastou da linha o Código nacional de 1939, conforme ressaltava dos arts. 118, parágrafo único, e 280, n.º II, aquele a determinar que o juiz indicasse “os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”, este a exigir que a sentença contivesse “os fundamentos de fato e de direito” (MOREIRA, 1980, p. 85).

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 280, inciso II, dispunha simplesmente que a sentença deveria conter os “fundamentos de fato e de direito”, sem se deter no que consistiriam referidos fundamentos, ou na exemplificação de situações em que tal exigência não restaria atendida¹⁰.

O predecessor do CPC/2015, qual seja, o Código de Processo Civil de 1973, doravante simplesmente CPC/1973, continha disposições esparsas que abordavam um pouco mais a fundamentação das decisões judiciais, embora ainda bastante genéricas¹¹.

Não havia disciplina legal mais minudente sobre a fundamentação das decisões judiciais. A partir destes dispositivos, ficava a cargo da doutrina e da jurisprudência erigirem os requisitos para a fundamentação válida e adequada das referidas decisões.

À míngua de tratamento mais pormenorizado na legislação, processualistas respeitadas, como Barbosa Moreira (este, reportando-se à doutrina alemã), defendiam que a exigência da fundamentação adequada seria uma *garantia* inerente ao Estado de Direito (MOREIRA, 1980, p. 91), conforme tratado em tópico anterior deste trabalho.

Tendo em vista a profundidade e variedade de controvérsias surgidas, o CPC/2015 tratou de forma mais detalhada a questão, estabelecendo, no § 1º do art. 489, um rol de situações em que não se consideram fundamentadas as decisões judiciais, cominando a sanção de nulidade às decisões que se enquadrem naquelas hipóteses.

Antes de partir para a análise do novo dispositivo legal, contudo, é preciso verificar o estado da arte sobre o dever de motivar na jurisprudência brasileira que prevalecia até a edição dispositivo em questão.

2.3. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DEVER DE MOTIVAR ATÉ A EDIÇÃO DO CPC/2015

¹⁰ Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.

¹¹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como 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, que as partes lhe submeterem.

Visto qual era o tratamento positivo reservado ao dever de motivação das decisões judiciais, importa verificar como os tribunais brasileiros se posicionavam sobre a temática.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, já prolataram acórdãos em que consideraram válidas fundamentações de decisões judiciais que se limitavam à invocação de súmulas, com simples enunciação do seu conteúdo (consequentemente sem qualquer análise sobre a aplicabilidade do enunciado a determinado caso concreto, ou comparação entre os elementos fáticos que permeiam o caso paradigma e o caso em julgamento):

1. Motivação dos julgados (CF., art. 93, IX): validade da decisão que se cinge à invocação da Súmula 157, do STJ, com enunciação do seu teor: inexistência de violação à exigência constitucional. 2. Recurso extraordinário: fundamentação deficiente: necessidade de que a sua interposição enuncie e discuta os fundamentos da decisão recorrida. Se a decisão recorrida se limita, à guisa de motivação, à invocação de Súmula da jurisprudência do próprio ou de outro Tribunal, é necessário que o RE se dirija contra a fundamentação dos precedentes em que se alicerça o enunciado e junte cópia deles, ou pelo menos – se se cuida de tribunal de jurisdição nacional e a exemplo do que se exigia ao tempo do RE por dissídio de julgados (Súmula 291) – que indique o repertório de jurisprudência autorizado que os tenha publicado; **é que os fundamentos dos precedentes incluídos na referência da Súmula aplicada se consideram acolhidos, como razão de decidir, pela decisão recorrida.** (BRASIL, STF, 1ª T., AG n. 241.844-7/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18/09/2001, publicado no DJ de 19/10/2001.) (negritos nossos)

Processo Civil. Acórdão. Motivação. **O acórdão que se reporta a súmula do Supremo Tribunal Federal está motivado nos termos dos artigos 165 e 458 do Código De Processo Civil.** Agravo Regimental improvido.¹² (negritos nossos)

É curioso observar que nos julgados acima citados o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entenderam que a menção à súmula faria com que os fundamentos de seus precedentes se considerassem acolhidos *implicitamente* na motivação da decisão judicial que remete à súmula.

No primeiro dos dois julgados mencionados acima, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considerou implícito que, “se a decisão recorrida se limita, à guisa de motivação, à invocação de Súmula da jurisprudência do

¹² BRASIL, STJ, 2ª T., AgRg no Ag 105409/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 27/06/1996, publicado no DJ de 26/08/1996, p. 29679.

próprio ou de outro Tribunal, é necessário que o RE se dirija contra a fundamentação dos precedentes em que se alicerça o enunciado [...]”.

Referido entendimento pautou-se no argumento de que “os fundamentos dos precedentes incluídos na referência da Súmula aplicada se consideram acolhidos, como razão de decidir, pela decisão recorrida”.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reiterou entendimento no sentido de admitir a fundamentação *per relationem*:

1. Há que ser afastada a alegada violação ao art. 535, II, do CPC, na medida em que a Corte de origem analisou, de forma objetiva e fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta no presente feito, não se havendo falar em omissão.
2. A matéria pertinente à ocorrência de julgamento extra petita não foi apreciada pela instância judicante de origem, tampouco suscitada nos embargos declaratórios opostos perante a Corte local. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.
3. **Segundo jurisprudência consolidada desta Corte, não importa nulidade do acórdão a utilização, pelo julgador, de fundamentação per relationem.**¹³ (negritos nossos)

Do voto condutor deste acórdão, de relatoria do Min. Sérgio Kukina, depreende-se:

O recorrente defende, ainda, que o acórdão recorrido carece de fundamentação, pois limitou-se em adotar manifestação do Parquet nos embargos de divergência. Entretanto, a insurgência não merece provimento, pois **a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a utilização de fundamentação per relationem está embasada no princípio da economia processual e não importa nulidade do acórdão. A título de exemplo, destacam-se os seguintes precedentes: EDcl no REsp 1269355/PR , Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/9/2012; REsp 1263045/PR , Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; e AgRg no AgRg no AREsp 17.227/ES , Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/2/2012.** (negritos nossos)

Referidos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça influenciavam decisões de outros tribunais.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, várias vezes fez remissão às decisões acima citadas, como, por exemplo, no acórdão prolatado pela Oitava Turma daquele tribunal, no agravo de instrumento em recurso de revista nº 0000535-84.2011.5.02.0252, julgado em 03/04/2014:

¹³ AgRg no REsp 1220823/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013.

Observo, ainda, a seguinte orientação: "(...) Decisão que invoca súmula está fundamentada, 'pois basta o interessado examinar os arestos em que esta se estriba para saber quais os fundamentos do enunciado da súmula' (STF-RT 735/204; no mesmo sentido: STJ-2ª T. AI 105.409-AgRg, Min. Ari Pargendler, j. 27.6.96, DJU 26.8.96). Isso vale ainda que se trate de súmula do extinto Tribunal Federal de Recusos (STJ-2ª T., AI 619.738-AgRg, Min. Franciulli Netto, j. 15.3.05, DJU 30.5.05). (...) "(in tópico da nota"12" ao art. 458, do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli, com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca, p. 515, 43ª edição, 2011, Ed. Saraiva)".¹⁴

Noutro ponto de aparente divergência em relação ao que foi positivado no inciso IV, do § 1º do art. 489, o Supremo Tribunal Federal vinha adotando o entendimento de que:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. **VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA.** CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. Tal como constatou a decisão agravada, a questão alegada no recurso extraordinário não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. **Quanto à alegação de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões.** De qualquer forma, a resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário (Súmula 279/STF). Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 777357 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12-11-2013 PUBLIC 13-11-2013) (negritos nossos)

O relator do acórdão, o Min. Roberto Barroso, reportou-se ao acórdão prolatado pelo STF em questão de ordem suscitada no julgamento do agravo de instrumento nº 791.292¹⁵, por sua vez relatada pelo Min. Gilmar Mendes, a que foi dada repercussão geral, e que tem o seguinte conteúdo:

¹⁴ BRASIL, TST, 8ª T., AIRR-0000535-84.2011.5.02.0252, Relator Des. Convocado João Pedro Silvestrin, j. em 03/04/2014, publicado no DJ de 07/04/2014.

¹⁵ “Ademais, quanto à alegação de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição, o Plenário deste Tribunal já firmou o entendimento de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões. Nesse sentido, reconhecendo a repercussão geral da matéria, confira-se a ementa do AI 791.292-QO-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes: ‘Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da

Antiga é a jurisprudência desta Corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Nesse sentido, há reiterados julgados do Tribunal Pleno, entre os quais o MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 5.9.2008; e o RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006. [...]

No mesmo sentido, o RE 140.370, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence *DJ* de 21.5.1993; o AI-AgR 242. 237, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, *DJ* de 22.9.2000; o AI-AgR 764.981, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* divulgado em 6.5.2010; o AI-AgR 637.301, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, *DJe* divulgado em 28.10.2009; o AI-AgR 529.105, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* divulgado em 6.5.2010; e o AI-AgR 594.628, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* divulgado em 27.3.2008; RE-AgR 327.143 Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, *DJ* de 23.8.2002.

E ainda, monocraticamente, o 601.207, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* divulgado em 21.5.2010; o AI 697.581, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* divulgado em 21.5.2010; AI 764.718, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* divulgado em 27.4.2010; AI 580.429, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 9.5.2006; AI 679.321, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* divulgado em 14.4.2010.

[...]

Assim, a presente questão de ordem visa a reafirmar a jurisprudência pacificada neste Tribunal segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

O acórdão recorrido está de acordo com essa orientação, uma vez que foram explicitadas razões suficientes para o convencimento do julgador, que endossou os fundamentos do despacho de inadmissibilidade do recurso de revista, integrando-os ao julgamento do agravo de instrumento. Desse modo, reputo inexistente a alegada falta de fundamentação.

Adotando entendimento similar, o Superior Tribunal de Justiça vinha se posicionando no sentido de que “[...] não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução” (BRASIL, STJ, 1ª Seção, REsp 1343065/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 28/11/2012, publicado no *DJe* de 04/12/2012).

Tais julgados ilustram o entendimento consolidado destes tribunais, no sentido de que a fundamentação das decisões judiciais não precisa enfrentar, um a um, todos os

argumentos trazidos pela parte, *desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

A respeito do entendimento jurisprudencial analisado acima, cita-se trecho de obra doutrinária publicada em 1997, portanto, muito antes da edição do CPC/2015:

Falamos, de passagem, que a Constituição Federal comina de nulidade a decisão imotivada. Realmente, é pacífico o entendimento de que a falta de motivação nulifica a sentença. Lembra Arruda Alvim, no entanto, que a jurisprudência tem sido rígida no tocante à existência da motivação, **mas tem tolerado eventuais deficiências dela.** Com efeito, diz que não se anula sentença que seja inteligível, ou seja, na medida em que a questão se apresente clara e não enseje maiores discussões. [...] José Rogério Cruz e Tucci também afirma que “não há necessidade de o magistrado examinar analiticamente argumento por argumento deduzidos pelos litigantes”. **Ressalta este último doutrinador, contudo, que nossos tribunais têm sido por demais complacentes em certas situações. Assim, são práticas que deixam a desejar a adoção de razões expendidas por um dos integrantes do processo, a rejeição *implícita* de preliminar ou o silêncio da sentença quanto à reconvenção.** (SANTOS, 1997, p. 68-69) (negritos nossos)

No próximo capítulo, pretende-se analisar a compatibilidade desta interpretação com o contexto em que está inserido o art. 489, § 1º do CPC/2015.

2.4. O ART. 489 DO CPC/2015

Recentemente, o art. 489, § 1º do CPC/2015 veio a dispor o seguinte sobre as decisões judiciais:

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;

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:

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.

Considerando a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de dispensar o enfrentamento de todos os argumentos relevantes trazidos pelas partes e de admitir a fundamentação *per relationem* (que permitiria, portanto, a simples remissão a dispositivos legais, súmulas ou julgados paradigma), examinada no capítulo anterior, as disposições contidas no § 1º do CPC/2015 (sobretudo as previstas nos incisos IV, V e VI) são disposições contrafáticas, isto é, que visam a induzir mudanças na prática judiciária.

O art. 489, § 1º, enfrentou forte resistência desde a aprovação do CPC/2015 no Congresso Nacional, a ponto de chegarem a ser dirigidos à Presidência da República pedidos de veto deste dispositivo pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) (VASCONCELLOS, 2016).

Tais manifestações espelham, em síntese, a preocupação com que este dispositivo venha a ser utilizado como uma ferramenta para dilações indevidas ou como fonte de exigência para que as decisões judiciais sejam *extensamente* fundamentadas, o que não seria compatível com o volume de trabalho do Judiciário brasileiro.

A resistência inicialmente oferecida por entidades de classe representativas da magistratura e por parte dos operadores do direito quanto ao § 1º do art. 489 do CPC/2015 pode se relacionar à incerteza causada pela ausência de parâmetros claros de *como* fundamentar decisões judiciais, já que a lei e as primeiras manifestações doutrinárias limitam-se a dizer *como não fundamentar* (orientação *a contrario sensu*).

Como leciona Michele Taruffo:

Adicionalmente a lo anterior, debe hacerse notar que de esta manera el concepto de motivación termina por ser una especie de recipiente vacío, en el cual se coloca, de manera cómoda, todo aquello que se pretende excluir del ámbito de la decisión. Por otra parte, todo ello no debe causar estupor, ya que se trata de la consecuencia normal de la utilización de nociones indefinidas o que se definen solamente por exclusión, de manera puramente negativa. En atención a los fines perseguidos en la exposición que se hace en estas páginas, es necesario observar, además, la utilización de nociones de este tipo, si bien puede ser útil para otros efectos, es en todo caso, de manera cierta, el modo más seguro para cerrar las puertas a la posibilidad de individualizar el significado efectivo de los fenómenos que se estudian. (TARUFFO-A, 2006, p. 7)¹⁶

Assim, determinadas linhas de interpretação do novo dispositivo legal provocariam o risco de permitir sua utilização como uma ferramenta para dilações indevidas ou como fonte de exigência para que as decisões judiciais sejam *extensamente* fundamentadas, o que não seria compatível com o volume de trabalho do Judiciário brasileiro.

Por outro lado, diversos representantes da advocacia brasileira – e inclusive, por meio de publicações oficiais da entidade de classe da advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil – vem defendendo o entendimento de que o art. 489, sobretudo § 1º, do CPC/2015 foi uma conquista *da advocacia*.

A título de exemplo, cita-se trecho de artigo publicado na obra “As conquistas da advocacia no Novo CPC”: “Por tudo o que foi dito, o novo Código de Processo Civil

¹⁶ Tradução livre: Adicionalmente ao que se disse acima, deve se fazer notar que desta maneira, o conceito de motivação termina por ser uma espécie de recipiente vazio, no qual se coloca de maneira cômoda, tudo aquilo que se pretende excluir do âmbito da decisão. Por outra parte, tudo isso não deve causar surpresa, já que se trata de consequência normal da utilização de noções indefinidas ou que se definem somente por exclusão, de maneira puramente negativa. Em atenção aos fins perseguidos na exposição que se faz nestas páginas, é necessário observar, ademais, que a utilização de noções deste tipo, embora possa ser útil para outros efeitos, é, em todo caso, certamente o modo mais seguro para fechar as

proporciona conquistas importantíssimas para a advocacia brasileira.” (SOUZA NETO, 2015, p. 72). Na rede mundial de computadores, abundam opiniões semelhantes¹⁷.

Com o devido respeito às entidades representativas das classes da magistratura e da advocacia (que desempenham papel extremamente relevante para o desenvolvimento das respectivas atividades e para a administração da justiça no Brasil), independentemente da autoria da iniciativa de inclusão do referido dispositivo no código em tramitação, não se entende adequado polarizar opiniões em torno do art. 489 do Novo CPC e seus parágrafos com base em posicionamentos de classe, e nem se apropriar de determinada disposição legislativa.

O avanço contrafático pretendido por referido dispositivo é suficientemente desafiador para conclamar os operadores do direito a unirem esforços para a adequada compreensão e adaptação ao *standard* legal imposto para a fundamentação de decisões, e a polarização em torno deste dispositivo de acordo com conveniências profissionais não contribui para tanto.

2.4.1. PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

As primeiras manifestações doutrinárias sobre o art. 489, § 1º do CPC/2015 dividem-se quanto ao alcance, interpretação e utilidade do artigo.

Não raro, existem fortes críticas ao dispositivo, no sentido de vislumbrar nele uma exigência descabida para o estágio atual de sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário e como ferramenta para dilações indevidas pelas partes. Nas críticas, pode-se perceber uma forte preocupação com a viabilidade do funcionamento dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista a elevada carga de trabalho hoje existente nos tribunais.

¹⁷ A título de exemplo, cita-se: “A essência dessa presumida incompatibilidade de forma geral é afirmar que fundamentar conforme o art. 489 e parágrafos do NCPC, é contrário aos princípios da simplicidade que orienta o sistema dos juizados. Com devida vênia, discordamos veementemente desse posicionamento absurdo, já que esta é com certeza umas das mais importantes inovações trazidas pelo npc. Quem milita na advocacia sabe a dificuldade que os advogados e jurisdicionados passam pelos mandos e desmandos nos juizados, sendo comum o magistrado se esquivar de pontos que não consegue rebater, os omitindo e depois se valendo da máxima que “o judiciário não é órgão consultivo” quando questionados via embargos de declaração.” (MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *A aplicação integral do art. 489, § 1º do npc (do dever de fundamentação das decisões) no sistema dos juizados especiais cíveis*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/16,mi233640,81042-a+aplicacao+integral+do+art+489+1+do+npc+do+dever+de+fundamentacao>). Acesso em 05/01/2017.

Estas críticas mais acirradas, na verdade, se dirigem a um determinado tipo de interpretação possível do dispositivo (que pretenda extrair do dispositivo uma exigência para que o juiz tenha que adotar uma fundamentação exaustiva, enfrentando cada argumento suscitado pelas partes), que podem ser bastante mitigadas ao se adotar uma leitura dotada de razoabilidade e comedimento.

Decorrencia lógica das considerações feitas por esta corrente, seria negar a aplicabilidade do art. 489, § 1º do CPC/2015 ao procedimento sumaríssimo, dos Juizados Especiais. É o que argumenta Eduardo Perez Oliveira:

No caso específico da sentença, o novo CPC traz em seu art. 489 uma série minudente de requisitos que seriam essenciais a este pronunciamento judicial, o que torna a sua aplicação incompatível com o rito sumaríssimo dos Juizados.

[...]

No tocante à sentença, a Lei n.º 9.099/1995 não possui lacuna a ser suprida, porquanto trouxe expressa previsão sobre quais seriam os seus requisitos:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Ora, o dispositivo é claro: além de dispensar expressamente o relatório, entende que o único requisito da sentença é a menção aos elementos de convicção do juiz, o que está em plena consonância com os princípios delineados no art. 2º da norma em voga.

Nesse caso, a lei especial, geradora de um microssistema, não pode ser alterada por norma genérica, ainda que posterior, notadamente porque, além de haver previsão expressa, a alternativa é incompatível com os fundamentos em que o rito se baseia.

Diferente seria se as alterações legislativas da norma geral trouxessem maior celeridade e informalidade ao feito, tornando obsoletas as normas antigas da lei especial. Em tal hipótese as normas posteriores ingressariam por compatibilidade com os princípios da Lei n.º 9.099/1995.

Como visto, a situação em análise se resolve com uma simplicidade franciscana! As regras do novo CPC sobre substancialidade na fundamentação, tais quais as do atual CPC, não se aplicam ao rito sumaríssimo, porque as sentenças proferidas em sede de Juizado Especial Cível possuem requisitos próprios: (i) dispensa do relatório, (ii) fundamentação limitada à síntese dos fatos ocorridos e elementos de convicção do magistrado, (iii) dispositivo.

Ora, mas a fundamentação nesse caso não se submete a um exaustivo rol de regras, mas à liberdade do Magistrado decidir em conformidade com o ordenamento jurídico.

Trata-se de uma opção legislativa plenamente compatível com os princípios de simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade do microssistema, sem prejuízo ao art. 93, IX da Constituição Federal, haja vista que as decisões são fundamentadas, ainda que sinteticamente.

[...]

Os Juizados Especiais Cíveis, hoje assoberbados de feitos pela demanda reprimida de anos e pela efetivação da cidadania, possui um desiderato claro que determina toda e qualquer interpretação de suas normas: sem sacrificar direitos fundamentais, aplica o processo como meio para um fim específico, o de entregar a prestação jurisdicional de forma célere e eficaz, e é essencial que continue assim.

4. CONCLUSÃO

Diante de tais argumentos, conclui-se que, por incompatibilidade sistêmica, não se aplica aos Juizados Especiais a regra do art. 489, § 1º, do NCPC, como hoje não se aplica a previsão da norma em vigor, estando, portando, equivocado o enunciado n.º 309 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais). (OLIVEIRA, 2015, p. 102-103)

Adotando entendimento em idêntico sentido, a ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) divulgou o enunciado n.º 47, aprovado por cerca de 500 magistrados durante o seminário *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado no período de 26 a 28 de agosto de 2015, com o seguinte teor: “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”.

Anote-se que o entendimento acolhido neste enunciado diverge substancialmente do entendimento adotado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, no sentido de que “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”, não havendo qualquer sinal de constrangimento epistemológico decorrente da referida discrepância e da incompatibilidade entre este entendimento e o direito constitucional à fundamentação adequada.

Há outra corrente que se posiciona de forma mais favorável ao dispositivo. Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, em obra conjunta, ilustram esta linha de entendimentos fundamentar *adequadamente* uma decisão não é fundamentá-la *extensamente*:

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores. (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 302)

Daniel GIOTTI (2015, p. 374-386) vislumbra no dispositivo em questão um instrumento de concretização da democratização e constitucionalização do processo:

Nesse sentido, por mais que já houvesse material constitucional para democratizar e constitucionalizar o processo, o art. 489, CPC, inaugura, entre outros, dois deveres substanciais para o magistrado: fundamentar bem sua decisão em torno a fatos e a direito, para isso indicando os motivos pelos quais aceitou alguns enunciados sobre fatos e também qual norma ou normas se aplicam ao caso; e, ainda, analisar todos os argumentos substanciais que possam infirmar sua decisão. (GIOTTI, 2015, p. 385)

Beclaute Oliveira SILVA (2015, p. 365-366) também reconhece no art. 489, § 1º do CPC/2015 uma disposição de valor relevante:

O legislador lançou uma lista de situações em que, segundo indica, haverá inexistência de fundamentação, logo deverá ser anulada. O termo “não” ingressa com uma função concretizadora interessante, já que retira do espectro da fundamentação decisões antes reputadas, no caso concreto, fundamentadas.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que a fundamentação, por se dar no plano concreto, como já visto, não pode ser demarcada totalmente no plano abstrato. Abstratamente só é possível, para o caso, indicar algumas pistas, mas não estabelecer, *a priori*, o que é uma decisão fundamentada. Delimitar o conceito de decisão fundamentada implicaria tolher a garantia constitucional, o que seria vedado, no caso, já que a aludida regra constitucional não se mostra de eficácia contida ou restringível – aquelas normas em que o texto constitucional autoriza o legislador ordinário a conter sua eficácia.

Por essa razão, andou bem o legislador ao indicar situações que implicariam não fundamentação. Ele não limita o conteúdo semântico da fundamentação, mas aponta para aquilo que não seria, para o legislador pátrio, uma decisão não fundamentada. Mais. Toma por critério uma regra de interpretação constitucional importante, já que, como relatado, materializa e potencializa ao máximo o preceito constitucional. Não deixa de ser uma delimitação semântica. Porém a delimitação tem por função conferir maior efetividade. (SILVA, 2015, p. 365-366)

Fábio Luís Pereira de Souza faz comentários elogiosos ao dispositivo, embora reconhecendo que o novo nível de exigência para a fundamentação das decisões judiciais possa impactar de forma negativa a duração razoável dos processos, ante o aumento de trabalho que a exigência deverá significar para o julgador:

Por todo o exposto, conclui-se que as mudanças pretendidas pelo Novo Código de Processo Civil são positivas.

Pela primeira vez na história do Brasil há uma busca baseada em critérios objetivos para nortear o aplicador do direito sobre o que deve ser compreendido por uma decisão devidamente fundamentada. E isto, por si só, é louvável.

[...]

Não se está a afirmar, em absoluto, que as mudanças pretendidas configuram um milagre que irá sanar todas as questões tormentosas que envolvem o tema, sobretudo porque as novas normas sobrecarregarão os magistrados, porquanto terão trabalho redobrado.

Por isso, além de aumento do efetivo de julgadores e servidores da Justiça, deverá, deverá também haver altos investimentos em estrutura, o que sabidamente não ocorre de um dia para o outro, senão com o decorrer de anos de insistência e planejamento. Sabe-se, portanto, que haverá um período inicial nebuloso, de incertezas.

Não se nega, também, que talvez o legislador pudesse ter sido mais ousado em determinadas matérias, e em outras talvez mais cauteloso. Todavia, no balanço geral, as mudanças são positivas e, acredita-se, trarão grande benefício a toda a comunidade jurídica. (SOUZA, 2015, p. 404)

Ainda, de acordo com Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (ATAÍDE JR., 2015, p. 456), “recebe-se com entusiasmo as inovações trazidas pelo art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, que tem tudo para pôr a categoria jurídica da incidência no centro do discurso judicial e, assim, proporcionar o atendimento ao dever de fundamentação adequada, próprio do modelo constitucional do processo”. Prossegue o autor, argumentando que:

O art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, ao estabelecer parâmetros para se considerar uma decisão (des)motivada, findará por inibir o solipsismo, o subjetivismo, o “panpricipiologismo”, pois o julgador estará mais fortemente constringido a considerar as disposições constitucionais, legais e os precedentes, tendo que se desincumbir de um qualificado ônus argumentativo para não aplicá-los, quando invocados pelas partes. (ATAÍDE JR., 2015, p. 457)

De acordo com Alexandre Câmara (CÂMARA, 2015, p. 276), o § 1º do art. 489 estabelece um *conteúdo mínimo* para a fundamentação das decisões judiciais, que corresponderia a uma espécie de espelho em relação ao conteúdo do art. 319 (que contém os requisitos da petição inicial).

Na jurisprudência, mesmo após a entrada em vigor do CPC/2015, ainda não é possível constatar mudanças significativas quanto à fundamentação das decisões judiciais.

Em pesquisa jurisprudencial realizada pelas ferramentas de pesquisa disponibilizadas pelo STF e pelo STJ em seus respectivos *sites* oficiais, os resultados ainda não evidenciam análises aprofundadas sobre a relação entre o art. 489, § 1º, do CPC/2015 e o entendimento que vigia nos referidos tribunais, até mesmo porque vem sendo referidos tribunais posicionaram-se no sentido de que “aos recursos interpostos

com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, como exemplifica o Enunciado Administrativo nº 2 do STJ.

Não obstante, consta em julgado recente da Segunda Turma do STF, por exemplo, que “é firme a jurisprudência desta Corte em que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os utilizados tenham sido suficientes a embasar a decisão”, mas que “esse entendimento não contrasta a norma do artigo 489, § 1º, IV, do novo Código de Processo Civil, que determina a consideração apenas dos argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, STF, 2ª Turma, ARE 953883 AGR/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 18/11/2016, publicado no DJe de 05/12/2016).

No STJ, o entendimento de que o julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos relevantes suscitados pelas partes, quando já houver encontrado fundamentos suficientes para decidir, vem sendo repetido, aparentemente sem maior problematização:

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. **A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.**¹⁸ (negritos nossos)

Da leitura do inteiro teor do julgado acima citado, verifica-se que a fundamentação em relação à questão da fundamentação adequada limita-se à afirmação contida no item 2 da ementa, sem maiores explicações, a evidenciar que não houve grande problematização, do ponto de vista teórico-jurídico, sobre o entendimento ali adotado.

Mesmo o texto utilizado nos acórdãos do STJ é idêntico ao texto de acórdãos prolatados na vigência do CPC/1973, com simples substituição do dispositivo legal citado:

¹⁸ EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

3. Não é deficiente a fundamentação do julgado que elenca suficientemente as razões pelas quais fez incidir os enunciados sumulares cabíveis na hipótese.¹⁹ (negritos nossos)

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022, II do CPC/15, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.²⁰ (negritos nossos)

O seguinte acórdão prolatado pela Primeira Turma do STJ caminha em sentido similar:

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do CPC/2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

Não enfrentamento, pela decisão, de todos os argumentos possíveis de infirmar a conclusão do julgador. Para que se possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de lege lata, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão. (Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.249-1.250, destaque no original).

No caso dos autos, a Embargante não aponta nenhuma das hipóteses previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil, razão pela qual se impõe a rejeição dos aclaratórios.

Com efeito, depreende-se da leitura do acórdão que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (v.g. Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1431157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1334203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

¹⁹ AgInt no AREsp 911.502/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016.

²⁰ AgInt no REsp 1630265/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016.

Assim, verifico, no caso, não haver nenhum vício a ensejar a declaração do julgado ou sua revisão mediante embargos de declaração.²¹

Extraí-se dos julgados acima citados uma tendência à interpretação do art. 489, § 1º do CPC/2015 à luz da jurisprudência prevalente no STF e no STJ antes da edição do novo Código, reforçando-se a afirmação de que o magistrado não é obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes, mas somente aqueles que sejam capazes de infirmar a conclusão extraída pelo julgador.

Pela forma com que tal afirmação vem sendo sustentada, todos os argumentos deduzidos pela parte vencida podem, genericamente, ser considerados “incapazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, pois basta que o magistrado “já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”.

Consta, inclusive, no julgado citado anteriormente da Primeira Seção do STJ que “a prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.

Ocorre que a valoração do que sejam “argumentos capazes de infirmar a conclusão obtida pelo julgador” merece uma análise detida, pois a classificação de todos os argumentos deduzidos pela parte vencida como “incapazes de infirmar a conclusão obtida pelo julgador” pode conduzir à violação do direito das partes de verem seus argumentos séria e detidamente considerados.

Afinal, se o julgador já firmou seu convencimento com base em algum argumento do autor, qual argumento deduzido pelo réu seria capaz de infirmar suas conclusões? Em princípio, nenhum.

A expressão “em tese” contida no inciso IV do art. 489 do CPC/2015²² revela que a identificação dos argumentos contrários que precisam ser enfrentados na fundamentação da decisão decorre de um exercício de lógica formal (hipotético-dedutivo), e não de um juízo de valor subjetivo do magistrado acerca da força que tais argumentos teriam para fazê-lo mudar de ideia, pois de outra forma, a partir do momento em que o magistrado adotasse uma posição, nenhum argumento contrário precisaria ser enfrentado.

²¹ EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 670.609/RJ, Rel. Ministro Regina Helena Costa, j. em 15/09/2016, publicado no DJe de 23/09/2016.

²² Art. 489. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, **em tese**, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Ou seja, deve se inferir quais argumentos devem ser enfrentados a partir de uma espécie de “teste de falseamento”²³ da tese acolhida pelo julgador, isto é, devem ser enfrentados aqueles argumentos que, acaso procedentes (num exercício de lógica abstrata e formal, independentemente da valoração concreta que o julgador faça deles), obrigariam a uma revisão de entendimento. E, neste “teste de falseamento”, deve predominar a lógica, e não o subjetivismo do juiz avaliando a “força” de determinados argumentos.

Neste viés, a interpretação do art. 489, § 1º do CPC/2015 representa (ou ao menos deveria representar) uma mudança no entendimento que vinha prosperando nos tribunais superiores, nos quais vinha sendo adotada a segunda interpretação comentada acima (um juízo de valor do magistrado acerca da capacidade de que tais argumentos pudessem fazê-lo mudar de ideia), o que não se coaduna com a acepção do contraditório como o direito de as partes verem seus argumentos séria e detidamente enfrentados, ainda que para serem devidamente rechaçadas.

Há que se acrescentar, ainda, que referida técnica (com a inserção desta espécie de “teste de falseamento”) interessa também ao Poder Judiciário, como órgão julgador responsável por decidir a interpretação do Direito, com uma pretensão de correção orientada à noção de justiça, pois tende a contribuir para julgamentos mais complexos e, portanto, profundos.

²³ Utiliza-se, aqui, a expressão cunhada por Karl Popper apenas por aproximação, com finalidade didática, sem pretender identificar precisamente a técnica de motivação das decisões judiciais com o “critério de demarcação”, método proposto por Karl Popper para verificação do que pode ser considerado conhecimento científico. Não obstante, existem semelhanças notáveis e, por isso, vale transcrever trechos da obra de Popper: “Ora, a meu ver, não existe a chamada indução. Nestes termos, inferências levam a teorias, partindo-se de enunciados singulares ‘verificados por experiência’ (não importa o que isto possa significar) são logicamente inadmissíveis. Consequentemente, as teorias *nunca* são empiricamente verificáveis. Se quisermos evitar o erro positivista de eliminar, por força de critério de demarcação que estabeleçamos, os sistemas teóricos de ciência natural, deveremos eleger um critério que nos permita incluir, no domínio da ciência empírica, até mesmo enunciados insuscetíveis de verificação. Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um *sistema*. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: *deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico.*” (POPPER, Karl R., 2008, p. 41-42). Percebe-se que, de acordo com o filósofo, o método para adequado para a produção de conhecimento científico dependeria do referido teste de falseabilidade. Sem adentrar na controvérsia da classificação do direito como um ramo do conhecimento científico, a aplicação do direito num processo judicial aproxima-se da produção do conhecimento científico, pois busca “apreender a realidade” e, com base nela, definir qual é a norma jurídica “correta” a ser aplicada ao caso. Nesse contexto, “falsear” os argumentos que levaram o julgador a um determinado convencimento é uma fórmula eficaz para se aferir a testabilidade daquele entendimento e, com isso, tentar aferir a adequação do entendimento testado. É nesse sentido que se faz, aqui, referência à obra de Karl Popper.

2.4.1.1. COMENTÁRIOS AO § 1º DO ART. 489 DO CPC/2015

Boa parte das polêmicas em que está imerso o § 1º do art. 489 do CPC/2015 evidenciam uma preocupação com a viabilidade prática de seu cumprimento, já que as decisões judiciais precisariam ser extensa e exaustivamente motivadas para atender ao referido dispositivo.

Em primeiro lugar, insta salientar que fundamentar *adequadamente* uma decisão não deve ser entendido como fundamentá-la *extensamente*. É preciso desmitificar essa confusão conceitual, que contribui para a criação de um senso coletivo contrário ao dispositivo, dissociado da teleologia e da interpretação do artigo – e que pode, inclusive, torná-lo letra morta, se não esclarecido.

O art. 489, § 1º do CPC/2015 estabelece hipóteses em que *não se considera fundamentada uma decisão judicial*. *A contrario sensu*, extrai-se do dispositivo que uma *decisão fundamentada* deve conter o mínimo de requisitos ali dispostos. Contudo, conforme já abordado antes no presente trabalho com base na obra de TARUFFO (2006, p. 7), conceitos definidos somente por exclusão não são suficientes para dar-lhes concreção teórica, o que seria capaz de tornar a sua aplicação prática mais efetiva (ainda que esta tenha sido a maneira encontrada pelo legislador pátrio para impulsionar uma mudança na prática forense nacional, ante a impossibilidade de definir genérica e concretamente o que seria uma fundamentação adequada).

Entende-se que, a fim de aumentar o rigor técnico com que são elaboradas as decisões judiciais no Brasil, caberá à academia, à doutrina e, inclusive, às escolas de formação e atualização de magistrados, tratar mais amiúde *o que é uma fundamentação adequada*, de modo a reduzir ao máximo o risco de prolação de decisões que não atendam ao conteúdo mínimo do art. 489, § 1º do CPC/2015 (que pode, hoje, ser entendido como uma positivação do conceito de *fundamentação adequada*) e, inclusive, a permitir que cada membro do Poder Judiciário pátrio possa exercer sua função com segurança e desenvoltura, sem, contudo, exigir do julgador uma fundamentação extensa ou exaustiva²⁴.

²⁴ Anota-se que o que se está aqui encarando como *rigor técnico na elaboração da motivação das decisões judiciais* é uma exigência que visa a atender aos fundamentos filosóficos, ao postulado do

Tal *rigor técnico* também contribui para a redução da falibilidade judicial e para a manutenção da coesão e da integridade do ordenamento jurídico, à medida em que tende a contribuir para a manutenção de um tratamento isonômico entre os jurisdicionados, isonomia esta que compõe, inclusive, a noção de justiça – seja em qual ordenamento jurídico ou contexto histórico ou sociocultural for. Em síntese, portanto, preserva a dignidade da justiça e do Poder Judiciário.

A confusão entre fundamentação *adequada* e fundamentação *extensa* transparece em diversos trechos doutrinários. No artigo de Eduardo Perez Oliveira acima citado (OLIVEIRA, 2015, p. 103), consta: “a fundamentação nesse caso não se submete a um **exaustivo** rol de regras, mas à liberdade do Magistrado decidir em conformidade com o ordenamento jurídico”. Ora, a expressão “exaustivo”, anteposta a “rol de regras”, está empregada nesta frase como possível sinônimo de “cansativo” (e não necessariamente no sentido de “estanque”), quando a inversão de ordem (“rol de regras exaustivo”) evitaria qualquer conotação nesse sentido.

A rigor, nenhum dos requisitos tratados nos incisos do art. 489, § 1º são absolutamente inéditos no meio jurídico brasileiro. Alguns, como os incisos I, II e III, já eram vícios reconhecidos pela jurisprudência majoritária; outros, como os incisos IV, V e VI, embora não reconhecidos pela jurisprudência majoritária, ao menos já vinham sendo objeto de intenso debate doutrinário e acadêmico, tendendo a sobressair as vozes que defendiam argumentos no sentido dos dispositivos ora positivados.

Assim, todos, em maior ou menor grau, já vinham sendo objeto de debate doutrinário, acadêmico e, alguns, até mesmo já haviam encontrado amparo jurisprudencial.

Para adequação ao paradigma ora positivado do dever de motivar, certamente será exigida uma análise mais aprofundada do caso concreto e a elaboração de uma decisão analítica, o que, de fato, pode provocar, inicialmente, consequências indesejáveis (como sobrecarga de trabalho e morosidade no julgamento de processos).

Contudo, com a adequação paulatina do Poder Judiciário, dos juízes e dos advogados às novas exigências, o novo padrão de atuação deverá ser incorporado à prática judiciária e fluir com mais desenvoltura, à medida em que se for sedimentando a nova técnica de fundamentação das decisões.

Por outro lado, a preocupação com a viabilidade de atendimento aos requisitos erigidos no art. 489, § 1º do CPC/2015 é pertinente, *mas não inviabiliza uma interpretação jurídica adequada do dispositivo*.

No presente trabalho, partilha-se da opinião de que o direito não pode ser interpretado de forma descolada da realidade. Como pretensa ciência social aplicada, o direito deve levar em conta o contexto em que está inserido e, mesmo nas situações em que a interpretação/aplicação do direito possa provocar mudanças (direito como instrumento de transformação social, e não como instrumento de manutenção do *status quo*), há que ser feita com parcimônia, visando a evitar, inclusive, o esgarçamento do próprio direito e das instituições que com ele se relacionam, como o Poder Judiciário.

Portanto, não parece plausível uma leitura radical do dispositivo, de modo a estabelecer um novo nível de exigência formal tamanho que (I) torne abruptamente nulas todas as decisões judiciais, ao tecer tantas exigências que se torne impossível atender ao conteúdo do dever de motivar, ou que (II) obrigue o magistrado a reduzir de forma absolutamente drástica a produtividade, julgando pouquíssimos processos, em razão do nível de profundidade que terá de descer em cada decisão.

Contudo, isto não quer dizer que dificuldades práticas de implementação de tal ou qual disposição legal permitam afastar-se de seu sentido, principalmente se para isso for preciso adotar uma interpretação *contra legem*.

Dessa maneira, admitir uma invocação ampla e irrestrita de um argumento similar a uma *cláusula da reserva do possível* seria tornar letra morta no Brasil, por exemplo, diversos direitos sociais constitucionais, como o direito à saúde e o direito à educação, o que, por óbvio, não seria admissível.

Mesmo num contexto de dificuldade (ou talvez, mesmo, de crise) como vive o Poder Judiciário hoje, não se pode perder de vista as normas norteadoras da atuação jurisdicional no arcabouço jurídico pátrio, composto por fundamentos filosóficos, pelo postulado do Estado de Direito, pelo art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e pelos direitos fundamentais ao contraditório e ao devido processo legal.

Barbosa Moreira já lecionava em sentido similar, antes mesmo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (num período ainda ditatorial):

Seja como for, do ponto de vista em que neste trabalho nos situamos, preocupa-nos menos o exame da garantia da motivação no contexto das instituições político-jurídicas *tais como hoje existem* do que na perspectiva das exigências do Estado de Direito *cuja restauração se almeja*. A essa luz,

julgamos relativamente pouco importante indagar se a disciplina desta ou daquela matéria se harmoniza com as regras superiores em vigor, pela simples e óbvia razão de que *as regras superiores em vigor nem sempre se harmonizam, elas próprias, com os postulados do Estado de Direito.*

Nosso olhar, dirige-se, neste momento, ao futuro. O restabelecimento do Estado de Direito, em sua plenitude, é preocupação constante e instante dos advogados brasileiros. A consecução de tal objetivo exige, sem dúvida, a reforma profunda das instituições sob que vivemos. Mas a nossa pregação não pode diluir-se em genéricas e vagas declarações de princípios. Somos convocados a contribuir com sugestões específicas e concretas para a grande tarefa de reconstrução de uma ordem jurídica que atenda aos anseios do País. Incumbe a cada qual trazer o seu adminículo, modesto que seja, para dar forma visível e precisa ao ideal comum. (MOREIRA, 1980, p. 94)

O que há de peculiar hoje não é a elevação do nível de exigência da aplicação do Direito como um todo (fenômeno largamente verificado, não só no Brasil, como em diversos outros países ocidentais) e, conseqüentemente da fundamentação das decisões judiciais; o que há de ‘curioso’ é a quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro, a indicar que há algo de errado na relação entre a sociedade, o Estado e o Poder Judiciário (a indicar uma possível transferência ao Poder Judiciário da função de resolver litígios que deveriam ser resolvidos em outras instâncias, ao invés de se transformarem, todos, em processos judiciais).

A sofisticação do Direito é uma característica do período pós-positivista, sob os influxos das teorias modernas do neoconstitucionalismo, que vêm exigindo dos aplicadores do direito uma carga cada vez maior de análise e argumentação. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante:

(...) depois da filosofia jurídica produzida por Hart os juristas passaram a olhar para o Direito a partir do *ponto de vista interno*, ou seja, da perspectiva daqueles que obedecem a aplicam normas jurídicas para o fim de solucionar os conflitos de interesses que se manifestam na sociedade. Os estudiosos do Direito compreenderam que não se pode analisar o Direito com o mesmo método dos cientistas que formulam suas leis físicas através da mera observação de “regularidades” e certos padrões de reprodutibilidade que podem ser verificados a partir da perspectiva externa. Isso abriu caminho para uma autêntica revolução na filosofia jurídica. Apesar de Hart se ter mantido positivista por toda sua vida, outros juristas, como Dworkin e MacCormick – no mundo do *common law* – e Alexy e Peczenik – no Direito continental - , perceberam que nenhuma teoria positivista pode ser adequada para entender a natureza do Direito a partir do momento em que abandonamos a perspectiva do observador. O Positivismo não basta mais enquanto teoria jurídica, porque ela não leva em consideração o aspecto *ideal* do Direito (as ideias de correção, justiça, razoabilidade) e advoga uma separação *a priori* entre Direito e Moral, que não corresponde à prática de desenvolvimento do Direito em sociedades relativamente avançadas. Parece mais plausível que, apesar de o Direito e a Moral poderem ser conceitualmente diferenciados, haja uma mútua dependência entre ambos. A Moral necessita do Direito para superar sua indeterminação cognitiva; e o

Direito necessita da Moral para legitimar suas decisões. (BUSTAMANTE, 2012, p. 250-251)

A retomada da concepção do direito como um fenômeno dialético, discursivo, dotado de proximidade com a moral e com os fatos sociais, distinto da interpretação lógico-formal da lei (doutrina silogística), baseado em princípios e centrado na concretização dos direitos fundamentais atribui aos aplicadores do direito a responsabilidade de, diante de um caso concreto, aprofundar-se no conhecimento dos fatos atinentes à causa, tematizar a interpretação das normas jurídicas e sopesar princípios.

Esta atividade deve ser desenvolvida, no entanto, em harmonia com o princípio da tripartição de poderes, o que exige particularmente do juiz uma cuidadosa e equilibrada análise diante de cada caso concreto, já que não caberia ao Poder Judiciário substituir os Poderes Legislativo e Executivo no exercício típico de suas funções, embora o sistema de “freios e contrapesos” lhe assegure algum grau de atuação, dentro do campo da juridicidade (e não mais da legalidade estrita), mas sem avançar para o campo da política ou da administração pública, propriamente.

Vê-se, assim, que a tendência da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica é sofisticar a atividade decisória, abandonando a concepção do juiz *boca da lei* para aproximá-lo do que Ronald Dworkin chamou de juiz-Hércules²⁵.

No entanto, os Poderes Judiciários de vários países ocidentais, e especialmente o brasileiro, encontram-se assoberbados com uma carga de processos dificilmente

²⁵ “A reflexão de Dworkin, centrada na ideia de que o Direito nunca se pode alhear aos processos de linguagem e que, portanto, é produto do processo hermenêutico, não desconsidera nem menospreza a importância do conservantismo de valores que medra no processo de aplicação de um sistema de regras em um conjunto de casos concretos (*hard or easy cases*). Mas casos difíceis (*hard cases*) se definem muito mais problemáticos, porque tornam necessário ao juiz proceder a uma escolha, que recorre a critérios de justiça (*justice*) externos à ordem jurídica concreta, abrindo caminho para decisões polêmicas que parecem convidar o jurista a pensar os limites entre Direito e Política. A resposta de Dworkin a esta perplexidade não reafirma as teses positivistas e muito menos abre campo para um autorizativo indeterminado para que o juiz proceda simplesmente conforme seu arbítrio. Sua reflexão aposta na ideia de que um sistema somente pode ser considerado coerente e completo se avaliados os princípios que a ele pertencem, estes que às vezes estão consagrados em regras, mas que, sendo coisas separadas delas, continuam e (sic) possuir a mesma capacidade de vinculação da decisão que as próprias regras. Nesta medida é que, no esforço de compreender a dinâmica dos precedentes, Dworkin chega à ideia de que o sistema somente funciona porque princípios informam a completude do sistema, o que por si só não é argumento bastante para informar ao juiz que o seu papel crítico não está em reproduzir regras do ordenamento, repetir a lógica dos julgados anteriores, nem mesmo criar como se fosse legislador, mas sim *ponderar o peso* dos valores que estão em debate, especialmente diante de situações-limite ou de *hard cases*. Aí está não só a chave para a compreensão do papel do juiz-Hércules em seu pensamento, mas sobretudo a chave para a compreensão da ideia de que o raciocínio que legitima a lógica jurídica não é de pura racionalidade apodítica, mas sim de uma espécie de ação mental que pratica permanente e inexaurivelmente a busca do razoável.” (BITTAR, 2012, p. 496).

equacionável pelos meios materiais e humanos atualmente disponíveis, o que vem interferindo na duração dos processos judiciais, em que pese, no caso brasileiro, os esforços concertados pelo Conselho Nacional de Justiça em busca de eficiência quantitativa.

Antônio do Passo Cabral, por exemplo, se reportando à doutrina italiana, chama de “dano marginal” o prejuízo suportado pelos litigantes em decorrência da demora no julgamento do processo (CABRAL, 2014).

Gláucio Ferreira Maciel, fazendo referência a Niklas Luhman, afirma que “cada vez mais, percebe-se que há uma responsabilidade não só pelas decisões, mas também pelas não-decisões, ainda que a não-decisão seja temporária” (MACIEL, 2011, p. 288).

Esta realidade, portanto, aumenta a tensão entre a teoria (sofisticação da aplicação do direito e, conseqüentemente, da atividade decisória) e a prática (necessidade de produtividade numérica, de modo a dar vazão à enorme massa de processos que assola o Poder Judiciário). De acordo com Érico Andrade:

[...] especificamente no âmbito do direito processual, já surgem estudos aliando a análise jurídica à análise econômica, como instrumental para melhor compreensão dos problemas processuais e para busca das soluções mais adequadas.

Busca-se, com isso, em qualquer reforma atual do processo civil, equilibrar o justo processo com a concepção econômica de eficiência do funcionamento do serviço público judiciário. Noutras palavras, o judiciário e o processo se abrem para a eficiência econômica, para uma espécie de modelo concorrencial que permeia não só a estruturação interna do organismo judicial, mas o próprio direito processual.

Contudo, reitera-se, não se pode deixar de lado o modelo de justiça procedimental, pautado pela principiologia constitucional do processo: o processo ideal que se tenta atingir nas grandes reformas processuais realizadas nos tempos atuais é aquele que busca equilibrar essas duas linhas, harmonizando-as a fim de atingir o melhor resultado possível para o funcionamento da justiça. (ANDRADE, 2011, p. 149-150)

Para tentar atender a estas necessidades prementes, CPC/2015 – o primeiro Código de Processo promulgado após a redemocratização e após a Constituição da República de 1988 e fundamentado no paradigma do Estado Democrático de Direito –, seguindo tendência que já vinha se consolidando nas reformas legislativas que o antecederam, foca algumas de suas principais inovações em fornecer instrumentos para o trato da litigiosidade repetitiva, identificada como um dos motivos da atual sobrecarga do Poder Judiciário. São, portanto, inovações legislativas que pretendem contribuir para a *administração da justiça*, e têm como fundamento considerações de *política judiciária*

(num sentido de como lidar com a profusão de demandas repetitivas que desaguam no Judiciário)²⁶.

Para viabilizar uma adequada *motivação das decisões judiciais* no Brasil, portanto, não bastam estudos teóricos sobre tal instituto e sobre os dispositivos legais que com ele se relacionam; é preciso, em paralelo, obter soluções para o equacionamento da litigiosidade repetitiva, de modo a adequar a relação entre a carga de trabalho e a estrutura do Poder Judiciário – e, possivelmente, tal equacionamento não se daria com o tratamento dos processos já ingressados no sistema, mas com atuações preventivas, que dessem soluções aos potenciais litígios *antes* de sua judicialização.

São várias as possibilidades neste sentido: fortalecimento da atuação das agências reguladoras para redução dos litígios relacionados à prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas reguladas; valorização da via administrativa para resolução de conflitos perante a Administração Pública; uniformização de jurisprudência, de modo a evitar a propositura de ações infundadas ou já superadas; utilização de sanções (pecuniárias ou administrativas) contra aqueles litigantes repetitivos que deem indícios de estar fazendo um uso estratégico da via judicial; custas judiciais progressivas para os litigantes repetitivos, dentre tantas outras.

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron propõem uma compreensão do art. 489, § 1º do CPC/2015 nesse sentido:

É dizer, ao contrário do que possa parecer a uma leitura menos atenta, a fundamentação substancial é resposta (e não empecilho) a esse momento no qual há que se enfrentar julgamentos em massa e formação de precedentes:

²⁶ Vale anotar, aqui, que o próprio *stare decisis* no *common law* é, reconhecidamente, uma questão de política judiciária: “*Stare decisis* is the preferred course, because it promotes the evenhanded, predictable and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. Adhering to precedent is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right. Nevertheless, when governing decisions are unworkable or are badly reasoned, this Court has never felt constrained to follow precedent. *Stare decisis* is not an inexorable command; rather it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision.” Tradução livre: “*Stare decisis* é o caminho preferencial, porque promove o desenvolvimento imparcial, previsível e consistente dos princípios jurídicos, promove a confiança nas decisões judiciais e contribui para a integridade real e percebida do processo judicial. Aderir ao precedente é geralmente a política sábia porque na maioria das questões é mais importante que o direito seja resolvido do que seja resolvido corretamente. No entanto, quando as decisões são impraticáveis ou mal fundamentadas, este Tribunal nunca se sentiu constrangido a seguir precedentes. *Stare decisis* não é um comando inexorável; antes, é um princípio de política e não uma fórmula mecânica de adesão à última decisão.” (SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America. American Journal of Comparative Law*, vol. 54, n. 1, p. 21, Michigan: University of Michigan Law School, 2006. *apud*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012).

um precedente bem formado, quando amadurecida a questão, é a solução mais consentânea com os ditames constitucionais e práticos para servir de parâmetro para o julgamento de futuros casos sobre a mesma temática. Para isso, no entanto, há que ser formado como resposta às questões postas, de ambos os lados do debate.

A ideia é de que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória (art. 926). (THEODORO JR., 2015, p. 307)

A análise econômica do direito teria muito a contribuir para a propositura de iniciativas capazes de contribuir para a redução da litigiosidade serial.

Contudo, ante a complexidade do tema, que demandaria trabalho específico e mais aprofundado, as considerações a esse respeito serão encerradas por aqui.

3. FUNDAMENTOS PARA O DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS

No presente capítulo, pretende-se abordar os fundamentos zetéticos para o dever de motivar adequadamente as decisões judiciais. Para tanto, propõe-se, primeiro, uma sucinta análise dos fundamentos filosóficos de tal exigência, para, em seguida, traçar uma abordagem a partir de elementos da Teoria do Estado. Na sequência, pretende-se verificar as funções que a exigência de fundamentação das decisões judiciais exerce, deixando para o capítulo seguinte o exame dos fundamentos de direito positivo do dever de motivar.

3.1.1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS²⁷

Independentemente de qual concepção se adote sobre o Direito, uma de suas características fundamentais é a *autoridade*, isto é, a capacidade de normatizar o comportamento das pessoas, de maneira vinculante dentro de um sistema jurídico, criando direitos, obrigações e permissões.

As normas jurídicas necessariamente reivindicam a capacidade de ditar regras *autoritativas* sobre o comportamento das pessoas, já que, de outro modo, perderiam sua diferenciação em relação a “conselhos” e, até mesmo, em relação a outros tipos de normas sociais. Não por acaso, segundo Joseph Raz:

There is little surprise that the notion of authority is one of the most controversial concepts found in the armoury of legal and political philosophy. Its central role in any discussion of legitimate forms of social organization and of legitimate forms of political action makes the indefinite continuation of this controversy inevitable. (RAZ, 1979, p. 3)²⁸

²⁷ O conteúdo do presente capítulo foi apresentado, com adaptações, sob a forma de artigo, no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI e incluído na publicação derivada do evento: GODOY, Daniel Polignano. *A fundamentação das decisões judiciais: uma visão a partir das teorias sobre a justificação da autoridade*. In: BEDIN, Gilmar Antonio et. al. (coord.). *Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito [Recurso eletrônico on-line]*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 449-464. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187>. Acessado em 09/01/2017.

²⁸ Tradução livre: a noção de autoridade é um dos conceitos mais controversos no arcabouço da filosofia jurídica e política, e seu papel central em qualquer discussão sobre formas de organização social legítimas ou sobre formas de ação política legítimas tornam inevitável a continuação indefinida desta controvérsia.

A observação de que existem, dentro da sociedade, pessoas que, no exercício de certos cargos, podem emitir *normas jurídicas* com conteúdo vinculante para os demais integrantes da sociedade, conduz à identificação da existência da *autoridade*, que poderia ser entendida em uma acepção subjetiva (como os *indivíduos que podem emitir normas jurídicas com conteúdo vinculante para os demais*), ou em uma acepção objetiva (como a *capacidade de estas normas jurídicas vincularem os sujeitos*).

Ocorre que a *autoridade*, que geraria um dever de obediência às normas emanadas por pessoas no exercício de certos cargos, pode, em tese, gerar uma tensão entre, de um lado, a autonomia moral e a racionalidade do indivíduo, e de outro, a norma dotada de autoridade, já que esta reivindicaria uma obediência ao comando normativo de forma independente de qualquer análise por parte do indivíduo acerca das razões que levaram a autoridade a exarar aquele comando.

Especificamente no caso do Poder Judiciário, as decisões tomadas pelos “oficiais”²⁹ reivindicam autoridade por si sós, já que a ausência de autoridade as equipararia a uma espécie de mero aconselhamento ou parecer, descaracterizando sua própria essência. Ocorre que, além de possuírem autoridade, as decisões judiciais possuem como características peculiares (I) uma pretensão de correção (atrelada à ideia de correta aplicação do direito, qualificada, ainda, pela noção de justiça), e (II) o fato de poderem se tornar imutáveis e indiscutíveis, já que a revisibilidade das decisões judiciais é finita e autorizada apenas aos próprios órgãos deste Poder, isto é, em regra, não há possibilidade de revisão de decisões judiciais pelos outros Poderes.

Quanto à relação entre Direito e Justiça, vale citar:

Que é Justiça afinal?

A palavra Justiça, em linguagem judiciária, significa, comumente, a conformidade com o direito. Confunde-se, nesta acepção, com legalidade. Decidir com justiça será, pois, para o juiz, decidir de acordo com o direito.

[...]

Fala-se, porém, em direito “injusto”. A razão é que a palavra justiça, além da acepção a que acima aludimos, comporta outra – de ideal para o qual propende o Direito; No primeiro sentido, pois, de “conformidade com o Direito” a Justiça deve subordinar-se a êste. No segundo, o Direito é que há

²⁹ De acordo com terminologia utilizada por H. L. Hart, em sua obra *The Concept of Law*, os “oficiais” seriam os agentes estatais dotados da capacidade de criação e aplicação do direito (legisladores, juizes, membros do Poder Executivo, dentre outros). Esta definição acabou sendo acolhida por autores que trabalharam, posteriormente, assuntos correlatos à obra de Hart (como o conceito de direito, as normas jurídicas, a obrigatoriedade de obedecê-las, a relação entre direito e moral etc.).

de harmonizar-se com a Justiça. De onde a possibilidade de um direito teoricamente injusto.

O fim do Direito é propiciar o máximo de felicidade aos homens, assegurando-lhes a paz e a harmonia na vida social. As leis hão de nortear-se para esse objetivo, isto é, para a Justiça. Quando se transviem, serão injustas.

Deve o juiz, aconselha STAMMLER, para cumprir a sua missão, professar ambas as espécies de Justiça.

Como conciliá-las, em casa caso, é dificuldade, não pequena, que à Hermenêutica Jurídica incumbe resolver.

Não há esquecer, finalmente, pela sua alta espiritualidade, a definição romana que FABREGUETTES desejava gravada, em mármore, no pórtico de todos os tribunais: “*Justitia est constants et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. L. 10, tit. de justitia et jure*”.

A vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu – admirável programa para a vida de um juiz! (GUIMARÃES, Mauro, 1958, p. 34-36)

Tais questões são de uma complexidade extrema e, se nem mesmo grandes filósofos e juristas foram capazes, ainda, de chegar a uma resposta satisfatória, não se espera exaurir a temática neste trabalho. Contudo, algumas considerações poderiam ser feitas.

As normas ditadas pelo Poder Judiciário para resolver litígios concretos, surgidos, em muitos casos, por divergências na interpretação da lei, pretendem resolvê-los a partir da aplicação do direito ao caso concreto, com uma pretensão de correção (sobretudo ligada à ideia de justiça, intrínseca ao Direito, e conseqüentemente, ao Poder Judiciário). Os juízes seriam “oficiais”, segundo o conceito proposto por H. L. A. Hart, capazes de normatizar condutas daqueles que se sujeitam à sua jurisdição.

Contudo, pela pretensão de correção e pela noção de justiça que estão ligadas à atividade jurisdicional, seriam oficiais com uma exigência qualificada de exercício legítimo de sua autoridade. Assim, interessa verificar em que medida estariam ligados o exercício da autoridade pelo Poder Judiciário e a fundamentação das decisões judiciais.

A autoridade vincula os sujeitos, a menos que esteja perceptivelmente equivocada, e desde que suas decisões sejam tomadas a partir da ponderação das razões existentes, de modo a tornar suas decisões um balanço das razões para agir aplicáveis a determinado caso.

Segundo Joseph Raz (1979, p. 7-8.), “ter autoridade sobre as pessoas é ter poder normativo sobre elas”³⁰, em uma noção diferente de poder, no sentido de ter influência, de ser capaz de influenciar as ações das pessoas e seus destinos. “Alguém teria efetiva autoridade se ela tem poder, isto é, se ela pode influenciar o destino, as escolhas e as opções das pessoas. Autoridade legítima poderia ser definida como autoridade efetiva **justificada**. É a autoridade legítima que deveria ser preservada ou obedecida (sujeita a várias condições e qualificações)” (RAZ, 1979, p. 7-8)³¹. Haveria uma grande diferença, por exemplo, entre obrigar alguém a fazer alguma coisa pelo uso da força bruta, ou obrigá-la a fazer o mesmo pela afirmação da existência de um direito, e apenas no segundo caso poderia ser caracterizado uma autoridade efetiva (ou *de fato*).

Considerando que, em geral, a decisão proferida pelo Poder Judiciário definirá a norma jurídica aplicável ao caso concreto; que será a última instância de discussão sobre aquela controvérsia (em razão dos efeitos decorrentes da formação da chamada coisa julgada material, cuja eficácia pretende tornar *imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso*); que a decisão judicial ensejará, acaso descumprida, o uso da coerção estatal (seja por meio de intervenções forçadas no patrimônio do sujeito – bloqueio de numerário em conta corrente, penhoras seguidas de alienações em hasta pública, por exemplo –, seja por meio do uso da força – prisões, despejos, apreensões, arrestos, reintegrações de posse etc.); que a decisão judicial é dotada de uma pretensão de correção ou justiça, como se queira chamar, pois pretende pôr fim a um conflito, resolvendo-o de acordo com o direito (ou, na sua ausência, de acordo com a moral, segundo as concepções positivistas excludentes); pode-se dizer que o exercício da autoridade é inerente à função jurisdicional, que, ao exercer esta autoridade, pode

³⁰ No original: “One popular theory that regards authority as ability to perform certain kinds of action identifies effective (*de facto*) authority with power over people. I shall suggest later that to have authority over people is to have normative power. But it is a different notion of power that is involved here. According to it to have power is to have influence, to be able to influence people's actions and their fortunes” (RAZ, 1979, p. 7-8). Tradução livre: Uma teoria popular que considera autoridade como habilidade para executar certos tipos de ação identifica a autoridade efetiva (de fato) com poder sobre as pessoas. Posso sugerir mais tarde que ter autoridade sobre as pessoas é ter poder normativo. Mas é uma noção diferente de poder que está envolvida aqui. De acordo com ela, ter poder é ter influência, ser capaz de influenciar as ações das pessoas e seus destinos.

³¹ No original: “A person has effective authority if he is powerful, if he can influence people's fate and their choices or options. Legitimate authority can then be defined as justified effective authority. It is effective authority that should be preserved or obeyed (subject to various conditions and qualifications)” (RAZ, 1979, p. 7-8). Tradução livre: Uma pessoa tem autoridade efetiva se for eficaz, se puder influenciar o destino das pessoas e suas escolhas ou opções. Autoridade legítima pode então ser definida como autoridade justificada efetiva. É a autoridade efetiva que deve ser preservada ou obedecida (sujeita a várias condições e qualificações).

provocar fortes repercussões materiais sobre as partes de um litígio, devendo, por isso, ser dotada de uma qualificação em relação aos demais exemplos de exercício de autoridade.

Isto porque atos praticados pelos demais exemplos de autoridade presentes na sociedade (ou seja, outros “oficiais”, de acordo com a terminologia de H. L. Hart, que não juízes, como membros do Poder Executivo ou gestores públicos) podem, ao menos quando supostamente contrários ao direito, ser revistos pelo Poder Judiciário, que poderá reabrir a discussão, suspender o uso da coerção estatal e, até mesmo, tornar nulo o ato de autoridade, acaso seja tido como contrário ao direito.

Assim, a fundamentação das decisões judiciais é um requisito necessário para a legitimação do uso da autoridade pelo Poder Judiciário, pois é a maneira pela qual o magistrado – membro de poder que está tomando a decisão sobre o direito a ser aplicado a um certo caso – demonstra o “balanço” das razões para agir que foram levadas em conta para a decisão do caso e os motivos pelos quais “a balança pendeu” para um sentido, dentre outros possíveis.

Além disso, seria possível afirmar que a obrigação de expor os fundamentos da decisão seria uma exigência democrática, pois asseguraria aos jurisdicionados o direito de *conhecer as razões* que levaram o Poder Judiciário a atuar sobre suas esferas de direitos de tal ou qual maneira, *assegurando, inclusive, a revisibilidade destas decisões*, ante a falibilidade humana.

Por isso, a fundamentação da decisão deve espelhar o contraditório exercido pelas partes durante o processo, em sua acepção substancial, de participação e influência das partes sobre a formação da decisão.

A decisão judicial não poderia se pretender vinculante apenas pela força de sua autoridade. Na verdade, a fundamentação da decisão judicial deveria demonstrar um debate amadurecido e aprofundado sobre a matéria, que tivesse levado em conta as razões para agir envolvidas no caso, e que tivesse chegado a uma conclusão capaz de substituir outras razões para agir que os envolvidos no litígio teriam.

A autoridade das decisões judiciais não depende apenas da existência de normas em um ordenamento jurídico que atribuam a certas autoridades, no exercício de certos cargos, um poder jurídico-normativo de alterar a esfera jurídica de outras pessoas. É certo que sua autoridade pode decorrer do costume de os cidadãos – e, inclusive, os demais magistrados, como ocorre no *common law* – de determinada sociedade obedecerem às decisões judiciais, apenas pelo fato de terem sido proferidas pelo Poder

Judiciário. Mas pode decorrer também – e esta é a fonte mais importante para o presente trabalho –, da solidez e profundidade da fundamentação destas decisões, ao demonstrar o sopesamento das razões relevantes para agir diante de um caso concreto e os motivos pelos quais alguma(s) deveria(m) prevalecer.

Este viés da autoridade das decisões judiciais, quase persuasivo, que poderia ser associado aos *conselhos autoritativos de experts* mencionados nos trabalhos de Scott SHAPIRO (2002) e Joseph RAZ (1979), está diretamente relacionado à profundidade e solidez de sua fundamentação. Quanto mais *razões* puderem ser balanceadas pelo Poder Judiciário na tomada de decisão, maior será a sua autoridade, já que, além do poder-jurídico normativo de interferir na esfera jurídica de outras pessoas, estaria demonstrando um elevado grau de racionalidade e uma pretensão de correção.

A imposição da autoridade apenas pela forma coercitiva poderia desgastar um sistema jurídico ao ponto de provocar sua implosão, já que um Estado que precisasse recorrer à força, à sanção, para implementar toda e qualquer decisão, tenderia a se tornar, ou um Estado ineficaz, inerte, ou um Estado autoritário, radical.

Não há, portanto, a possibilidade de exercício da autoridade pelo Poder Judiciário de forma válida (e legítima) sem a demonstração expressa dos fundamentos que conduziram àquela decisão, isto é, da exposição do balanço das razões jurídicas – e inclusive morais, a depender da concepção que se adote sobre o direito – que conduziram o julgador a formular um comando, capaz inclusive, de *substituir* ou se *sobrepôr* às razões que os indivíduos teriam para agir, configurando o que Raz denominaria de razão preemptiva.

Assim, ainda que em meio à sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário causada pela profusão de litígios repetitivos (que é uma característica das sociedades pós-modernas), não se pode abrir mão de uma adequada fundamentação das decisões judiciais, compatível com a relevância das decisões tomadas e com o grau de intervenção do Estado na esfera jurídica dos envolvidos no litígio.

3.1.2. FUNDAMENTO TEÓRICO: O ESTADO DE DIREITO

Barbosa Moreira, no artigo intitulado “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, escrito em Março de 1978 para ser apresentado à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e publicado na segunda série de sua clássica obra “Temas de Direito Processual”, demonstra que,

independentemente da existência de qualquer texto (constitucional ou legal) a exigir expressamente a adequada fundamentação das decisões judiciais, tal exigência decorreria do postulado do Estado de Direito (MOREIRA, 1980, p. 88-91). No excerto abaixo colacionado, desenvolve o raciocínio que evidencia o fundamento do dever de motivar diretamente no Estado de Direito:

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como “*rechtsfertigender Staat*”, como “Estado que se justifica”. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa “justificação”: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento; é formalmente justificada, quando *se expõe, se declara, se demonstra* o fundamento.

Compete ao Poder Judiciário – em regra, com exclusividade, mas em todo caso com absoluta preeminência – a função de custodiar a integridade da ordem jurídica. A ele podem recorrer os que porventura queiram pleitear a tutela de direito supostamente ameaçado ou lesado. É no seu âmbito que se submete ao teste definitivo a *efetividade* do ordenamento: não basta a este reconhecer direitos *in abstracto*, senão que lhe cumpre assegurar a possibilidade de obter-se, *in concreto*, a proteção ou a reintegração dos direitos abstratamente reconhecidos. A promessa contida na lei reduzir-se-ia a mero *flatus vocis* sem a oportunidade, aberta a todos e a cada qual, de reclamar do juiz que a faça cumprir.

Mas a atuação eficaz da garantia jurisdicional exige que os órgãos incumbidos de prestá-la igualmente se submetam – e até a *fortiori* – ao princípio da justificação necessária, no seu duplo momento, material e formal. É preciso que o pronunciamento da Justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; e é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado. A não ser assim, a garantia torna-se ilusória: caso se reconheça ao garante a faculdade de silenciar os motivos por que concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada, nenhuma certeza pode haver de que o mecanismo assecuratório está funcionando corretamente, está de veras preenchendo a finalidade para a qual foi criado. (MOREIRA, 1980, p. 89)

No mesmo sentido, LUCCA (2015, p. 26) sustenta que, em primeiro lugar, o dever de motivação é pressuposto do Estado de Direito, por constituir um instrumento necessário de controle da atividade jurisdicional. Seria justamente pela motivação que o juiz prestaria contas às partes, à sociedade e ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior do exercício do poder jurisdicional, demonstrando que aquela era a decisão correta a ser tomada, evidenciando sua congruência com o Direito produzido democraticamente “pelo povo e para o povo”.

Em segundo lugar, LUCCA (2015, p. 26) afirma que o dever de motivação é fundamental para a segurança jurídica, pois a jurisdição desempenharia o papel relevante de esclarecimento, integração e homogeneização do Direito, resolvendo

antinomias, procurando soluções adequadas para eventuais lacunas legislativas e orientando a interpretação e compreensão do Direito.

Finalmente, em terceiro lugar, para LUCCA (2015, p. 26), o dever de motivação é, provavelmente, a mais importante das garantias do devido processo legal, não só por ser indispensável ao controle e à legitimação da atividade jurisdicional, mas também por ser indispensável para conferir imparcialidade ao julgamento, impedindo que o pedido seja julgado a partir de uma causa de pedir estranha à petição inicial daquela ação. Relaciona, ainda, o dever de motivar à coisa julgada e aos direitos ao contraditório e à ampla defesa:

se a coisa julgada é necessária para dar estabilidade a situações jurídicas já consolidadas, promovendo a paz social, a motivação é fundamental para que se saiba quais são os seus limites; e se a observância do contraditório e da ampla defesa são condições essenciais de qualquer processo, transformam-se em garantias vazias se não houver uma resposta judicial racional e expressa a tudo aquilo que as partes alegaram e provaram; e assim por diante. (LUCCA 2015, p. 26)

De tudo o que foi examinado acima acerca da relação entre Estado de Direito e o direito à fundamentação das decisões judiciais, pode-se concluir que não se coadunam, portanto, com o conceito de Estado de Direito: (I) a não obrigatoriedade (facultatividade) da fundamentação das decisões judiciais; (II) a prolação de decisões judiciais despidas de fundamentação; e (III) a prolação de decisões judiciais dotadas de fundamentações deficientes (simulacros de fundamentações), assim entendidas, inclusive, as decisões que não enfrentem, séria e detidamente os argumentos deduzidos pelas partes.

Reconhecer tais premissas é o primeiro passo para compreender o papel da fundamentação das decisões judiciais no cenário atual, sobretudo com o advento do art. 489 do CPC/2015.

3.2. FUNÇÕES

Inicialmente, antes de abordar as funções que a motivação das decisões judiciais desempenha, é preciso enfrentar um dogma tradicional firmado a respeito da motivação: é muito comum, ao se tentar definir a fundamentação de decisões judiciais, identificar o processo de decisão com a motivação.

Sempre que se afirma que a motivação deve corresponder ao “*iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão”, há esta questionável aproximação entre o processo decisório e a motivação.

Michele Taruffo (2006, p. 7), reportando-se a Calamandrei, ressalta que, segundo o processualista italiano, a motivação não seria o resultado lógico-psicológico do processo que levou o juiz à decisão, mas sim a reconstrução da decisão que o juiz elabora *a posteriori*.

No entender de Michele Taruffo (2006, p. 7), Calamandrei pretendia, a um só tempo, desfazer a confusão difundida entre a identidade da motivação e do processo decisório, e indicar a via metodologicamente correta para o estudo de ambos os fenômenos, em suas conexões. Michele Taruffo (2006, p. 148-149) assume expressamente a premissa de que a motivação é uma justificação *a posteriori* de uma decisão já tomada pelo magistrado, com base não apenas em raciocínios dedutivos, fundados em lógica formal, como também a partir de suas valorações dos elementos normativos a partir de escolhas interpretativas, ideologias e, inclusive apreciações subjetivas³². Não corresponde, portanto, à reconstrução exata do *iter* psicológico traçado pelo magistrado no processo de tomada de decisão.

³² Nesse sentido, lições de NOJIRI (1998, p. 99): “Muito embora caiba ao magistrado a competência de dar sentidos possíveis a conceitos jurídicos vagos e ambíguos, não lhe é dado fazer de maneira arbitrária. O princípio da legalidade, inerente ao Estado Democrático de Direito, impõe ao magistrado a demonstração de que este julgou de acordo com as deliberações encampadas no texto legal. Mesmo que tenha uma certa margem de liberalidade para valorar e precisar o conteúdo da norma, deverão estes valores ser buscados no próprio texto legal. Mesmo que tenha uma certa margem de liberdade para valorar e precisar o conteúdo da norma, deverão estes valores ser buscados no próprio ordenamento jurídico. Oportuna, pois, a seguinte transcrição de trecho da obra de Teresa Arruda Alvim: “O papel da função do aplicador do direito, em sua aplicação concreta, é ser preenchido pela sua subjetividade, que há de ser, entretanto, e sempre, *objetivamente justificada*. Se, de um lado, e sob certo prisma, a opção é subjetiva, a medida que ‘objetiviza’ a decisão discricionária é a necessidade e a publicidade de sua fundamentação (seus *pressupostos* objetivo e factuais, somados ao juízo que leva ao decisório). Por outro lado, não há possibilidade de se aferir se a decisão tomada pelo juiz é ou não a *melhor*, ou a mais *correta*, em face de todo o sistema jurídico. Não há qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada de *correta*. O que temos são resultados apenas *possíveis*. Admitimos, entretanto, que haja um convencimento subjetivo, por parte do juiz, de ter feito a escolha mais adequada para o caso concreto, e que sua decisão venha a ser aceita como válida perante a comunidade jurídica. Desta forma, vemos que a coexistência de decisões judiciais contraditórias, num mesmo ordenamento, é perfeitamente possível, ainda que não desejada. A propósito, as interessantes considerações de Chaim Perelman: ‘Se as decisões importantes da Corte Suprema dos Estados Unidos são raramente tomadas em unanimidade pelos juizes, cumprirá acusar pelo menos alguns destes juizes tão respeitados de serem desarrazoados ou desonestos, ou cumprirá tirar disso a seguinte conclusão: que me parece mais verossímil: em direito o desacordo se explica por razões específicas? A tradição judaica, que jamais procurou conceber o direito a partir do modelo científico, relata a esse respeito uma história bem significativa. Sabe-se que, no Talmude, duas escolas de intérpretes da Bíblia estão constantemente em oposição, a escola de Hillel e a de Chamai. O Rabino Abba conta que, perturbado por estas interpretações contraditórias do texto sacro, o Rabino Samuel se dirige ao céu para saber quem diz a verdade: uma Voz do alto lhe responde que as duas teses

De acordo com Michele Taruffo, a teoria do silogismo judicial, que predominou no pensamento jurídico de diversos países ocidentais nos séculos XVIII, XIX e primeira metade do século XX, deixando marcas, ainda, no pensamento vigente, padece, entre outros, do equívoco conceitual de identificar o que seria uma teoria da decisão judicial (ou seja, que deveria se prestar a explicar o raciocínio jurídico da decisão) com o que seria uma teoria da motivação das decisões judiciais:

Un primer límite esencial se desprende del no haber comprendido adecuadamente la que es, al contrario, una peculiaridad fundamental de la doctrina del silogismo judicial, consistente en el hecho de que ésta propone el modelo lógico de la decisión sin distinguir entre la actividad que el juez realiza para alcanzar la decisión y el razonamiento justificativo que es expresado por la motivación. En realidad, la doctrina del silogismo judicial se presenta esencialmente como una teoría del juicio (es decir una teoría de la actividad decisoria realizada por el juez), pero es una teoría del juicio que se funda evidentemente sobre una teoría del modo en el cual es enunciada la decisión —es decir, una teoría de la motivación— y sobre el presupuesto de que la estructura del razonamiento decisorio coincide con la estructura del razonamiento expresado por la motivación. Por lo que consta, el vicio de la doctrina del silogismo judicial que deriva de lo erróneo de dicho presupuesto, ha sido puesto en relieve, en algunos pasajes aislados, solamente por Carnelutti, pero se trata de una consideración decisiva con la finalidad de valorar tanto a la misma doctrina del silogismo judicial, como a las críticas que se le han hecho a la misma. Bajo el primer aspecto, la doctrina en cuestión resulta ambigua en la medida en la que no queda claro si se trata de una teoría de la decisión, de la motivación, o de ambas. Por otra parte, es errónea si se presenta como una teoría del juicio, en la medida en la que no es posible demostrar que el razonamiento decisorio tenga una estructura silogística, mientras que sí es posible demostrar que tiene una estructura contraria. Además, es incompleta si se presenta como una teoría de la motivación, debido a que la estructura deductiva es sólo un componente de la motivación, en tanto que hay razones decisivas para refutarla si se presenta como una teoría de lo que la motivación debería ser. Finalmente, la misma doctrina carece de significado si se presenta contemporáneamente como una teoría tanto del juicio como de la motivación. (TARUFFO, 2006, p. 145)³³

expressavam a palavra do Deus Vivo. A lição desse relato é clara: duas interpretações opostas podem ser igualmente respeitáveis, e não é necessário condenar como desarrazoado pelo menos um dos intérpretes.”

³³ Tradução livre: Um primeiro limite essencial se desprende da não compreensão adequada do que é, ao contrário, uma peculiaridade fundamental da doutrina do silogismo judicial, consistente no fato de que esta propõe o modelo lógico da decisão sem distinguir entre a atividade que o juiz realizar para alcançar a decisão e o raciocínio justificativo que é expressado pela motivação. Na realidade, a doutrina do silogismo judicial se apresenta essencialmente como uma teoria da decisão (é dizer, uma teoria da atividade decisória realizada pelo juiz), mas é uma teoria da decisão que se funda evidentemente sobre uma teoria do modo pelo qual é enunciada a decisão – é dizer, uma teoria da motivação – e sobre o pressuposto de que a estrutura do raciocínio decisorio coincide com a estrutura do raciocínio expressado pela motivação. Pelo que consta, o vício da doutrina do silogismo judicial que deriva do equívoco de dito pressuposto foi colocado em relevo, em algumas passagens isoladas, somente por Carnelutti, mas se trata de uma consideração decisiva com a finalidade de valorar tanto à mesma doutrina do silogismo judicial, como às críticas que se fizeram à mesma. Sob o primeiro aspecto, a doutrina em questão resulta ambígua na medida em que não fica claro se se trata de uma teoria da decisão, da motivação, ou de ambas. Por outra parte, é equivocada se se apresenta como uma teoria da decisão, na medida em que não é possível demonstrar que o raciocínio decisorio tenha uma estrutura silogística, enquanto que, sim, é possível demonstrar que tem uma estrutura contrária. Ademais, é incompleta se se apresenta como uma teoria da

Portanto, no presente trabalho, entende-se que a fundamentação das decisões judiciais é tema distinto do processo decisório, embora com ele se relacione intimamente.

Conforme apresentado acima, a motivação é uma reconstrução *a posteriori* do raciocínio que conduziu a formação da convicção do magistrado, e destina-se a justificar a decisão tomada (e conseqüentemente, as *escolhas* tomadas neste caminho).

Feitos estes apontamentos para esclarecer que não se considera a motivação uma reprodução fiel do *iter* decisório, passa-se à análise das funções que a motivação desempenha.

3.2.1. CONTROLE ENDOPROCESSUAL: IMPUGNAÇÃO PELAS PARTES

Barbosa Moreira (1980, p. 86-88), ao tratar do dever de motivar as decisões judiciais, relata que, tendo em vista que o dever de motivar surgiu, em diferentes ordenamentos jurídicos, em meio a circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais muito diversas, não seria possível afirmar que a regra emergiria de algum princípio inspirador comum ou uniforme. Contudo, isso não constituiria obstáculo para justificar o dever de motivar, sob o ângulo da política legislativa.

De acordo com referido autor, uma linha tradicional de pensamento relacionava o dever de motivar à racionalização da atividade jurisdicional – portanto, uma significação técnica. Para esta corrente, a motivação seria relevante para a correta definição do conteúdo do respectivo julgado, fundamental para a delimitação do âmbito da coisa julgada. Ainda de acordo com Barbosa Moreira, o papel da motivação era justificado, por outra corrente, com ênfase na “economia das impugnações”. Embora “deixando de lado, porque frequentemente desmentido na prática, o suposto valor persuasivo das boas fundamentações, a que se pretende atribuir o efeito de desencorajar a interposição de recursos” (MOREIRA, 1980, p. 86), o autor reconhece, junto com a segunda corrente, inegável importância no papel da motivação para a recorribilidade (de modo que os interessados recorram adequadamente, conhecendo as razões do julgado) e

motivação, tendo em vista que a estrutura dedutiva é só um componente da motivação, de modo que há razões decisivas para refutá-la se se apresentar como uma teoria do que a motivação deveria ser. Finalmente, a mesma doutrina carece de significado se se apresenta contemporaneamente como uma teoria tanto da decisão como da motivação.

no controle das decisões judiciais (de modo que os órgãos superiores possam conhecer e levar em conta as razões de decidir quando do julgamento de impugnação contra aquela decisão). Piero Calamandrei, citado por Barbosa Moreira, enfatiza, em sua obra, este papel técnico da fundamentação das decisões judiciais³⁴.

Contudo, no entender de Barbosa Moreira (1980, p. 87), as funções centrais expostas acima têm peso variável e alcance limitado. Ao argumento do papel da motivação para a recorribilidade e controle das decisões judiciais, poderia ser oposta objeção, inclusive respaldada em exemplos históricos, no sentido de que poderiam ser fornecidos às partes ou aos órgãos revisores os elementos de que precisam (razões de decidir), sem adotar a regra da fundamentação obrigatória e pública das decisões, estabelecendo, por exemplo, que as razões sejam comunicadas, mediante requerimento, ao interessado, ou enviadas, de maneira reservada, ao órgão revisor.

Ainda de acordo com Barbosa Moreira, poderia acrescentar-se a seguinte situação: se os fundamentos do dever de motivar são apenas a recorribilidade e a controlabilidade das decisões judiciais, pronunciamentos que não comportem revisão (prolatados pelos órgãos de cúpula do Judiciário, por exemplo) dispensariam motivação. Obviamente, tal assertiva não parece adequada, até mesmo porque os pronunciamentos dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário *constituem orientação* a ser seguida pelos jurisdicionados e pelos demais órgãos do Judiciário, e porque *são a palavra final sobre o caso* (se destina a prevalecer em definitivo), sendo necessário apresentar às partes os motivos pelos quais a tutela jurisdicional pleiteada lhes foi concedida ou negada, apesar de seus argumentos em sentido diverso.

Na sequência, Barbosa Moreira (1980, p.87-88) disserta sobre o tratamento, à época, mais moderno do problema (veja-se que a obra em referência foi publicada antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988):

6. O tratamento mais moderno do problema utiliza outro enfoque. Não se nega a importância dos aspectos puramente técnicos, ou pelo menos de alguns deles; mas é alhures que se coloca a tônica. Vai-se firmando a convicção de que o problema se põe, antes de tudo, no plano dos princípios fundamentais, de ordem política – no mais nobre sentido da palavra –, que devem presidir à disciplina da atividade estatal, *in genere*, e da atividade jurisdicional, *in specie*. Nesse contexto, avulta a idéia de *garantia* como

³⁴ “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de 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 desorientou.” (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida.

Várias são as manifestações dessa função de garantia que se atribui à obrigatoriedade (e à publicidade) da motivação. Ela começa por ministrar elementos para a aferição, *in concreto*, da *imparcialidade do juiz*: só pelo exame dos motivos em que se apóia a conclusão poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes.

O mesmo se dirá da *legalidade da decisão*: sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme à lei. Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pela opção valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, “exercício regular de direito”, “interesse público” e outros análogos; e que as hipóteses de discricionariedade concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor da discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio. Ainda fora, porém, desses casos-limite, é ocioso frisar a importância da motivação para o controle da solução dada quer às *quaestiones iuris*, quer às *quaestiones facti*, e em particular da observância de normas como a que veda ao juiz levar em conta elementos não constantes dos autos (Código de Processo Civil, art. 131, 1.^a parte, *a contrario sensu*) ou a que proíbe de conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito se exija a iniciativa da parte (art. 128, *fine*), ou as regras legais sobre valoração das provas (arts. 364, 365, 366, 367 etc.).

Last but not least, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em Juízo *de modo efetivo*, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui “o mais válido ponto de referência” para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa. (MOREIRA, 1980, p. 87-88)

Portanto, a motivação obrigatória e pública das decisões judiciais exerce papel relevante para a recorribilidade e controlabilidade das decisões judiciais, permitindo às partes e às instâncias revisoras conhecer e avaliar as justificativas da decisão, embora sua função não se esgote nisso.

Trata-se de função relacionada ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a possibilidade de manejo dos recursos a eles inerentes.

Entretanto, pode-se afirmar, junto com Barbosa Moreira, que a tônica, no processo civil contemporâneo, não deve se dar sobre a função *endoprocessual* das

decisões judiciais, já que, a se considerar um direito processual de caráter mais publicístico do que privatístico (como é hoje), a motivação da decisão não interessa apenas às partes daquele processo.

É que se passa a examinar no próximo tópico.

3.2.2. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO EXTRAPROCESSUAIS

Talvez mais importante do que a função *endoprocessual* (ou técnica) do dever de fundamentação, seja sua função *extraprocessual*: legitimar o exercício do poder jurisdicional, permitir um controle social democrático e informar aos demais jurisdicionados quais foram os motivos e normas jurídicas aplicados no julgamento, de modo a permitir-lhes conhecer o *direito jurisprudencial* de sua sociedade, para que possam fazer suas escolhas e posicionar-se em relação a elas – ou seja, viabilizar o exercício da autonomia privada.

Barbosa Moreira leciona que:

O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, “a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra justiça”; e “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como “privilégio” dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e a cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da *motivação obrigatória e pública*.

9. O controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições. (MOREIRA, 1980, p. 90)

Vale recordar que os membros do Poder Judiciário brasileiro são os únicos membros dos poderes da República não eleitos pela população, por meio do voto. A legitimação de sua atuação se dá, portanto, *a posteriori*, no exercício diuturno da

jurisdição, e não *a priori*, pela via eletiva por meio da qual pudessem ter sido escolhidos.

Isso significa que a jurisdição se legitima, particularmente, pela fundamentação das decisões. E quanto mais drásticas ou quanto maiores as repercussões de uma determinada decisão, maior a carga argumentativa que recai sobre sua respectiva fundamentação – de modo inclusive a *convencer* a sociedade de que aquela é a decisão mais correta para o caso, com base no direito vigente produzido democraticamente.

Nesse sentido, Márcio Luís de Oliveira:

No que concerne à legitimidade, a fundamentação da decisão é o requisito justificador da titularidade e do exercício da autoridade do órgão judicial no caso *sub judicie*. Logo, é na sua fundamentação que a decisão judicial se legitima não só perante as partes e seus advogados, mas também em relação a todos aqueles que, de alguma forma e em algum momento, compuseram o processo (terceiros intervenientes, informantes, testemunhas, peritos, agentes da secretaria judicial, terceiros expectadores, Ministério Público e eventualmente até mesmo a coletividade, em se tratando de ações de amplitude coletiva). E, ao se legitimar por intermédio de sua fundamentação, a decisão desvela a natureza relacional do poder (ordem-obediência) e satisfaz as exigências previamente determinadas pelo processo coletivo democrático; um processo que se expressa tanto na elaboração da norma jurídica quanto na sua aplicação e eficácia (no caso, o ato decisório judicial).

Nesses termos, o órgão judicial que, na sentença, fixa uma ordem a ser cumprida pelas partes recebeu previamente, do próprio sistema jurídico e da observância da garantia constitucional das partes à fundamentação da sua decisão, a autoridade para ordenar e, por conseguinte, para ser obedecido. É, pois, na fundamentação da decisão que o Estado Democrático-Constitucional de Direito, no âmbito da função jurisdicional, se faz revelar em sua concretude e plenitude. (OLIVEIRA, 2016, p. 169-170)

Trata-se de uma forma relevante de controle, ainda que atípica, caracterizada pela possibilidade de qualquer um do povo conhecer as razões de determinada decisão (exceto naquelas hipóteses de sigilo, previstas em lei), inclusive podendo posicionar-se sobre ela.

Esta publicidade dos motivos da decisão, como dito acima, serve como um mecanismo de controle (pois a publicidade atua como um constrangimento para arbitrariedades, abusos ou desvios, que podem chegar ao amplo conhecimento da sociedade, caso ocorridos) e informa aos demais jurisdicionados quais foram os motivos e normas jurídicas levados em conta no julgamento, bem como suas respectivas interações.

José Garberí Llobregat, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol a respeito do *direito fundamental a uma decisão judicial fundamentada no*

direito, examina o entendimento daquela Corte acerca do que seriam fundamentações *arbitrárias* ou *irrazoáveis*:

Pero, en la configuración de los contenidos esenciales del derecho a obtener una resolución judicial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido mucho más allá, no contentándose con exigir que dicha resolución sea de fondo cuando no existan óbices o defectos procesales, sino reclamando también que la misma sea *motivada y fundada en Derecho* (requisitos éstos de la motivación y de la fundamentación jurídica que se analizarán seguidamente) y también *congruente* (requisito éste de la congruencia que será objeto de examen en un apartado posterior).

[...]

b) La exclusión de las resoluciones judiciales *arbitrarias e irrazonables*

Así, es claro que una resolución judicial arbitraria o irrazonable desde el punto de vista de su fundamentación jurídica es capaz de lesionar el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Pero, en cambio, no está tan claro en qué supuestos puede decirse que una concreta resolución judicial es arbitraria o irrazonable, y ello porque, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha llegado a emplear exactamente la misma fundamentación para definir la arbitrariedad que para definir la irrazonabilidad.

En efecto, tal ocurre, por ejemplo, en la STC 109/2006, de 3 de abril, donde se utiliza para definir la *arbitrariedad* idéntica argumentación a la empleada, también a título de ejemplo, por la STC 334/2006, de 20 de noviembre, para definir la *irrazonabilidad*. Sin embargo, atendiendo a esos mismos y a otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, quizás sí puede llegar a diferenciarse uno y otro defecto, sentando al efecto las siguientes conclusiones:

1.^a) La arbitrariedad no sólo comprende aquellos casos en los que (a) la resolución *carece de motivación*, sino también aquellos otros (b) en los que, estando motivada la decisión contenida en la resolución judicial, sin embargo *la misma no es más que una apariencia de justicia*, así como también (c) los resultados irregulares o paradójicos cuando, como consecuencia de la resolución de un recurso, se anulan resoluciones judiciales sobre la base de una lectura meramente formal de la reglas procesales de congruencia, desconociéndose así derechos reconocidos en otras instancias judiciales, lo que da lugar a la producción de una situación equiparable a una verdadera denegación de justicia (STC 109/2006, de 3 de abril).

2.^a) La irrazonabilidad concurre (a) en aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual e argumental, se comprueba que *parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas* (SSTC 334/2006, de 20 de noviembre, 132/2007, de 4 de junio), y también en aquellas resoluciones que (b) *aplican una norma que resulta decisiva para el fallo que se encuentra derogada* (STC 290/2006, de 9 de octubre). (LLOBREGAT, 2008, 79-84)³⁵

³⁵ Tradução livre: Porém, na configuração dos conteúdos essenciais do direito a obter uma decisão judicial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional foi muito mais além, não se contentando em exigir que dita decisão seja de mérito quando não existam óbices ou defeitos processuais, senão reclamando também que a mesma seja *motivada e fundada no Direito* (requisitos estes da motivação e da

Também permite que os demais integrantes do meio jurídico conheçam e critiquem a decisão (colocando-se contra ou a favor dela), em trabalhos acadêmicos, doutrinários e manifestações processuais posteriores, contribuindo para um controle da aplicação do direito (ainda que não se trate de revisão da decisão do processo do qual se originou um determinado entendimento).

Um dos postulados do Estado de Direito é a segurança jurídica, assim entendida não só como estabilidade das normas que regulam a vida em sociedade, como também o respeito aos princípios da confiança e da não surpresa.

Disso decorre que é uma homenagem à segurança jurídica dar publicidade às decisões do Poder Judiciário, inclusive com seus fundamentos, de modo que as pessoas possam se portar em conformidade a este entendimento, ou, até mesmo, buscar a superação de determinado entendimento pelos meios cabíveis, se for o caso.

Portanto, é possível afirmar que, apesar de o dever de motivar as decisões judiciais desempenhar funções técnicas *endoprocessuais* (recorribilidade e revisibilidade das decisões judiciais), sua maior relevância transparece nas funções *extraprocessuais*, intrinsecamente ligadas ao postulado do Estado de Direito: legitimar o exercício do poder jurisdicional, permitir um controle social democrático das decisões

fundamentação jurídica que se analisarão a seguir) e também *congruente* (requisito este da congruência que será objeto de exame em um apartado posterior). b) A exclusão das decisões judiciais arbitrárias e irrazoáveis. Assim, é claro que uma decisão judicial arbitrária ou irrazoável pelo ponto de vista de sua fundamentação jurídica é capaz de lesionar o direito a obter uma decisão judicial fundada no Direito, consagrado no art. 24.1 CE. Mas, por outro lado, não está tão claro em que supostos pode se decidir que uma decisão judicial concreta é arbitrária ou irrazoável, e isso porque, por exemplo, o Tribunal Constitucional chegou a empregar exatamente a mesma fundamentação para definir a arbitrariedade que para definir a irrazoabilidade. Com efeito, isto ocorre, por exemplo, na STC 109/2006, de 3 de abril, onde se utiliza para definir *arbitrariedade* idêntica argumentação à empregada, também a título de exemplo, pela STC 334/2006, de 20 de novembro, para definir a irrazoabilidade. Sem embargo, atendendo a esses mesmos e a outros pronunciamentos do Tribunal Constitucional, talvez se possa chegar a diferenciar-se um e outro defeito, assentando ao final as seguintes conclusões: 1.^a) A arbitrariedade não só compreende aqueles casos em que (a) a decisão carece de motivação, senão também aqueles outros (b) em que, estando motivada a determinação contida na decisão judicial, sem embargo a mesma não é mais do que uma aparência de justiça, assem como também (c) os resultados irregulares ou paradoxais quando, como consequência da decisão de um recurso, se anulam decisões judiciais com base em uma leitura meramente formal das regras processuais de congruência, desconhecendo-se assim direitos reconhecidos em outras instâncias judiciais, o que dá lugar à produção de uma situação equiparável a uma verdadeira denegação de justiça (STC 109/2006, de 3 de abril). 2.^a) A irrazoabilidade ocorre (a) naquelas decisões judiciais que, a primeira vista e sem necessidade de maior esforço intelectual e argumental, se comprova que *partem de premissas inexistentes ou patentemente errôneas ou seguem um desenvolvimento argumentativo que incorre em quebras lógicas de tal magnitude que as conclusões alcançadas não se podem considerar baseadas em nenhuma das razões aduzidas* (SSTC 334/2006, de 20 de noviembre, 132/2007, de 4 de junho), e também naquelas decisões que (b) *aplicam uma norma que resulta decisiva para o despacho que se encontra derogado* (STC 290/2006, de 9 de outubro).

judiciais e informar aos demais jurisdicionados quais foram os motivos e normas jurídicas imbricados no julgamento, concretizando o princípio da segurança jurídica.

3.2.3. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, CONVENCIMENTO E RACIONALIDADE DA DECISÃO

Humberto Maturana (1988, p. 296-297), neurobiólogo chileno conhecido por sua obra na área da epistemologia, ao tratar da ontologia da cognição, explica que, no caminho explicativo da “objetividade sem parênteses”³⁶, afirmações cognitivas tais como ‘eu sei que isto é assim’ “são necessariamente afirmações implícitas de um acesso privilegiado a uma realidade objetiva independente, e, portanto, são petições de obediência” (MATURANA, 1988, p. 297).

Independentemente da vontade ou intenção do “observador falante”, este tipo de afirmação carrega, em si, a afirmação de que se trata de um argumento definitivo, e, portanto, “quem não o segue é irracional, estúpido ou louco”, ou seja, a negação dos observadores que não concordam com a afirmação (MATURANA, 1988, p. 297). Configura, portanto, a utilização de um argumento coercitivo.

No caminho explicativo da “objetividade entre parênteses”, o “observador falante” tem consciência de que existem diversos domínios diferentes da realidade, igualmente válidos, e que suas afirmações definitivas não podem constituir petições de obediência (argumentos coercitivos). Assim:

[...] nesse caminho explicativo, afirmações cognitivas operam como convites para se entrar no mesmo domínio de realidade que o falante, e independentemente de serem ou não aceitos, eles são ouvidos como tais. No caminho explicativo da objetividade entre parênteses, desacordos cognitivos não envolvem a negação do outro; eles são operações legítimas em domínios cognitivos diferentes e seu reconhecimento constitui a possibilidade de um conversar que pode levar a um novo domínio da realidade, onde as partes em desacordo podem coexistir. (MATURANA, 1988, p. 297)

Michele Taruffo, reportando-se à lógica silogística da fundamentação das decisões característica do positivismo jurídico, evidencia a intenção coercitiva por trás deste estilo de fundamentação:

³⁶ Conceito formulado pelo autor para ilustrar um paradigma de racionalidade no qual o observador se afirma capaz de conhecer objetivamente a realidade, e que está caindo em desuso na contemporaneidade devido ao reconhecimento dos limites cognitivos do ser humano em relação ao que seria a realidade.

La motivación, en la medida en la que está rígidamente estructurada según una combinación de pasos lógicos indudables, se presenta más bien como un modo para imponer la decisión, reforzando su autoridad formal y sustancial, en el sentido de que tiende a demostrarla, más que a justificarla, poniendo en evidencia sus características de necesidad racional. En sustancia, una motivación concebida de esta manera, tiende a demostrar que la decisión es la única solución posible de la controversia: es un medio para eliminar el posible disenso, más que para suscitar un consenso crítico. La función ideológica de la imagen deductiva de la motivación se evidencia además también si se considera el problema desde el punto de vista de la exigencia, a la cual responde la motivación, de permitir un control externo sobre la validez de la decisión. Una motivación en la cual domina el elemento lógico formal evidentemente no permite otra cosa más que un control de coherencia lógico formal, que abarca sólo la validez de las operaciones deductivas en las cuales el juez articula su propia demostración. De hecho, en tanto más estrecho sea el nexo deductivo que vincula la decisión con los presupuestos de hecho y de derecho fijados por el juez, más formal se vuelve el control, y resulta más claro y necesario el paso de las premisas a la decisión. De esta manera, la intensidad de la formalización sistemático-deductiva de la motivación establece los límites del control que se tiene sobre los fundamentos reales de la decisión, y determina el grado de eficacia de la motivación como instrumento de imposición autoritativa de la decisión misma. Ese grado de eficacia que será mayor en la medida en la que más difícil sea superar el nivel de una verificación meramente formal de la coherencia lógica de la decisión *iuxta propria principia*. La función ideológica de la doctrina que estamos examinando en relación con la motivación se concretiza, por lo tanto, en la tendencia a hacer que la motivación se base en vínculos deductivos, excluyendo en la mayor medida posible los momentos de elección discrecionales, de incertidumbre teórica y de valoración contingente; el objetivo es el de presentar a la decisión como necesaria e inevitable, volviendo a su fundamento inatacable al menos desde el perfil —que por lo demás es de un dominio más fácil por parte del juez, y tiene, además, una menor relevancia políticosocial— de la mera coherencia formal. La función prevaleciente de la motivación tiende a ser, por lo tanto, la de restringir el eventual disenso en relación con los criterios de juicio y de su aplicación, que la misma motivación no permite conocer, y la de inducir automáticamente el consenso en torno a una decisión que tiende a presentarse como la única consecuencia posible de las condiciones existentes en el caso concreto. (TARUFFO, 2006, p. 152-153)³⁷

³⁷ Tradução livre: A motivação, na medida em que está rigidamente estruturada segundo uma combinação de passos lógicos indubitáveis, se apresentar mais como um modo para impor a decisão, reforçando sua autoridade formal e substancial, no sentido de que tende a demonstrá-la, mais que a justificá-la, colocando em evidência suas características de necessidade racional. Em substância, uma motivação concebida desta maneira, tende a demonstrar que a decisão é a única solução possível da controvérsia: é um meio para eliminar o possível dissenso, mais que para suscitar um consenso crítico. A função ideológica da imagem dedutiva da motivação se evidencia também se se considera o problema pelo ponto de visto da exigência, à qual responde a motivação, de permitir um controle externo sobre a validade da decisão. Uma motivação na qual domina o elemento lógico-formal evidentemente não permite outra coisa mais que um controle de coerência lógico-formal, que abarca só a validade das operações dedutivas nas quais o juiz articula sua própria demonstração. De fato, quanto mais estrito seja o nexo dedutivo que vincula a decisão com os pressupostos de fato e de direito fixados pelo juiz, mais formal se torna o controle, e se torna mais claro e necessário a transmissão das premissas da decisão. Desta maneira, a intensidade da formalização sistemático-dedutiva da motivação estabelece os limites do controle que se tem sobre os fundamentos reais da decisão, e determina o grau de eficácia da motivação como instrumento de imposição autoritativo da decisão mesma. Esse grau de eficácia que será maior na medida em que seja mais difícil superar o nível de uma verificação meramente formal da coerência lógica da decisão *iuxta propria principia*. A função ideológica da doutrina que estamos examinando em relação à

No campo jurídico, as lições de Maturana, citadas no início do presente capítulo, se prestam a reforçar o papel do contraditório substancial na formação do provimento jurisdicional: à medida em que se iniciou o processo de transição do paradigma de racionalidade (matemático, lógico e cartesiano) da modernidade para o novo paradigma de racionalidade da contemporaneidade (consciente do relativismo inerente aos processos cognitivos humanos, que influenciam toda e qualquer percepção e explicação da realidade, inclusive aquelas que são feitas no bojo de um processo judicial), também a cognição num processo judicial (pretensamente dotado de substancial racionalidade, de modo a manter a coerência e a integridade do sistema jurídico, visando à concretização de um ideal de justiça) precisa passar por um processo de reformulação, já que não se nega mais hoje que existam valorações axiológicas, escolhas discricionárias e interpretações de conceitos indeterminados por parte do julgador (sobretudo em razão do redimensionamento do papel dos princípios no ordenamento jurídico nas teorias pós-positivistas e em razão da ampla propagação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nas leis mais recentes).

Assim, não é mais admissível (também sob o prisma epistemológico, além dos prismas filosófico, teórico, constitucional e legal) que o juiz se atribua um conhecimento privilegiado e objetivo da realidade imbricada na lide, como se o conhecimento da realidade fosse de seu exclusivo domínio (simplesmente negando as partes). Pelo contrário, precisa ter consciência de que, como ser humano que é, tem limites cognitivos e, sua compreensão, por mais bem intencionada que seja, alcançará apenas um determinado domínio da realidade – aquele reconstruído pelas provas produzidas no processo, que intencionam reconstituir versões da realidade, conformadas aos interesses das partes, ou seja, a chamada verdade processual.

motivação se concretiza, portanto, na tendência a fazer que a motivação se baseie em vínculos dedutivos, excluindo na maior medida possível os momentos de escolhas discricionárias, de incerteza teórica e de valoração contingente; o objetivo é o de apresentar a decisão como necessária e inevitável, tornando seu fundamento inatacável, ao menos pelo perfil – que, além do mais, é de um domínio mais fácil por parte do juiz, e tem uma menor relevância político-social – da mera coerência formal. A função prevalecente da motivação tende a ser, portanto, a de restringir o eventual dissenso em relação aos critérios da decisão e de sua aplicação, que a mesma motivação não permite conhecer, e a de induzir automaticamente o consenso em torno de uma decisão que tende a se apresentar como a única consequência possível das condições existentes no caso concreto.

Além disso, Eugenio Raúl Zaffaroni ressalta também a impossibilidade de que qualquer juiz seja “ideologicamente neutro”, tendo em vista estar inserido como ser humano em um determinado contexto político e social:

A tarefa de interpretar a lei para aplica-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas. Não há dúvida de que, diante de certos problemas, a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um socialista ou um democrata-cristão, mas isso não obedece a que qualquer comitê partidário lhe distribua ordens e menos ainda a corrupção. Fora de qualquer patologia institucional, isso obedece a uma certa coerência necessária e saudável entre a concepção do mundo de cada um e a sua concepção do direito (que é algo que “está no mundo”).

O juiz não pode ser alguém “neutro”, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz. Como bem se tem assinalado, “nem a imparcialidade nem a independência pressupõem necessariamente a neutralidade. Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar de serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre quês bases são tomadas essas decisões.

Ao inexistir a “neutralidade” ideológica, ao mostrar-se sua proclamação como simples cobertura consciente ou inconsciente de uma parcialidade ideológica, ao resultar a sua compreensão apenas em um sinal de escassa inteligência ou de imaturidade onipotente, a questão que se coloca é como pode operar imparcialmente – tal como o exige a jurisdição – quem, pelo mero fato de sua condição humana, seja sempre “parcial”. Há muitos anos, este paradoxo fora manifestado por Carnelutti, embora terminasse exigindo do juiz uma espécie de “super-humanidade”, da qual não compartilhamos em absoluto.

Nos limites de um sistema político autoritário, a solução a este aparente paradoxo seria impossível, ou seja, um sistema autoritário terá sempre juízes parciais (quer dizer, juízes que o serão pouco, ou não o serão), que é o que o sistema autoritário deseja, porque pede parcialidade, sendo incomodado pela imparcialidade, embora declare o contrário.

(...)

Não há outra imparcialidade humana além da que provém do pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro de sua estrutura.

Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma construção artificial, um produto da retorta ideológica, um homúnculo repellido pela realidade. A promoção deste estereótipo não produz mais do que os juízes completamente arbitrários e voluntariosos, porque não há maior arbitrariedade do que a daqueles que acreditam realmente que são “objetivos”. Ninguém pretende impor a outros seus valores subjetivos, senão sob o pretexto de sua “objetividade”. Todas as intolerâncias são produto destes discursos. Se a estrutura judiciária estiver muito deteriorada e já nem sequer tratar de produzir juízes “assépticos” no sentido burocrático, mas

homens completamente submetidos aos designios do poder de plantão, com o conseqüente efeito corruptor, a “assepsia” passa a ser a máscara ou o pretexto para os comportamentos mais inconfessáveis. (ZAFFARONI, 1995, p. 92-93)

Desse modo, para uma formação adequada do provimento jurisdicional, é imprescindível que o juiz *dialogue* com partes (não no sentido de renunciar à autoridade que o Estado lhe atribui para decidir a lide, mas no sentido de ao menos considerar o que alegam autor e réu, antes de exarar um ato de autoridade dotado de poder coercitivo), de modo a apreender da forma mais ampla possível os aspectos envolvidos na lide, formando o melhor convencimento possível sobre os fatos e sobre o direito. De outro modo, restará perpetuada a situação descrita por Michele Taruffo:

Assim, enquanto o jurista torna-se o verdadeiro destinatário da sentença, e põe-se como intermediário inevitável entre o juiz e o ambiente social, em relação às partes e aos não-juristas em geral verifica-se um fenômeno de alienação, pelo qual a sentença se afigura como um ato imposto de modo autoritário por um poder que opera por razões ocultas. (TARUFFO, 1988, p. 210 apud SANTOS, 1997, p. 72)

Isto implica no reconhecimento (também por um fundamento epistemológico, além dos jurídicos, tradicionalmente abordados quando se fala no conceito contemporâneo de contraditório) do dever do juiz (e do correspondente direito das partes) de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas pelas partes, de modo que elas vejam seus argumentos contemplados pelo órgão julgador³⁸.

Retornando à doutrina propriamente jurídica, Beclate Oliveira Silva (2015, p. 360), sobre o conceito de *fundamentação* das decisões judiciais, leciona que “pode-se afirmar que fundamentar explicita a ideia de conferir fundamentos, alicerces, fundar. Indica a ideia de que a decisão tem solidez, densidade. Não se abala com vergastas eventuais. Permanece firme, já que (pro)fundamente!”.

A relação entre juiz e partes integra, contemporaneamente, o *devido processo legal*. Utilizando-se uma figura de linguagem, observa-se que “falar com alguém que não ouve” (ou que não responde), não constitui um diálogo, e portanto, num processo judicial, não configura uma forma legítima de exercício do contraditório substancial e, conseqüentemente, não integra o devido processo legal.

³⁸ A respeito, reporta-se ao acórdão que será mais bem examinado no tópico 3.2. do presente trabalho, prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual foi examinada a doutrina alemã sobre os direitos inerentes ao contraditório substancial – MS 24268, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

O conceito de *contraditório substancial*, hoje, exige *dialeticidade* no processo, que se concretiza quando a prolação da decisão é precedida por um efetivo debate entre as partes, no qual o envolvimento do magistrado se revela quando enfrenta, no momento de sua decisão, os argumentos relevantes deduzidos pelas partes. O direito das partes de verem seus argumentos levados a sério e de forma detida na decisão é, portanto, reflexo desta dimensão substancial do contraditório. E exigir que exista tal momento de debate no processo não significa anular, ou sequer mitigar, o poder-dever do magistrado de exercer o poder jurisdicional, pois não interfere com a possibilidade de o magistrado decidir da forma como restar convencido ao final, desde que atendidos os pressupostos de um processo justo e uma decisão adequadamente fundamentada. De acordo com Fernando Gonzaga Jayme:

A observância da garantia do devido processo legal visa a assegurar um processo justo que regula a atuação das partes e do juiz no procedimento que se realizada em contraditório. Manifesta será a arbitrariedade quando se privar alguém de sua liberdade ou de seu patrimônio sem assegurar-lhe, previamente, acesso ao devido processo legal. (...). O processo, enquanto instrumento de realização do direito substancial, tem de ser tempestivo e deve velar para que o procedimento se desenvolva sem dilações indevidas, conforme regras previamente estabelecidas, que assegurem a participação em contraditório das partes e que o julgador competente, independente e imparcial, profira uma sentença fundamentada, admitindo-se, quando não excepcionado pela Constituição da República, o duplo grau de jurisdição. (JAYME, 2008, p. 246)

Não se pode olvidar, também, que, dentro da função técnica da motivação, deixar de fundamentar adequadamente uma decisão acarreta o risco de deixar de levar em conta aspectos relevantes do caso, e, por consequência, conduzir a uma decisão diversa da que seria a solução juridicamente adequada – e à que seria adotada pelo mesmo magistrado, caso tivesse levado em consideração os aspectos negligenciados.

A se considerar que o art. 489, § 1º do CPC/2015 está inserido em uma legislação nova, que tem sido reconhecida como uma legislação que aumentou os poderes do juiz para direção, instrução e julgamento do processo, referida exigência parece ser um contrapeso fundamental para manutenção do equilíbrio processual, de modo a configurar um efetivo devido processo legal, a concretizar a dimensão substancial do contraditório e a evitar arbitrariedades, abusos ou desvios.

Como sustenta LUGA (2015, p. 27), “quanto maiores os poderes atribuídos ao Estado-juiz, maior têm que ser a profundidade e completude das decisões judiciais”. E tal preocupação democrática não poderia ser diferente, se se pensar que este é o

primeiro Código, na história da legislação processual civil brasileira, criado, desde sua tramitação até sua publicação, em regime constitucional democrático (MADEIRA, 2015, p. 212).

4. ELEMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL DE MÉRITO

A sentença (seja terminativa, seja definitiva) no direito processual brasileiro deve ser composta por relatório, fundamentação e dispositivo, conforme *caput* do art. 489 do CPC/2015.

Apesar de a literalidade do *caput* do art. 489 do CPC/2015 fazer referência exclusivamente à sentença, pode-se concluir que tais elementos essenciais se estendem a qualquer decisão *de mérito*, assim definida pelo art. 487 do CPC/2015 como a decisão em que o juiz: (I) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; (II) decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; (III) homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, a transação, ou a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção; inclusive quando tais questões forem resolvidas em decisões interlocutórias ou acórdãos.

O relatório seria a primeira parte da sentença, na qual devem constar a síntese da demanda e seus fundamentos, da resposta do réu e das ocorrências mais relevantes do processo. Consiste numa espécie de reconstrução cronológica sintética dos argumentos e ocorrências processuais relevantes. É no relatório que serão delimitadas as questões a serem julgadas, com base na *litis contestatio*. Não há óbices a que seja sintético, desde que não haja prejuízo a um relato adequado da demanda e seus fundamentos, resposta do réu e ocorrências processuais relevantes.

Em seguida, viria a fundamentação da decisão, na qual o juiz analisará as questões de fato e de direito, conforme já delimitadas no relatório.

Ao final, a decisão conteria o dispositivo, no qual seria descrita com precisão a tutela jurisdicional entregue naquela ação (se houver julgamento de mérito), ou as razões pelas quais não foi possível entregar a tutela jurisdicional naquele caso (no caso das extinções do processo sem resolução de mérito).

A estrutura da decisão estabelecida no art. 489 do CPC/2015 é a mesma que vinha positivada no art. 458 do CPC/1973 (primeiro se apresenta a fundamentação, depois se apresenta o dispositivo), e difere-se da estrutura adotada em outros ordenamentos jurídicos, como o inglês, em que o dispositivo da decisão precede a fundamentação, de modo a espelhar, com mais fidelidade, o caminho trilhado no processo decisório. Isso porque, há teorias que tentam entender o processo psicológico

cognoscitivo que suporta a emissão de decisões judiciais e que sustentam que, quando da exteriorização da decisão por meio da sentença, a decisão em si já foi tomada pelo julgador, e a elaboração da decisão escrita (inclusive a apresentação de sua fundamentação) não seria um espelho fiel do caminho trilhado no processo decisório, mas uma justificação racional *a posteriori* para a decisão tomada.

Nesse sentido, Michele Taruffo:

La relación examinada es, en efecto, compleja y mediada a través de un esquema que puede representarse, de manera sintética, de la siguiente manera: razonamiento decisorio (actividad) / decisión (resultado) / razonamiento justificativo (actividad) / motivación (resultado). [...] El mismo muestra además, de manera evidente, que si bien los diversos elementos están vinculados recíprocamente por el hecho de incidir en la decisión son, sin embargo, heterogéneos entre sí, lo que permite excluir que haya una identidad estructural, particularmente entre el razonamiento decisorio y la motivación, y entre el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo. (TARUFFO, 2006, p. 204)³⁹

Ainda, Carnelutti:

El silogismo decisorio, por consiguiente, está no al inicio sino a la conclusión de un trabajo, el cual pide a la razón la comprobación de la invención. Esto no quiere decir ceder a la tentación del irracionalismo, sino dar a César lo que es de César y a Dios lo que es de Dios; poner, en suma, la razón en su puesto, que está en la retaguardia y no en la vanguardia de la marcha del pensamiento. Si no hubiese más que la razón, el hombre no pensaría; su cometido no es el del impulso, sino el del freno. Si el juez no hiciese más que razonar, no llegaría nunca a decidir. El silogismo postula el juicio, no es el juicio el que postula el silogismo.

Por eso *la estructura de la sentencia invierte la historia de la decisión*. Según la estructura, la motivación precede a la disposición: según la historia, la disposición precede a la motivación. En el principio de la historia no hay otra cosa más que una hipótesis de trabajo, sin la cual la decisión no sería posible; el razonamiento, pues, la puede aprobar como la puede destruir; entonces es necesario encontrar otra y el trabajo comienza de nuevo.⁴⁰ (CARNELUTTI, 1971, p. 247-248)

³⁹ Tradução livre: A relação examinada é realmente complexa e mediada através de um esquema que se pode representar, de maneira sintética, da seguinte maneira: raciocínio decisório (atividade) / decisão (resultado) / raciocínio justificativo (atividade) / motivação (resultado). [...] O mesmo demonstra, ademais, de maneira evidente, que se bem que os diversos elementos estão vinculados reciprocamente pelo fato de incidir na decisão, são, sem embargo, heterogêneos entre si, o que permite excluir que haja uma identidade estrutural, particularmente entre o raciocínio decisório e a motivação, e entre o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo.

⁴⁰ Tradução livre: O silogismo decisório, por conseguinte, está não no início, senão na conclusão de um trabalho, o qual pede à razão a comprovação da invenção. Isso não quer dizer ceder à tentação do irracionalismo, senão dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus; colocar, em suma, a razão em seu lugar, que está na retaguarda e não na vanguarda da marcha do pensamento. Se não houvesse mais do que a razão, o homem não pensaria; sua missão não é de impulso, senão de freio. Se o juiz não fizesse mais do que arrazoar, não chegaria nunca a decidir. O silogismo postula o juízo, não é o juízo que postula o silogismo. Por isso *a estrutura da sentença inverte a história da decisão*. Segundo a estrutura, a motivação precede à disposição: segundo a história, a disposição precede a motivação. No princípio da

Importa anotar, aqui, que não se desconhece que parte da doutrina diferencia *fundamentação* e *motivação* das decisões judiciais, como se fossem expressões substancialmente distintas.

Por exemplo, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, em obra conjunta, abordam a motivação como o apontamento “pelo juiz dos elementos que *ele* – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram que *ele* tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro” (THEODORO JR. *et. al.*, 2015, p. 304). Já a *fundamentação* incorporaria a ideia de abertura dialógica, “inerente a uma leitura contemporânea de contraditório – que é exigida na fundamentação, por meio da qual deverá o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão” (THEODORO JR. *et. al.*, 2015, p. 304).

Apesar disso, no presente trabalho, estão sendo utilizadas como expressões sinônimas, tendo em vista que não parece ser preciso estabelecer distinções entre expressões que, no léxico, aparecem como sinônimas, para ressignificá-las. A leitura contemporânea e constitucionalizada dos autores em questão a respeito do que seria a *fundamentação* das decisões judiciais deve ser aplicada à substância do ato, independentemente de referir-se a elas por *fundamentação* ou *motivação*. Nesse sentido, Michelle Taruffo (2006) se utiliza das terminologias *fundamentação* e *motivação* indistintamente, como se propõe no presente trabalho.

Assim, sobre a motivação da decisão ainda na vigência do CPC/1973, segue trecho de doutrina tradicional, de autoria de Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR., 2010), a fim de exemplificar como vinha sendo abordada a questão da fundamentação das decisões até então:

489. Motivação O relatório prepara o processo para julgamento. Mas, antes de declarar a vontade concreta da lei frente ao caso dos autos, cumpre ao juiz motivar sua decisão. Daí a necessidade de expor os fundamentos de fato e de direito que geraram sua convicção (Código de Processo Civil, art. 131). Na segunda etapa da sentença, portanto, “o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais

história não há outra coisa mais do que uma hipótese de trabalho, sem a qual a decisão não seria possível; a fundamentação, pois, a pode aprovar como a pode destruir; então é necessário encontrar outra e o trabalho começa de novo.

aplicáveis”. Cumpre lembrar que, em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes. *Jura novit curia*. [...] A falta de motivação da sentença dá lugar à nulidade do ato decisório. Tão relevante é a necessidade de fundamentar a sentença que a previsão de nulidade por sua inobservância consta de regra constitucional (CF, art. 93, IX). (THEODORO JR., 2010, p. 510-511)

A falta de qualquer dos elementos essenciais provoca a nulidade da decisão, acaso não sanada via julgamento de embargos de declaração opostos pelas partes. No caso de falta de dispositivo, há doutrinadores que entendem pela inexistência da decisão (THEODORO JR., 2010, p. 511).

A decisão judicial deve ser clara e precisa, ou seja, evitar ambiguidades, incertezas, obscuridades ou quaisquer outros vícios que possam causar incerteza ou comprometer sua adequada compreensão e execução, já que a presença destes vícios afrontaria a própria natureza da função jurisdicional (pacificação social e resolução de litígios). Para isso, a utilização de linguagem simples, direta, desprovida de prolixidade, rebuscamento ou termos em outros idiomas, e valendo-se das expressões técnico-jurídico adequadas, é medida de grande valia.

Na sequência, para viabilizar a abordagem à questão propriamente dita da fundamentação das decisões judiciais, será preciso examinar elementos da teoria da decisão judicial, como os contidos na seguinte lição de Ricardo Luis Lorenzetti:

Dedicamos os dois primeiros capítulos a apresentar um esquema do raciocínio judicial e a justificá-lo da seguinte maneira:

- Devemos começar pelo método dedutivo (prioridade argumentativa), aplicando uma regra formalmente válida ao suporte fático que ela descreve. Ir de encontro a uma regra desse tipo e fazê-la *contra legem* e omitir seus passos pode dar lugar à arbitrariedade da sentença (arbitrariedade normativa e fática).
- Essa solução deve ser controlada com os precedentes (elementos de consistência), e se estes conduzem a uma solução diferente, o juiz deve assumir o ônus da argumentação justificativa da mudança. As partes atuaram acreditando que essa regra seria mantida, porque a lei é aplicada com base na previsibilidade e na igualdade. No caso de a mudança afetar esse direito, pode ser razoável manter a solução, advertindo para uma mudança no futuro.
- O segundo controle é o da coerência com o restante do sistema jurídico, devendo ser dada prevalência à solução harmônica com o ordenamento. A coerência se presume, de maneira que, se for contrariada, deve ser assumido o ônus argumentativo correspondente. Sobre a solução harmônica quando há pluralidade de fontes, reenviamos ao Capítulo IV desta Parte.
- O terceiro controle é consequencialista, e se concentra na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que a decisão pode produzir no futuro. Funciona como um alarme para a solução: se a consequência conduzir a uma situação de prejuízo institucional, a Corte dirá que deve prevalecer esta última; portanto, deverão ser buscados os mecanismos que compatibilizem a solução com o menor dano institucional possível. Em outras hipóteses, as consequências poderão não ter essa gravidade, e o juiz poderá valorá-las conforme os princípios.

- Quando o caso apresentar dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação), no fático ou na dedução (qualificação), estaremos na presença de um caso “difícil”, para o qual o método dedutivo é insuficiente. Nessa hipótese, os passos anteriores baseados na dedução de regras não trazem uma solução, ou sugerem várias alternativas que obrigam o juiz a exercer sua discricção baseada nos critérios de validade material.

- Nessa situação, postulamos a argumentação jurídica baseada em princípios, justificando a decisão em termos de correção pelos princípios que fornecemos no Capítulo IV.

- A decisão baseada nesses procedimentos, qualquer que seja a solução final, tem a vantagem de ser explicável em termos racionais e, portanto, é suscetível de ser debatida no campo da discussão democrática ou judicial.

- Tal objetivo pode ser obscurecido pela utilização de paradigmas, porque a intervenção de iguais regras e princípios pode levar a diferentes conclusões por força da “ideologia” de quem toma a decisão. Estamos aqui diante de um caso de “intensa discricionarietà”, que, em nossa opinião, deveria ser pelo menos exposta para conhecimento e debate. Entendemos, também, que a solução nestes casos é harmonizar paradigmas que são, de certo modo, concorrentes entre si ou bem apresentam limites conflitivos ou situações extremadas que é necessário contemplar, como expusemos na Quarta Parte. (LORENZETTI, 2010, p.364-365)

Passa-se, portanto, ao exame dos requisitos para uma fundamentação adequada, tal como propostos por Ricardo Lorenzetti no trecho acima.

5. REQUISITOS PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA

A conceituação da motivação das decisões judiciais não é estanque, já que a compreensão deste instituto jurídico está, no presente momento, num processo de intensa reformulação, que afeta qualquer tentativa de definição de um conceito.

A esse respeito, Michele Taruffo leciona que:

Por otra parte, la infinita variedad de las situaciones posibles es tal que vuelve teóricamente irrelevante toda constatación de los “contenidos” en particular y, en todo caso, su sistematización unificadora debería necesariamente echar mano de los criterios estructurales y operativos antes referidos.

No tiene sentido, por lo tanto, el proponerse llegar a una definición general, positiva, absoluta del significado de la motivación. Tiene sentido, por el contrario, el plantearse acercarnos al fenómeno a través de definiciones negativas. En sustancia, ello implica una solución orgánica del problema, al que hemos episódicamente hecho referencia, de si el significado de la motivación esté o no constituido por las así llamadas “razones reales” de la decisión. Precedentemente nos hemos referido varias veces a las perspectivas de las cuales emergió la distinción entre razones reales y motivos expresos de la decisión (como, por ejemplo, la que asume la motivación como fuente de indicios sobre el comportamiento del juez);¹⁴ ahora se trata de considerar las razones de orden general que sostienen dicha distinción, debido a que su consistencia induce a excluir, precisamente, que el significado propio de la

motivación esté representado por los factores que en concreto condujeron al juez a formular su decisión.⁴¹ (TARUFFO, 2006, p. 108)

La discusión llevada a cabo en el capítulo precedente indujo a constatar que no se dispone, visto el estado actual del problema, de un modelo exhaustivo y unitario que permita identificar la estructura del juicio, ni tampoco, que es lo que más nos interesa en esta investigación, de la motivación. Por otra parte, las conclusiones negativas que alcanzamos al respecto, no tienen que ver únicamente con la insuficiencia de los modelos individuales que se tomaron en cuenta, sino que nos inducen a formular una consideración de orden más general: probablemente es imposible delinear un esquema estructuralmente homogéneo y unitario del razonamiento del juez —ya sea el decisorio como del justificativo— que permita ilustrar simultáneamente todos los momentos en los cuales se articula dicho razonamiento. (TARUFFO, 2006, p. 197-198)

Tendo em vista que o raciocínio jurídico não é exclusivamente cognitivo, como tendeu a ser durante o período em que predominou a lógica silogística, mas também valorativo, a decisão judicial deve se fundamentar também em argumentos axiológicos (ponderação de princípios, interpretação de conceitos jurídicos indeterminados etc.), de modo a reconstruir as justificativas para a decisão.

Portanto, não parece possível conceituar por inteiro a *motivação das decisões judiciais*, e, por consequência, estabelecer uma estrutura dedutiva fechada ou rigorosamente formalística para sua aplicação prática (modelo silogístico). Pelo contrário, a cada dia mais, estão presentes no direito os princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, a exigir do aplicador valorações de caráter axiológico e escolhas discricionárias entre alternativas válidas. Ainda quando não se tratem destas situações, há valores constitucionais a inspirar toda a interpretação da legislação infraconstitucional, atraindo novamente valorações de caráter axiológico.

Assim, a melhor explicação disponível hoje para o raciocínio jurídico que permeia uma decisão judicial encontra-se na teoria da argumentação, que reconhece ao discurso jurídico um caráter dialético-prático e argumentativo, e não lógico-silogístico e

⁴¹ Tradução livre: Por outro lado, a infinita variedade de situações possíveis é tal que se torna teoricamente irrelevante toda constatação dos ‘conteúdos’ em particular e, em todo caso, sua sistematização unificadora deveria necessariamente abrir mão dos critérios estruturais e operativos antes referidos. Não tem sentido, portanto, propor-se a chegar a uma definição geral, positiva, absoluta do significado da motivação. Tem sentido, pelo contrário, pretender aproximarmo-nos ao fenômeno através de definições negativas. Em substância, isso implica uma solução orgânica do problema, ao que temos episodicamente feito referência, de se o significado da motivação está ou não constituído pelas chamadas “razões reais” da decisão. Precedentemente nos referimos várias vezes às perspectivas das quais emergiu a distinção entre razões reais e motivos expressos da decisão (como, por exemplo, a que assume a motivação como fonte de indícios sobre o comportamento do juiz); agora se trata de considerar as razões de ordem geral que sustentam dita distinção, tendo em vista que sua consistência induz a excluir, precisamente, que o significado próprio da motivação esteja representado pelos fatores que em concreto conduziram o juiz a formular sua decisão.

descritivo (verificação da norma jurídica a ser aplicada a partir de um procedimento lógico-formal rigoroso, por meio do qual se verifica qual a norma *válida*).

Considerando, entretanto, que (I) o reconhecimento do caráter dialético-prático da argumentação jurídica não torna esta argumentação absolutamente carente de lógica; e que, (II) mesmo que não seguindo um *método* lógico-formal rigoroso, a motivação da decisão deve conter uma racionalidade e manter a coerência e a integridade do sistema jurídico, afastando decisionismos fruto do puro arbítrio ou vontade pessoal do julgador; é possível abordar alguns aspectos que devem ser observados na fundamentação de boa parte das decisões, e que podem servir como orientação prática para estes fins (embora não sejam generalizações suficientes a guiar a fundamentação de *todas* as decisões).

Assim, o art. 489, § 1º do CPC/2015 se mostra adequado, dentro das limitações do conhecimento jurídico atual, ao se limitar a enunciar determinadas situações em que não se considerará fundamentada uma decisão judicial, muito embora definições *a contrario sensu* não sejam a forma mais didática ou cientificamente adequadas para estabelecer conceitos.

5.1. EXAME DOS FATOS

Este aspecto da fundamentação das decisões judiciais é particularmente difícil de ser tratado em abstrato, já que os fatos controversos de cada processo (assim entendidos os fatos alegados pelo autor e impugnados pelo réu) e o conjunto probatório acostado aos autos serão, sempre, singulares, fazendo com que cada formulação de hipóteses quanto à veracidade ou falsidade dos fatos juridicamente relevantes (objeto da atividade probatória) seja particular.

Existem normas jurídicas processuais que versam sobre o chamado direito probatório, estabelecendo direitos, deveres, ônus e procedimentos para a produção adequada dos diversos tipos de prova. A esse respeito, no CPC/2015 destaca-se, por exemplo, o Capítulo XII, do Título I, do Livro I da Parte Especial, denominado “Das Provas”, no qual o § 1º do art. 373⁴² consagrou a distribuição dinâmica do ônus da prova, que aparecia apenas em legislações específicas até então.

⁴² Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos

Contudo, a valoração da prova pelo juiz é um dos campos em que costuma haver grande margem de interpretação, e, por isso, é um campo em que se situa uma significativa discricionariedade (não no sentido de conveniência e oportunidade, mas no sentido de amplitude de escolhas interpretativas). Daí a consagração do princípio do livre convencimento motivado no que tange à apreciação de provas.

No exame dos fatos relevantes para a causa, é preciso informar na motivação da decisão judicial quais foram os fatos considerados relevantes para a causa e demonstrar quais, dentre eles, constituíram objeto de controvérsia, considerando demanda e defesa em suas inteirezas.

Na sequência, a verificação destes fatos deve se dar por meio da valoração da prova colhida, ou seja, a fundamentação da decisão deve evidenciar quais foram os elementos indiciários (provas) considerados pelo julgador para se concluir pela existência ou inexistência dos fatos relevantes, o que configura uma *escolha* interpretativa do julgador referente à hipótese que parece mais bem fundada, com base nos resultados das provas, destinadas a reconstituir a “verdade material” dos fatos.

As justificativas para a valoração das provas de tal ou qual modo devem ser expressadas na decisão, de modo que qualquer interlocutor possa compreender porque algumas provas foram consideradas efetivas e outras não; quais fatos foram considerados provados e quais não, e por quê.

Conforme Michele Taruffo, na motivação da decisão judicial, “el mismo se articula en fases compuestas por secuencias concatenadas de inferencias fácticas, dirigidas a determinar el grado de veracidad (de probabilidad) inherente al factum probandum, con base en los elementos de conocimiento (indicios, pruebas) de que dispone el juez” (TARUFFO, 2006, p. 221)⁴³.

previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

⁴³ Tradução livre: [...] o mesmo se articula em fases compostas por sequências concatenadas de inferência fácticas, dirigidas a determinar o grau de veracidade (de probabilidade) inerente ao *factum probandum*, com base nos elementos de conhecimento (indícios, provas) de que dispõe o juiz

Trata-se de etapa da decisão marcada por sua característica cognitiva e descritiva, cuja validade depende da existência de uma conformidade lógica entre as inferências formuladas pelo magistrado.

É curioso observar que, comumente, as decisões judiciais se debruçam mais sobre a análise do direito aplicável ao caso, do que ao exame dos fatos – etapa esta que antecede a aplicação do direito e sobre as quais pesam grandes controvérsias em processos judiciais.

Ao ver de Michele Taruffo (TARUFFO, 2006), esta característica da motivação das decisões judiciais está ligada a tendências formalistas, de utilização de raciocínios lógico-silogísticos, e a uma percepção da função do magistrado como responsável pela pacificação social.

Diferentemente, decisões judiciais que deixam entrever um cuidado maior com o aspecto probatório estariam ligadas a um raciocínio de caráter dialético-argumentativo e a uma percepção da função do magistrado como responsável pela justiça material do caso, pela equidade.

5.2. RACIOCÍNIO JURÍDICO-NORMATIVO

A decisão judicial de mérito é a individualização da norma jurídica ao caso concreto. Daí porque um dos aspectos mais relevantes da fundamentação de uma decisão judicial seja a identificação da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Durante a maior parte dos séculos XVIII, XIX e XX, sob a égide do Iluminismo e do racionalismo, predominou o entendimento de que a identificação da norma jurídica seria tão mais fácil quanto mais detalhada e abundante fosse a legislação, sob o pressuposto de que o ordenamento jurídico poderia ser completo, dando impulso aos movimentos de codificação.

A atividade decisória consistiria numa atividade meramente cognitiva e de caráter declaratório (encontrar na legislação a norma jurídica aplicável e enunciá-la), havendo instrumentos relativamente simples e objetivos para resolver casos de antinomias (critérios da cronologia, hierarquia e especialidade) e de lacunas (analogia, costumes e aplicação dos princípios gerais do direito). O juiz exerceria o papel de “boca da lei” (expressão conhecida para ilustrar as concepções exegetas sobre o direito).

Contemporaneamente, após serem identificados os limites da racionalidade e, conseqüentemente, dos movimentos de codificação e desta atividade meramente

cognitiva e declaratória do juiz (que, no século XX, contribuiu para que o direito se afastasse dos valores sociais, morais e constitucionais), parte significativa dos teóricos do direito tem defendido que a atividade decisória é argumentativa e criativa, já que o julgador tem que decidir em consonância com os direitos fundamentais e interpretar textos normativos, o que torna algumas das opções que integram o raciocínio decisório *discricionárias*, no sentido de existir mais de uma interpretação plausível para a norma, cabendo ao julgador avaliar qual delas é mais consentânea com a matriz constitucional de um determinado ordenamento jurídico.

Nesse contexto, as justificativas para individualização da norma jurídica aplicável ao caso nem sempre serão uma questão simplesmente cognitiva, e, por isso, deverão constar explicitamente da decisão judicial.

A esse respeito, Michele Taruffo (2006, p. 214):

En un segundo significado, más apropiada, la expresión “individuación de la norma” indica el procedimiento a través del cual es determinado el criterio jurídico sobre el cual se funda una determinada hipótesis de solución de la litis. Se trata, por lo tanto, de una actividad que el juez realiza en el ámbito de la formulación de cada uno de los modelos de decisión que entran en el proceso de elección de la *ratio decidendi* final, descrita en el inciso a). Se trata pues de aquello a lo que comúnmente se llama “interpretación de la norma” (en el sentido específico de interpretación-actividad), realizada en función de la búsqueda de un criterio adecuado para resolver la controversia. La crisis de la concepción científico-cognoscitiva de la interpretación jurídica, y la cada vez más evidente centralidad del concepto de norma como enunciado con una estructura semántica abierta, convergen en el sentido de excluir que la interpretación pueda concebirse como la identificación del “único” significado “verdadero” o “real” de la norma; ello es todavía más válido cuando la interpretación no se realiza con fines teóricos, sino que está dirigida a finalidades concretamente aplicativas, es decir, a la calificación jurídica de un hecho concreto en particular. Entonces, el problema de la interpretación, en lo que a nosotros interesa, no es el del conocimiento de la norma por parte del juez, sino más bien el de las elecciones interpretativas que el juez realiza para deducir de un enunciado normativo el criterio para una posible decisión de la litis.⁴⁴ (TARUFFO, 2006, p. 214)

⁴⁴ Tradução livre: Em um segundo significado, mais apropriado, a expressão “individualização da norma” indica o procedimento através do qual é determinado o critério jurídico sobre o qual se funda uma determinada hipótese de solução da lide. Trata-se, portanto, de uma atividade que o juiz realiza no âmbito da formulação de cada um dos modelos de decisão que entram no processo de eleição da *ratio decidendi* final, descrito no inciso a). Trata-se, pois, de aquilo a que comumente se chama “interpretação da norma” (no sentido específico de interpretação-atividade), realizada em função da busca de um critério adequado para resolver a controvérsia. A crise da concepção científico-cognoscitiva da interpretação jurídica, e a cada vez mais evidente centralidade do conceito de norma como enunciado com uma estrutura semântica aberta, convergem no sentido de excluir que a interpretação possa ser concebida como a identificação do “único” significado “verdadeiro” ou “real” da norma; isso é ainda mais válido quando a interpretação não se realiza com fins teóricos, mas dirigida a finalidades concretamente aplicáveis, é dizer, à qualificação jurídica de um fato concreto em particular. Então, o problema da interpretação, no que nos interessa, não é o do conhecimento da norma por parte do juiz, mas sim o das eleições

[...]

La elección interpretativa es compleja estructuralmente, en la medida en la que no se agota en un único acto inmediato de determinación del significado “verdadero” de la norma, sino que consta de un procedimiento en el cual se distinguen diversos momentos, entre los cuales principalmente la determinación del problema interpretativo; la determinación de los diversos significados que pueden atribuírsele a la norma dependiendo de las diversas perspectivas exegéticas posibles; la elección de uno entre estos significados, que es en lo que consiste en sentido estricto la interpretación de la norma como atribución del enunciado normativo de un significado determinado, destinado a servir como criterio de decisión de la controversia. Se trata, como puede observarse, de un procedimiento esencialmente heurístico-hipotético: por un lado, en efecto, deben identificarse las posibles interpretaciones de la norma mediante una actividad cuyo resultado es la formulación de alternativas, es decir, de una pluralidad de significados que pueden referirse al enunciado prescriptivo. Por otra parte, tales alternativas representan las hipótesis de posibles interpretaciones de la norma; la elección sucesiva implica un control de idoneidad de dichas hipótesis respecto al *thema decidendum*, a través del cual son eliminadas las alternativas que no parecen válidas como posibles criterios de solución de la litis. También en esta fase, por lo tanto, pueden identificarse un momento de *discovery* de las hipótesis alternativas de respuesta a la duda interpretativa, y un proceso de *trial and error* mediante el cual se realiza el control selectivo de dichas hipótesis. (TARUFFO, 2006, p. 215-216)⁴⁵

[...]

En la fase de determinación de los significados de un enunciado normativo influyen, en efecto, criterios-guía de al menos tres tipos: 1. Criterios que tienen que ver con el análisis lógico-semántico del enunciado, que derivan del uso de las reglas operativas de la lógica general y deóntica, así como de la semántica del lenguaje común y del jurídico; 2. Criterios que tienen que ver con la colocación de la norma individualmente considerada dentro del ordenamiento, y que están constituidos por los métodos de la “lógica jurídica” y de la lógica general aplicada a las relaciones entre normas, por el razonamiento tópico aplicado al derecho, y por las técnicas de construcción sistemática inherentes al vínculo entre la norma en lo individual y el contexto orgánico de normas en el cual aquella se coloca; 3. Criterios valorativos, que

interpretativas que o juiz realiza para deduzir de um enunciado normativo o critério para uma possível decisão da lide.

⁴⁵ Tradução livre: A escolha interpretativa é complexa estruturalmente, na medida em que não se esgota em um único ato imediato de determinação do significado “verdadero” da norma, senão que consta de um procedimento no qual se distinguem diversos momentos, entre os quais principalmente a determinação do problema interpretativo; a determinação dos diversos significados que podem que podem se atribuir à norma dependendo das diversas expectativas exegéticas possíveis; a escolha de um entre estes significados, que é no que consiste em sentido estrito a interpretação da norma como atribuição do enunciado normativo de um significado determinado, destinado a servir como critério de decisão da controvérsia. Trata-se, como se pode observar, de um procedimento essencialmente heurístico-hipotético: por um lado, com efeito, devem se identificar as possíveis interpretações da norma mediante uma atividade cujo resultado é a formulação de alternativas, é dizer, de uma pluralidade de significados que podem referir-se ao enunciado prescriptivo. Por outra parte, tais alternativas representam as hipóteses de possíveis interpretações da norma; a escolha sucessiva implica um controle de idoneidade de ditas hipóteses a respeito ao *thema decidendum*, através do qual são eliminadas as alternativas que não parecem válidas como possíveis critérios de solução da lide. Também neste fase, portanto, podem ser identificados um momento de *discovery* das hipóteses alternativas de resposta à dúvida interpretativa, e um processo de *trial and error*, mediante o qual se realiza o controle seletivo de ditas hipóteses.

tienen que ver con la formulación de los juicios de valor que son necesarios para integrar los “espacios abiertos” del enunciado normativo, con la determinación de los valores que constituyen la *ratio legis*, con los juicios de valor con los que se determinan las directrices de *policy* interpretativa que el juez pretende seguir, así como con la determinación de los “principios generales del derecho” según los cuales el juez orienta la interpretación de la norma en lo individual. A su vez, adicionalmente, también la sucesiva elección entre los diversos significados que se establecen mediante los criterios que se han indicado anteriormente, puede realizarse a partir de criterios heterogéneos que funcionan como directrices “de preferencia”: 1. Directrices de carácter lógico-jurídico, tendientes a encaminar la elección hacia la hipótesis que presenta el mayor grado de coherencia lógica de la relación norma-hecho; 2. Directrices de carácter jurídico-sistemático, tendientes a privilegiar la hipótesis en la cual la interpretación aparece como más coherente con el sistema normativo o, en todo caso, más idónea para producir una decisión del caso concreto que sea coherente con ese sistema; 3. Directrices de carácter valorativo, tendientes a privilegiar la hipótesis más coherente, dependiendo de los casos, con elecciones generales de “política del derecho” o, en todo caso, con valores generales que el juez pretende adecuar a la decisión, o bien con la consecución de finalidades y efectos específicos en relación con la situación concreta específica sobre la que se versa la decisión.⁴⁶ (TARUFFO, 2006, p. 216-217)

Portanto, seja qual for o caso, é importante que a norma jurídica individualizada ao caso seja justificada adequadamente.

Daí porque os incisos I, II e III, do § 1º do art. 489 do CPC/2015 vieram a estabelecer que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida,

⁴⁶ Tradução livre: Na fase de determinação dos significados de um enunciado normativo influem, na verdade, critérios-guia de ao menos três tipos: 1. Critérios que têm a ver com a análise lógico-semântica do enunciado, que derivam o uso das regras operativas da lógica geral e deontica, assim como da semântica da linguagem comum e da jurídica; 2. Critérios que tem a ver com a colocação da norma individualmente considerada dentro do ordenamento, e que estão constituídos pelos métodos da “lógica jurídica” e da lógica geral aplicada às relações entre normas, pela fundamentação tópica aplica ao direito, e pelas técnicas de construção sistemática inerentes ao vínculo entre a norma no individual e o contexto orgânico de normas no qual aquela se coloca; 3. Critérios valorativos, que tem a ver com a formulação dos juízos de valor que são necessários para integrar os “espaços abertos” do enunciado normativo, com a determinação dos valores que constituem a *ratio legis*, com os juízos de valor com que se determinam as diretrizes de *policy* interpretativa que o juiz pretende seguir, assim como com a determinação dos “principios gerais do direito” segundo os quais o juiz orienta a interpretação da norma no individual. Por sua vez, adicionalmente, também a sucessiva eleição entre os diversos significados que se estabelecem mediante os critérios que foram indicados anteriormente pode realizar-se a partir de critérios heterogéneos que funcionam como diretrizes “de preferência”: 1. Diretrizes de carácter lógico-jurídico, tendentes a encaminhar a escolha para a hipótese que apresenta o maior grau de coerência lógica da relação norma-fato; 2. Diretrizes de carácter jurídico-sistemático, tendentes a privilegiar a hipótese na qual a interpretação aparece como mais coherente com o sistema normativo ou, em todo caso, mais idónea para produzir uma decisão do caso concreto que seja coherente com esse sistema; 3. Diretrizes de carácter valorativo, tendentes a privilegiar a hipótese mais coherente, dependendo dos casos, com escolhas gerais de “política do direito”, ou, em todo caso, com valores gerais que o juiz pretende adequar à decisão, ou bem com a consecução de finalidades e efeitos específicos em relação com a situação concreta específica sobre a que versa a decisão.

(II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso ou (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

5.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: APLICAÇÃO, DIFERENCIAÇÃO OU SUPERACÃO DE PRECEDENTE, ENUNCIADO DE SÚMULA OU DE ENTENDIMENTO DEFINIDO EM JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS

O CPC/2015, seguindo tendência que já vinha se consolidando nas reformas legislativas que o antecederam, foca algumas de suas principais inovações em fornecer instrumentos para o trato da litigiosidade repetitiva, identificada como motivo da atual sobrecarga do Poder Judiciário. São, portanto, inovações legislativas que pretendem contribuir para a administração da justiça, e têm como fundamento considerações de política judiciária (num sentido de como lidar com a profusão de demandas repetitivas que desaguam no Judiciário).

Ao comentar um instrumento já conhecido dos operadores do direito brasileiros – a súmula – Humberto Theodoro Jr. confirma tratar-se inequivocamente de uma ferramenta de *política judiciária*, lecionando que “a súmula não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, como instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial, como tem evidenciado a prática do Supremo Tribunal Federal” (THEODORO JR., 2010, 641)⁴⁷.

47 Sobre a origem das súmulas, vale anotar: “2.1. Súmula e tendência a generalizações. A Súmula surge numa reforma na década de 1950 feita no CPC de 1939, prevista como uma ferramenta de uniformização de jurisprudência. Sua característica de enunciados breves, evidenciando as razões afirmadas em julgados reiterados dos tribunais, marca uma aproximação com a experiência continental europeia com precedentes, marcadamente italiana. A *massima* italiana é “[...] uma afirmação pequena e extremamente abstrata, que representa o centro do significado de uma regra legal, tal qual interpretada por aquele julgamento.” Ela é extraída dos julgados da Suprema Corte italiana pelo *Ufficio del Massimario* podendo haver mais de uma num só julgado. Essa *massima* pode ser enunciada mesmo que no contexto do julgamento se trate de um *obter dictum*, de modo que a *massima* pode ser usada mesmo em não se tratando da *ratio decidendi* do julgamento que a produziu. Trata-se de uma tendência – assinalada por Bustamante na tradição do *Civil Law* - à abstração e generalização no uso de julgados, afirmando-se a “norma geral” que se verifica no caso e evidenciando a complementação da lei escrita ou seu sentido não claro, e reproduzindo-o em futuras decisões. Em se tratando do tratamento do precedente, essa parece ser a aproximação mais familiar aos juristas brasileiros, buscando nos julgados normas gerais, afirmadas no(s) caso(s) concreto(s). Mesmo quando não há a súmula, fruto de reiterados julgados, a elaboração da “ementa” do julgado deixa transparecer um tratamento semelhante, com a afirmação de *qual*

Em seu art. 928, o CPC/2015 classifica como julgamentos de casos repetitivos o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, que estão sendo noticiados como algumas das mais importantes inovações do Código⁴⁸. Além disso, reforça ainda mais a tendência de utilização de enunciados sumulares como mecanismo de uniformização da jurisprudência, emprestando-lhes efeitos vinculantes (ou, ao menos, quase vinculantes, a depender da concepção de “vinculação” que se adote, valendo ressaltar que, no Novo CPC, o desrespeito às decisões tomadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos enseja o cabimento de reclamação para o tribunal que prolatou a decisão desrespeitada⁴⁹, o que pode ser considerado um indício do caráter vinculante destes julgados).

interpretação a norma recebeu no caso em questão, resumindo-se em um ou mais parágrafos os Votos dos julgadores.” (NUNES *et. al.*, 2013, p. 179-208)

⁴⁸ “A principal novidade do novo Código de Processo Civil (PL 8046/10), aprovado pelo Plenário nesta quarta-feira, é a criação de uma ferramenta para dar a mesma decisão a milhares de ações iguais que enchem as prateleiras do Judiciário. A promessa é dar uma solução judicial mais rápida a ações sobre planos econômicos, Previdência ou questionamento de contratos com empresas de telefonia, água e esgoto, os chamados contratos de adesão. Por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, as ações iguais serão congeladas na primeira instância até que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal decida a questão e mande aplicar, a todos os casos, a mesma decisão. Hoje, cada caso tramita de maneira autônoma e recebe decisões diferentes – como cada juiz decide de uma maneira, há quem ganhe e quem perca mesmo se tratando de pedidos iguais. Com isso, ninguém consegue resolver a questão na primeira instância, já que as decisões divergentes levam a vários recursos. O incidente pode economizar tempo para os cidadãos e gerar jurisprudência para os novos casos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também poderá ser chamado para que a decisão do incidente de um TJ ou TRF seja aplicada a todas as ações do País. Para o deputado Miro Teixeira (Pros-RJ), a nova ferramenta pode encurtar o caminho que um cidadão percorre até conseguir uma decisão final. “Aqueles ações iguais ficam tramitando em separado, às vezes tendo decisões absolutamente diversas uma da outra, para depois se encontrarem em instâncias superiores. O incidente de resolução de demandas repetitivas vai prevenir isso”, explicou. O pedido de instauração do incidente poderá ser feito pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associações.” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Para dar rapidez à Justiça, novo CPC prevê uma decisão para várias ações iguais*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464598-PARA-DAR-RAPIDEZ-A-JUSTICA,-NOVO-CPC-PREVE-UMA-DECISAO-PARA-VARIAS-ACOES-IGUAIS.html>. Publicado em 26/03/2014. Acessado em 05/04/2015).

⁴⁹ “Consolidated precedents from both the Supreme Federal Court and the Higher Court of Judiciary, either explicitly formulated through “súmulas” or merely reiterated by the conjoined panels of the Courts, have a “quasi-binding” (or binding in a weak sense) effect that finds support both in constitutional principles and in ordinary statutes that recently introduced new provisions on the Brazilian Code of Civil Procedures. Their force lies in the argument from universalizability and the requirement of rational justification of legal decisions. (...) Even though those statutory provisions do not make the precedents of the two most important courts of Brazil binding in the strong sense (which would include the possibility of enforcing the decision via the writ from article 102, I, “I”, of the Brazilian Constitution), they certainly have raised the status of those precedents to a “binding in a weak sense” level or, in the nomenclature of the Bielefelder Kreis, to the status of a precedent “not formally binding but which have a force or provide further support”. Tradução livre: Precedentes consolidados tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, explicitamente formulados através de súmulas, ou meramente reiterados pelos órgãos dos tribunais, tem um efeito “quase-vinculante” (ou vinculante em um sentido frágil) que encontra suporte nos princípios constitucionais e nas leis ordinárias recentemente introduzidas no Código

A criação e utilização de mecanismos de coletivização de demandas em instância recursal (como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos), e de vinculação a precedentes tem sido defendida sob a justificativa de uniformizar a jurisprudência dos tribunais e facilitar o julgamento de demandas repetitivas, o que contribuiria para o “desafogamento” do Poder Judiciário e, conseqüentemente, para o incremento da celeridade e efetividade processuais, atendendo ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Não se questiona que a instabilidade jurisprudencial pode afrontar a isonomia, conferindo tratamentos distintos a jurisdicionados na mesma situação jurídica, causando perplexidade na sociedade.

Contudo, o incremento da eficiência quantitativa por meio de técnicas de julgamento como estas (causas-piloto que, julgadas por amostragem, conduzem à formação de decisões paradigma), a depender da aplicação que a prática judicial lhes der, pode reforçar a tendência de padronização das decisões judiciais, com o intuito de dar vazão às numerosas demandas repetitivas que assoberbam o Poder Judiciário.

Resta verificar, portanto, como aplicar os instrumentos de *política judiciária* que estão sendo incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, voltados ao equacionamento das demandas repetitivas, de forma condizente com uma fundamentação adequada das decisões judiciais, com o devido processo legal e com o contraditório substancial.

É essencial cuidar para que a aplicação de teses fixadas em julgamentos paradigma, precedentes ou súmulas – que vão se refletir na fundamentação das decisões judiciais – não retrocedam a atuação dos tribunais para um estágio puramente descritivo, como já ocorreu no auge do positivismo jurídico, quando o julgador desempenhou uma função estritamente técnica de interpretação silogístico-formal, restringindo o direito à norma legislada.

O risco é guiar o raciocínio judicial – e, concomitantemente, a motivação das decisões judiciais – para uma interpretação literal e superficial dos precedentes,

de Processo Civil brasileiro. Sua força baseia-se no argumento de universalização e do requerimento de justificação racional das decisões. (...) Mesmo que essas provisões legais não transformem os precedentes dos dois tribunais mais importantes do Brasil em vinculantes no sentido estrito (o que incluiria a possibilidade de exigir o respeito à decisão via o *writ* do artigo 102, I, “I” da Constituição brasileira), ele certamente alcançou o *status* destes precedentes vinculantes em um sentido frágil ou, na nomenclatura do Bielefelder Kreis, ao *status* de um precedente ‘não formalmente vinculante, mas que tem alguma força ou fornece um apoio adicional para decisões posteriores’. (BUSTAMANTE, 2007)

juízos paradigma ou enunciados de súmula dos tribunais superiores, desconsiderando diferenças relevantes entre os casos ou encerrando qualquer possibilidade de divergência, alteração ou superação de precedentes no Brasil⁵⁰.

Neste ponto, seria possível identificar semelhanças entre a tendência de padronização decisória e correntes superadas do pensamento jurídico, como a Escola da Exegese. Dierle José Coelho Nunes, por exemplo, leciona que:

A Exegese foi uma corrente do pensamento jurídico no século XIX que acreditava na clareza dos textos normativos e na segurança jurídica que daí advinha. Acreditava-se no poder absoluto da razão, que, compartilhada igualmente por todos, tornaria óbvias as normas de agir, de forma que as normas positivadas (passageiras e imperfeitas) deveriam estar de acordo com as leis eternas da razão (direito natural).

O processo de positivação do Direito nada mais foi que uma tentativa de traduzir em leis positivas as leis eternas da razão. A ideia de normas gerais e abstratas é uma das maiores conquistas do Direito na Modernidade: as leis agora são feitas para garantia de privilégios (de nobres ou do clero), para a manutenção de castas ou, de toda sorte, para impedir a mobilidade social. Elas agora são um produto da razão, igualmente compartilhada por todos, sendo, então, imperativos hipotético-condicionais de comportamento, gerais e abstratos que estabilizam expectativas possíveis de comportamento e que, por isso mesmo, resistem ao seu descumprimento sem que, com isso, sejam anuladas. Desta forma, quando é aprovado o Código Civil francês de 1804, pretendeu-se uma lei que fosse tão perfeita quanto as leis do direito natural.

Este Código surge com a crença de ser obra completa e acabada, sobre a qual não haveria *necessidade* de interpretação por parte do juiz, pois toda norma possui um sentido verdadeiro, claro e óbvio. O juiz deveria se postar, diante da perfeição da norma, como aquele que apenas pronuncia as palavras da lei, como “bouche de la loi”.

(...)

Doutrina mais elaborada que a exegeta, o positivismo jurídico, produto também do século XIX, desenvolveu métodos e técnicas mais elaboradas de aplicação do direito. (...)

No século XX tais métodos e compreensões se tornaram ultrapassados ou, no mínimo, problemáticos. Todos os métodos pressupunham a lógica cartesiana de ciência baseada no tripé: sujeito (neutro), objeto e método. Dessa forma, em todos eles havia a crença de que, com o uso do método, resolvia-se o problema da interpretação jurídica, e descobrir-se-ia a verdade de sentido então oculta. Mas o que se percebeu é que a lei, mesmo geral e abstrata, não é

⁵⁰ “A norma legislada se converte em fator de unidade e estabilidade do Direito (...). A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 205. *apud*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 250-251)

imune a manipulações e distorções (ou ainda, que, como texto, não é imune à *condição hermenêutica* que nos constitui). (THEODORO JR. *et al.*, 2010)

Por isso, qualquer sistema jurídico que determine a vinculação ou estimule a obediência a precedentes deve admitir que, por razões práticas relevantes haja espaço para a *superação* de precedentes (*overruling*) e para a *distinção* entre o caso concreto e o precedente que a ele seria aplicável (*distinguishing*).

E este raciocínio se aplica ainda que a vinculatividade dos precedentes seja um tema controverso na doutrina cuja produção se inicia sobre o CPC/2015.

Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 2015, p. 567-568), por exemplo, embora sem ainda firmar posicionamento sobre o tema, se inclina a extrair da redação de alguns dispositivos do Novo Código o caráter vinculante:

É importante, por isso mesmo, compreender estes dispositivos (como, de resto, todos os que, ao longo do novo CPC, direta ou indiretamente com eles se relacionam – não são poucos) como normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas no âmbito dos Tribunais e dos efeitos que o novo CPC quer que estas decisões, as paradigmáticas – verdadeiros *precedentes* –, devem surtir nos demais casos em todos os graus de jurisdição, a começar pelo Supremo Tribunal Federal.

Saber se o novo CPC pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas *devam* ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada.

Sim, porque, decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização *constitucional* – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.

Ademais, não parece haver nenhuma obviedade ou imanência em negar genericamente o caráter vinculante às decisões jurisdicionais, mesmo àquelas emitidas pelos Tribunais Superiores. Isto porque a tradição do direito brasileiro *não é de common law*. É analisar criticamente, dentre tantos outros fatores, o real alcance das cinquentenárias Súmulas (não vinculantes) do STF e sua cotidiana aplicação totalmente alheia e uma verdadeira teoria de precedentes para chegar a esta conclusão. Não é diversa a experiência, embora mais recente, das próprias Súmulas vinculantes daquele Tribunal e das Súmulas do STJ.

[...]

Até porque, o novo CPC não emprega a palavra “vinculante” no sentido que aqui interessa. Ela parece ser insinuada com o uso de afirmativos imperativos toda vez que a temática dos “precedentes” e dos “julgamentos repetitivos” vem à tona, prevê-se, até mesmo – e expressamente – o uso da reclamação para afirmar e reafirmar a “observância” dos precedentes (art. 988, IV), mas, do ponto de vista textual, aquela palavra é evitada. Ela é empregada no novo CPC para indicar as Súmulas *Vinculantes* do STF – mas, para estas, há expressa previsão constitucional – e, no § 3º do art. 947, a propósito do Incidente de Assunção de Competência, lê-se que o acórdão proferido

vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 434) se posiciona em sentido contrário em relação à vinculatividade dos precedentes:

Impende, então, definir quais são os precedentes vinculantes e quais são os não-vinculantes. E é preciso, desde logo, afastar-se a ideia – que poderia resultar de uma leitura isolada do art. 927 – de que todos os pronunciamentos ali indicados (decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais) seriam precedentes vinculantes. Não é isto que resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro (mas, em sentido contrário, FPPC, enunciado 170).

É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do CPC. E é equivocado, *data vênia*, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do *caput* desse dispositivo afirma que os juízes e tribunais *observarão* o que consta dos incisos do aludido artigo de lei.

A exigência, contida no *caput* do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um *dever jurídico*: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados e observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse.

Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo.

Independentemente da discussão acima, é preciso refletir sobre os meios eleitos pelo legislador brasileiro para tentar contribuir com soluções para o desafogamento do Poder Judiciário, optando por estabelecer uma espécie de vinculação dos órgãos jurisdicionais, e não dos litigantes repetitivos, que respondem por grande percentual das causas em curso atualmente.

O tema da litigiosidade repetitiva, embora seja de curial importância para equacionar a situação do Poder Judiciário de vários países, ainda não ganhou a devida atenção no Brasil, pois faltam pesquisas capazes de diagnosticar dados elementares para a tomada de decisões acerca de medidas voltadas à solução da crise do Judiciário.

Contudo, em poucas palavras, poderia afirmar-se que a estrutura de incentivos que o Poder Judiciário brasileiro oferece torna o processo judicial extremamente atrativo para o litigante de massa, já que: (a) as despesas judiciais são baixas, frente ao poderio econômico-financeiro que o litigante de massa tradicional costuma ter; (b) os juros moratórios incidentes durante o processo podem se tornar bastante vantajosos, diante de vários cenários econômicos (inclusive do recente contexto de juros altos na economia brasileira); (c) a atuação em litígios repetitivos proporciona economia de escala ao litigante de massa, já que até mesmo os custos com a contratação de advogados serão diluídos, quando houver relevante similitude em um grande número de processos; (d) as sanções e indenizações fixadas judicialmente não raramente são inferiores aos custos decorrentes do reconhecimento espontâneo e tempestivo do direito; (e) a morosidade judicial acaba sendo utilizada para a postergação da satisfação de direitos, ainda que devidos, o que pode servir a conveniências conjunturais ou ser vantajoso economicamente; (f) a instabilidade jurisprudencial e os erros judiciais acabam funcionando como incentivo a litigantes aventureiros e como desestímulo às instituições e indivíduos que pretendem agir em conformidade com o direito, tendo em vista a possibilidade de o litigante sem razão sagrar-se vencedor, mesmo em litígios cuja avaliação de êxito, numa perspectiva de correção do julgamento, seria remota⁵¹; (g) por outro lado, a contraface da moeda de todos os pontos elencados acima, acaba funcionando como desestímulo ao litigante individual ou de varejo, pois, para ele, os custos são altos, não se diluem (não há ganho de escala), o processo é moroso, há riscos envolvidos e nem mesmo a integralidade do direito violado é recomposta.

Portanto, não seria exagero dizer que o processo judicial brasileiro é vantajoso estrategicamente para o grande litigante, e que isto acaba funcionando como catalisador de novos conflitos e como desestímulo ao cumprimento espontâneo de obrigações ou à resolução extrajudicial de conflitos.

⁵¹ Nesse sentido: “A prática do respeito aos precedentes, como regra geral, gera até mesmo economia. Ou seja, o malefício que representa, para a sociedade, a jurisprudência dividida e instável, se reflete também e talvez principalmente, no campo econômico. Lewis A. Kornhauser, comenta que, cada vez que a jurisprudência muda, surge a necessidade de *adjustments costs*.” (WAMBIER, 2012, p. 32)

Daí afirmar-se que parece estranho, frente a um quadro em que percentual elevadíssimo de demandas está concentrado em alguns litigantes seriais, adotar medidas que vinculem os órgãos jurisdicionais, e não medidas que pretendam atacar a origem das demandas, vinculando as partes que as estão provocando.

Falar-se em vinculação de órgãos jurisdicionais é sensível, já que, ante a necessidade de haver independência na atuação do Poder Judiciário em Estados de Direito, o limite a que esta vinculação pode chegar, sem afetar outros valores do sistema constitucional vigente, é tênue. De acordo com Tereza Arruda Alvim Wambier:

A mudança de jurisprudência é um fato que dificilmente passa despercebido no Brasil, mesmo a um observador desatento. Uns veem este fenômeno com entusiasmo, afirmando que este é o caminho para a evolução do direito. Outros, com veemência, criticam estas alterações, afirmando, vigorosamente, que precedentes devem ser obedecidos. Afinal, quem tem razão?

O objetivo deste artigo é explicar por que a resposta tem que ser: depende. (WAMBIER, 2012, p. 12)

É imaginável que a reforma empreendida no CPC/2015 tenha se limitado àquilo que foi possível, no momento. Contudo, não se pode deixar de anotar que, num plano ideal, as medidas mais eficazes seriam as destinadas a estancar a causa (a litigiosidade repetitiva), e não as destinadas a reforçar o sistema atual, contaminado por certos vícios e defeitos, no qual o Judiciário acaba sendo acionado para resolver toda sorte de questões, que poderiam (e deveriam) ser resolvidas por outras vias (como o cumprimento espontâneo, métodos extrajudiciais consensuais e vinculantes, atuação de agências reguladoras etc.).

A vinculação dos juízes – em detrimento de solução que vincule as partes, como a coisa julgada *erga omnes* nos processos coletivos – é questionável, portanto, também sob este aspecto.

A adoção das chamadas causas-piloto, que conduziriam à formação de decisões-modelo, a depender da forma como for aplicada na prática jurídica, pode reforçar uma tendência de redução forçada da complexidade dos litígios, para que possam caber nestes modelos, atribuindo ao intérprete do direito – inclusive ao magistrado, sobretudo o de primeira instância – um papel “autômato” ou exegeta (NUNES, 2011)⁵².

⁵² “No entanto, em sentido contrário, qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais seria inconstitucional, por impedir a participação e o debate processual na formação dos provimentos,

Ovídio A. Baptista da Silva já denunciava a correlação entre a feição moderna do recurso, como método destinado à uniformização da jurisprudência, com um viés autoritário relacionado ao paradigma racionalista ainda predominante no pensamento jurídico moderno, não obstante suas limitações intrínsecas:

O sentido burocrático, inerente à ideia de recurso, revela-se muito claro quando consideramos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma idéia do grau de legitimidade de que gozam os juízes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal. No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos.

Essa ideologia é mais uma expressão do componente autoritário da cultura jurídica da modernidade, incapaz de lidar com a *diferença*, com a riqueza do individual e, conseqüentemente, com os casos concretos; é o testemunho de que nos conservamos fiéis a Savigny, praticando a recomendação que ele nos dera de fugir das complexidades da vida real, para ocultar-nos nas certezas das figuras geométricas, cujas verdades, sendo universais e eternas, podem ser normatizadas, ao passo que o caso concreto – que é a matéria-prima com que laboram os práticos –, como fenômeno histórico, portanto individual, não se submete a regras, às normatizações esquemáticas, que é o princípio sob o qual as instituições processuais foram plasmadas. Em última análise, a dificuldade de conviver com o “outro”. A separação entre *direito* e *fato*, pressupostos de alguns recursos – mais do que isso, princípio estruturante do sistema –, é outro testemunho dessa matriz epistemológica. Direito enquanto norma, direito capaz de ser normatizado, direito que renuncia, ou aspira renunciar, às especificidades do “caso”. (SILVA, 2006, p. 239-240)

Evitar isto será um grande desafio para a motivação adequada das decisões judiciais.

Esta redução da complexidade dos litígios para que possam ser subsumidos a padrões decisórios estaria relacionada a posturas defendidas por correntes do pensamento jurídico que, hoje, são alvo de sérias críticas, em razão dos resultados a que conduziram (escola da exegese e positivismo jurídico). E, diante das teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, não seria adequado sustentar-se posturas mecânicas ou exegéticas frente às decisões-modelo ou precedentes judiciais, já que (I) há, sempre, necessidade de interpretar a norma jurídica, seja ela extraída de textos legais ou de decisões judiciais antecedentes, e que (II) podem existir razões relevantes para não se

além de cancelar as variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais etc.)” (NUNES, 2011)

aplicar determinada norma derivada de um julgamento paradigma a um caso concreto, sendo necessário, nestes casos, proceder-se a uma distinção ou superação do paradigma.

E tampouco haveria compatibilidade entre a forma reducionista em que, por vezes, vinham sendo aplicadas súmulas, precedentes e julgamentos paradigma, sob a égide do CPC/1973, e o paradigma constitucional do Estado de Direito, que é reconhecidamente um dos pilares do CPC/2015.

Segundo a teoria do precedente judicial, em linhas gerais, o elemento vinculante de um precedente é a *ratio decidendi*, que é a tese jurídica que permeia o julgamento paradigma e que se compõe (I) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (II) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (III) do juízo decisório (*judgement*) (DIDIER JR., *et. al.*, 2009, p. 381). A *ratio decidendi*, chamada pelos americanos de *holding*, seriam os fundamentos jurídicos que embasam a decisão, “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto” (DIDIER JR., *et. al.*, 2009, p. 381), intrinsecamente vinculada ao substrato fático que permeia a causa.

Se a simples enunciação de dispositivo legal, súmula, precedente ou julgado paradigma fosse uma motivação suficiente para uma decisão judicial, a (I) apreciação dos fatos relevantes da causa e o (II) raciocínio lógico-jurídico da decisão ficariam implícitos, já que não haveria necessidade de se evidenciar, na fundamentação da decisão, a compatibilidade entre estes elementos da *ratio decidendi* e o caso concreto analisado.

Ficaria oculta (ou implícita) a exposição da *premissa menor* da operação de subsunção normativa – definição dos fatos concretos –, limitando-se a fundamentação da decisão à invocação da *premissa maior*, consistente na menção ao enunciado sumular.

Além disso, também não seria adequado sustentar que a *ratio decidendi* seria sempre absolutamente vinculante, e nem que todo precedente conteria apenas uma *ratio decidendi*, já que um precedente pode ter várias, inclusive com graus distintos de vinculatividade. Novamente segundo Dierle Nunes (2010, p. 31-33) “Percebe-se que um sistema fundado no *stare decisis* não está, contudo, preso a leituras ‘exegéticas’ dos precedentes. A relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se deva repetir sem mais.”.

Vale ressaltar que o exercício do contraditório substancial será um ponto sensível na aplicação dos entendimentos fixados em súmulas ou julgamentos de casos repetitivos.

Isso porque a fixação da tese jurídica será precedida de debate com apenas alguns litigantes e, após a fixação da tese pelos tribunais, os argumentos apresentados pelas partes em processos vindouros não precisarão ser reapreciados em cada julgamento concreto, pois se presume que terão sido examinados profundamente no incidente que assentou a tese. Nos próximos vindouros, deverão as partes centrarem suas argumentações na identificação dos fatos relevantes do caso precedente e do caso presente – argumentação comparativa –, para demonstrar a (in)aplicabilidade da tese fixada àquele caso, ou trazerem argumentos novos, capazes de infirmar o entendimento assentado, para provocarem, em situações excepcionais, a superação do entendimento. Exatamente por isso, as partes dos processos que gerarão o paradigma devem ter uma representatividade adequada para exercerem, com a maior amplitude e profundidade possível, a defesa dos “representados” naquele processo.

Por consequência, a fundamentação das decisões judiciais, nos casos de aplicação de entendimentos assentados em súmulas ou julgamentos de casos repetitivos, deverá centrar-se, em boa medida, nestes mesmos elementos: (I) identificação dos fatos relevantes do paradigma e do caso presente – argumentação comparativa –, para demonstrar a (in)aplicabilidade da tese fixada àquele caso; (II) interpretação da norma jurídica contida na súmula ou julgamento de caso repetitivo, definindo seu sentido e alcance; (III) necessidade de distinção entre os casos ou, excepcionalmente, inclusive de superação do entendimento assentado (quando isso for possível ao órgão julgador).

Nesse contexto, esta deverá ser a forma de concretização do contraditório quando o julgamento do caso se basear em súmula ou julgado paradigma.

De modo a assegurar a existência de um contraditório substancial sobre o entendimento propriamente dito a ser fixado em súmulas ou em julgamentos de casos repetitivos, será importante, então, que (I) sejam precedidos de larga publicidade e ampla participação de *amicus curiae*; (II) que os casos representativos da controvérsia sejam bem selecionados, dentre aqueles que tenham suficiente amplitude e profundidade argumentativas, permitindo uma adequada compreensão pelo Judiciário da controvérsia e de todos os argumentos relevantes; (III) e que sejam selecionados casos em que também as partes sejam dotadas de adequada representatividade, para que

não ocorra um déficit na atuação processual do representante processual, o que poderia fragilizar o debate prévio à fixação da tese.

Para fins didáticos, então, cabe citar lição de André Vasconcelos Roque sobre o princípio da representatividade adequada (*adequacy of representation*) aplicável às *class actions* norte-americanas, do qual se pode extrair algumas referências para o julgamento de casos repetitivos:

O último dos quatro requisitos de admissibilidade previstos na Regra 23, alínea (a)(4) determina que o representante deverá proteger justa e adequadamente os interesses da classe. Trata-se da representatividade adequada (*adequacy representation*), requisito fundamental de certificação das *class actions* para garantir a observância ao devido processo legal, que se encontra consagrado nas Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos, em relação aos membros ausentes da classe.

O devido processo legal em sua concepção tradicional exige, entre outras condições, que os litigantes tenham a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais que lhes afetem a situação jurídica e que possam apresentar suas razões para influenciar as decisões judiciais a serem proferidas no curso da ação. Em outras palavras, para que alguém esteja vinculado a uma decisão judicial, é preciso que tenha participado como parte do processo e que haja sido comunicado de sua existência, normalmente através da citação. Exige-se, desse modo, que as partes tenham seu *day in court* (literalmente, um dia na corte).

As *class actions* representam uma exceção à concepção tradicional do devido processo legal. Para proporcionar economia processual e permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seriam submetidas ao Poder Judiciário (porque o seu valor econômico é extremamente reduzido, as partes são hipossuficientes, não tiveram qualquer outro motivo), admitem-se processos de natureza representativa (*representative suits*). Como seria impossível que todos os envolvidos participassem ativamente de uma ação coletiva, admite-se que eles atuem através de um ou mais representantes, que deverão tomar as decisões sobre o interesse do grupo, contratando advogados, apresentando provas e tudo mais o que for necessário.

Como explicitado pela Suprema Corte em *Hansberry v. Lee*, precedente em que foram pela primeira vez articuladas as relações entre o princípio do devido processo legal e as *class actions*, os membros ausentes de uma ação coletiva, embora não participantes do processo na qualidade de partes formais, podem estar vinculados ao julgamento desde que representados adequadamente. Eles participam e são ouvidos no processo coletivo, mas através de seus representantes, que funcionam como um porta-voz de todo o grupo em juízo.

[...]

Para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal e aos conceitos mais fundamentais de justiça, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma mais justa e adequada os interesses da coletividade. Isto quer dizer que, na medida do possível, a sua atuação deverá ser de tal maneira que muito provavelmente o resultado final seria o mesmo se todos os representantes tivessem litigado pessoalmente em ações separadas. Caso contrário, ele não terá representado efetivamente os interesses do grupo e, portanto, não poderá existir vinculação para o grupo. Representatividade e adequação são dois conceitos

complementares: não se pode conceber um representante não adequado porque, desse modo, estaria agindo seus interesses próprios ou, pelo menos, alheios ao grupo dos membros ausentes. Representante inadequado é o mesmo que ausência de representação, o que justifica a desvinculação dos representados.

O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros, inclusive mediante eventual ação autônoma a ser proposta por um dos integrantes do grupo (*colateral attack*), com fundamento na inexistência de representação na demanda coletiva originária. (ROQUE, 2013, p. 131-133)

No caso dos institutos tratados no Novo CPC (incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos repetitivos), o controle da *representatividade adequada* está nas mãos do Poder Judiciário, que deve *selecionar causa representativa da controvérsia*, assim entendida *causa* em que, cumulativamente, (I) as questões jurídicas estejam sendo debatidas com amplitude e profundidade suficientes, abrangendo a maior parte dos argumentos que poderiam influenciar na formação do convencimento do órgão jurisdicional sobre aquela questão, (II) as partes se mostrem bem representadas, atuando por meio de procuradores capacitados e conhecedores das questões envolvidas, e desde que (III) não haja conflito de interesses entre o representante (parte na causa representativa da controvérsia selecionada para julgamento) e os representados.

É preciso que o tribunal, ao admitir a instauração dos julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos repetitivos) exerça este controle da *representatividade adequada*, sob pena de violação ao devido processo legal e ao contraditório.

Vale citar os seguintes enunciados editados pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis sobre a formação de precedentes:

2. Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

175. O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas.

317. O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

319. Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.

Nos casos vindouros que forem julgados à luz da tese assentada, o contraditório substancial será respeitado pelo órgão jurisdicional por meio do atendimento ao art. 489, § 1º do NCPC, que exige fundamentação adequada das decisões judiciais, considerando não fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V) ou que “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” (inciso VI).

Apesar de não estar positivada no Novo CPC, será preciso reconhecer a possibilidade de a parte questionar, em seu processo, deficiências na formação do entendimento fixado pelo tribunal, exatamente por não ser compatível com o *devido processo legal* e com o *contraditório, em sua acepção substancial*, admitir-se a vinculação de qualquer pessoa a um julgamento em que sua “representação” esteja viciada, seja (I) pela ausência de representatividade adequada da causa ou do representante selecionados, seja (II) pela superficialidade dos argumentos deduzidos e examinados na fundamentação da decisão sobre a tese, (III) seja pela descoberta superveniente de fraude, dolo ou má-fé do representante, ou mesmo de conflito de interesses entre o “representante” e os “representados”.

5.4. CONSISTÊNCIA E INTEGRIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

A exigência de consistência e integridade entre a decisão judicial e o ordenamento jurídico está bastante relacionada às teorias jurídicas atualmente em voga, principalmente aquelas baseadas na obra “O Império do Direito”, de Ronald Dworkin (2003), na qual, argumentando pela necessidade de manutenção de um sistema jurídico íntegro e coerente, o autor compara as decisões judiciais a um romance em cadeia: cada juiz seria o autor de um capítulo, que deveria dar continuidade à obra já iniciada; para tanto, os capítulos deveriam guardar integridade e coerência entre si, de modo a construir uma história que faça sentido.

Na prática, isso significaria exigir de cada julgador que leve em conta as decisões anteriores em casos semelhantes (precedentes), o conjunto das convenções

jurídicas potencialmente incidentes sobre caso (direito positivo) e também os valores moralmente aceitos pela comunidade.

Tais exigências estão sendo incluídas, no presente trabalho, como um dos requisitos para a fundamentação adequada de uma decisão judicial, não porque se adote integralmente a teoria de Ronald Dworkin (sobretudo em face das conhecidas críticas à sua teoria), mas porque se compartilha o entendimento de que tais valores são fundamentais para o sistema jurídico de qualquer país que pretenda se enquadrar como um Estado de Direito, no qual a segurança jurídica ocupa papel fundamental.

A instabilidade jurisprudencial e o tratamento discriminatório entre jurisdicionados são características que favorecem uma litigiosidade perniciososa, causam descrédito e permitem abusos, desvios e arbítrios.

Por outro lado, exigir coerência e integridade nas decisões judiciais não significa estimular a formação de jurisprudência defensiva ou o engessamento do direito (que são justamente a radicalização dos conceitos de coerência e integridade), já que tais valores podem coexistir com a constante evolução do direito por meio de instrumentos como o *distinguishing* e o *overruling*, que permitem ao julgador, argumentativamente, demonstrar as razões para não se adotar entendimento outrora aplicado a caso similar.

Daí porque, atualmente, se faz necessário que o julgador avalie e consigne na fundamentação de sua decisão a pertinência do posicionamento adotado com o histórico de decisões judiciais pretérito (precedentes), já que o julgador não deveria julgar exclusivamente conforme sua consciência, mas com base no histórico institucional existente (que se chama jurisprudência), e demonstrando as interrelações entre o caso julgado e os demais casos similares anteriormente apreciados Poder Judiciário.

Tal curso de ação se justifica ainda mais levando em conta que, a cada dia, a maioria dos casos não serão mais inéditos no Poder Judiciário, tendo em vista que há uma tendência à recorrência de conflitos repetitivos nas sociedades ocidentais contemporâneas (decorrentes de litígios consumeristas, empresariais, trabalhistas, ambientais, urbanísticos etc.).

Desta exigência é que se originam, fundadamente, os incisos V e VI, do § 1º do art. 489 do CPC/2015: não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (inciso 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, ou que (inciso 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.

5.5. CLAREZA, COMPLETUDE E COERÊNCIA

A falta de clareza, a incompletude e a existência de contradições na fundamentação da decisão são vícios reconhecidos no art. 1.022 do CPC/2015 como tal, tanto que autorizam a oposição de embargos de declaração para integração da decisão.

Estes vícios provocam ambiguidades e dificuldades de interpretação, que podem causar incerteza jurídica e comprometer sua adequada execução, o que afrontaria a própria natureza da função jurisdicional (pacificação social e resolução de litígios).

Considerando a existência de doutrina abundante sobre referidos vícios (obscuridade, contradição e omissão), que, de resto, não apresentam maior complexidade, a presente pesquisa prescindirá de aprofundamento quanto a eles.

6. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 489 DO CPC/2015: A VIOLAÇÃO DO DEVER DE MOTIVAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O art. 489, § 1º do CPC/2015 preleciona que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que incida em algum dos vícios elencados em seus incisos.

Antes de adentrar nas consequências destes vícios, cabe observar, uma vez mais, que uma fundamentação adequada não se confunde com uma fundamentação extensa ou rebuscada, conforme já se examinou em tópico anterior do presente trabalho.

Para exemplificar algumas práticas jurídicas que se fazem desnecessárias para se alcançar uma fundamentação adequada, convém mencionar algumas delas, evidenciando sua prescindibilidade.

Em primeiro lugar, não é preciso que a decisão contenha longas dissertações sobre aspectos teóricos, como a origem histórica ou a natureza jurídica de determinado instituto jurídico, a menos que isto tenha por objetivo estabelecer algum pressuposto para o desenvolvimento de um raciocínio que contribua para a interpretação das normas jurídicas que serão aplicadas.

Também não é preciso que todo e qualquer fato tenha um exame probatório pormenorizado, pois a legislação processual já estabelece a presunção de veracidade para os fatos não controvertidos, razão pela qual a identificação adequada dos fatos incontroversos torna desnecessária esta análise para alguns fatos relevantes no processo.

O exame do conjunto probatório precisa revelar uma análise cuidadosa por parte do julgador, pois desta análise decorrerão as conclusões quanto à existência, ou não, de provas dos fatos constitutivos do direito do autor, bem como dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu. Contudo, isto não significa que o exame precise ser *extenso* ou *rebuscado*, ou seja, a análise pode ser direta e objetiva.

Cabe aqui, uma distinção: o art. 489, § 1º do CPC/2015 se coaduna com fundamentações *concisas* (adjetivo que, no presente texto, é utilizado como antônimo de *extensas*, *prolixas*), isto é, objetivas, diretas, simples, eficazes, sem rodeios. O que o art. 489, § 1º não admite é a existência de motivações *sintéticas* (adjetivo que, no presente texto, é utilizado como antônimo de *analíticas*), isto é, resumidas, lacônicas, superficiais.

Isto é, a motivação da decisão deve abordar todos os requisitos indicados no art. 489, § 1º do CPC/2015 (demonstrando uma justificação *analítica* da decisão, que

alcance todos os pontos relevantes para o julgamento da causa), mas não precisa se demorar, prolongar, rebuscar sobre cada um deles.

Em síntese: uma fundamentação analítica pode ser objetiva. Prolixidade não é, e jamais poderia ser, requisito de validade para a motivação de decisões judiciais. Conforme obra conjunta de Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, “o que no Novo CPC quer (ou melhor, o que, antes e acima dele, a Constituição quer) é uma decisão legítima, correta e íntegra (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão prolixa” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 302).

Desse modo, o novo paradigma para a fundamentação de decisões judiciais exigirá dos operadores do direito o desenvolvimento de um tipo de habilidade que nem sempre é prezada ou estimulada no ambiente jurídico: a capacidade de síntese, a objetividade.

A consequência jurídica para a ausência de fundamentação (ao que se equipara a fundamentação inútil ou deficiente), é cominada pela Constituição: a nulidade.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, **sob pena de nulidade**, [...] (negritos nossos)

A opção constitucional por se estabelecer a nulidade das decisões que incidam neste vício visa coibir que o Estado-Juiz pratique a arbitrariedade consistente na decisão sem motivação.

Quanto ao teor do inciso IV, do § 1º, do art. 489 do CPC/2015 (“ não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), há três considerações relevantes a serem feitas.

Em primeiro lugar, para acolher a pretensão da parte, o julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos favoráveis por ela deduzidos, pelo motivo óbvio de que, neste caso, a tutela jurisdicional está sendo prestada como requerido pela parte e, assim, basta que o julgador tenha se convencido a partir de um dos argumentos manejados, sem precisar enfrentar os demais, ante a absoluta ausência de prejuízo para a parte.

Em segundo lugar, argumentos que contenham uma relação lógica de prejudicialidade entre si tornam despicienda a análise de ambos quando as conclusões adotadas em relação a um deles tornar inútil ou desnecessária a análise do outro. A título de exemplo, pode-se citar uma hipótese em que o réu contesta o feito, controvertendo o fato constitutivo do direito do autor e, além disso, pelo princípio da eventualidade, propõe uma interpretação diversa acerca das normas jurídicas aplicáveis. Caso o magistrado conclua que não restou comprovado o fato *probandum*, não precisará enfrentar a interpretação da norma jurídica proposta pelo réu.

Em terceiro lugar, o juiz não está obrigado a enfrentar *todos* os argumentos deduzidos pelas partes. Há uma qualificação no dispositivo que delimita o escopo de interpretação do dispositivo: só é causa de nulidade da decisão, por fundamentação insuficiente, a ausência de exame de argumentos *capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*. Isto é, no exercício de argumentação para ver suas pretensões acolhidas, as partes podem se valer de argumentos acessórios ou de reforço, que não contêm sustentam, por si próprios, uma tese que levaria a conclusão diversa, mas que funcionariam como evidências ou indícios de que a tese defendida é a que deve ser acatada.

É o caso por exemplo, em que a parte se valer de expressões como “não fosse assim [...]”, “e nem poderia ser diferente, pois [...]”.

Tais argumentos, portanto, são “acessórios”, ligados a um argumento “principal”, e, como tal seguem a lógica deste: superados estes, tornam-se automaticamente insubsistentes aqueles.

A decisão proferida em desatendimento ao § 1º do art. 489 do CPC/2015 se considera não fundamentada; por sua vez, o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 comina a nulidade para as decisões judiciais desprovidas de fundamentação.

A anulação de qualquer ato jurídico consiste no desfazimento do ato, juntamente com seus efeitos, por defeito de legalidade (sinteticamente, já que não é objetivo do presente trabalho aprofundar-se nas controvérsias acerca dos conceitos de nulidade, anulabilidade, ineficácia etc.).

De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves (2000, p. 12), “nulidade é consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”.⁵³

Portanto, a decisão despida de fundamentação, ou dotada de fundamentação insuficiente ou inadequada, pode ser integrada via embargos de declaração (conforme previsão do art. 1.022, parágrafo único, inciso II⁵⁴).

Acaso isto não ocorra, a decisão padecerá de nulidade e, portanto, poderá ser atacada pelos recursos cabíveis, com o requerimento de cassação da decisão. Releva anotar que, conforme entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves (2000, p. 108), “a nulidade, como sanção, pode existir potencialmente mas só se abaterá sobre a sentença, assim como sobre qualquer ato processual, se for efetivamente aplicada, e a vir normal para a aplicação de sanções é a decisão judicial”.

É interessante a solução adotada no CPC/2015 para os casos de decretação de nulidade da decisão por ausência ou insuficiência de fundamentação: o art. 1.013, § 3º, inciso IV estabelece que o tribunal deve decidir desde logo o mérito se o processo estiver em condições de imediato julgamento⁵⁵.

Com isso, desde que o processo esteja em condições de julgamento, a parte que já foi prejudicada pela decisão carente de fundamentação não terá que suportar mais

⁵³ E prossegue o referido processualista: “Os processualistas admitem que as nulidades no processo não podem ser consideradas sob o mesmo enfoque do Direito privado. Ao comentar o art. 618 do C. Pr. Civil, AMILCAR DE CASTRO refere-se às profundas diferenças entre a nulidade no direito civil e no direito processual, contrapondo ‘ato nulo’ a ‘ato anulável’. Lembrando CHIOVENDA, sustenta ‘Os efeitos processuais da demanda judicial nascem ainda em processo nulo e duram até que a nulidade seja declarada no processo. Consequentemente os atos processuais nunca são nulos, no sentido que se dá a essa palavra no direito civil; e sim são sempre anuláveis a requerimento das partes, ou de ofício, em alguns casos, por exceção’.” (GONÇALVES, 2000, p. 25)

⁵⁴ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

⁵⁵ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. § 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

consequências negativas decorrentes do vício oriundo da atuação do julgador – a demora causada pela anulação da sentença e devolução do processo ao juízo *a quo* para saneamento do vício. Caso isto ocorresse, a parte suportaria as consequências materiais de um vício que não deu causa.

A solução do art. 1.013, § 3º, inciso IV é conciliatória e permite aos tribunais exercer um controle minucioso sobre a fundamentação das decisões judiciais, de modo a criar uma cultura adequada quanto ao novo *standard* de fundamentação, sem provocar prejuízos às partes, e sem aumentar a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais de origem.

Se os tribunais não assumirem este papel, dificilmente haverá uma mudança de cultura entre o regime do CPC/1973 e o regime do CPC/2015, que teve a intenção deliberada de promover progressos em relação ao tema da fundamentação de decisões judiciais.

É possível antever que as mesmas as críticas que foram feitas ao § 3º do art. 515 do CPC/1973, quando foi incluído no diploma processual vigente à época pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001⁵⁶, no sentido de que restaria configurada uma espécie de julgamento *per saltum*, atentatório contra o princípio do duplo grau de jurisdição (de índole constitucional para parte da doutrina), serão dirigidas ao art. 1.013, § 3º do CPC/2015. Contudo, avaliando situação (decretação de nulidade de decisão carente de fundamentação) em que, de um lado, tem-se o princípio do duplo grau de jurisdição, e do outro, os princípios do formalismo moderado, da instrumentalidade das formas, da duração razoável do processo e da economicidade, pode-se considerar que a afetação ao princípio do duplo grau é mínima frente à necessidade de maximização de atendimento aos demais princípios em jogo. Acrescentando-se a isto a observação de que, em geral, a parte já prejudicada pela fundamentação deficiente teria seus prejuízos agravados pela devolução do processo ao juízo *a quo*, a solução legislativa demonstra-se pertinente.

⁵⁶ Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

7. CONCLUSÕES

Uma decisão judicial de mérito deve ser considerada validamente fundamentada, e, portanto, um ato de exercício legítimo da função jurisdicional se (quando pertinentes às questões de fato e de direito controvertidas num determinado processo): (I) demonstrar o exame dos fatos relevantes para a causa, estabelecendo quais são os fatos incontroversos e quais dos fatos controversos foram, ou não, comprovados; (II) analisar o direito (em sentido amplo) aplicável ao caso; (III) demonstrar as interrelações existentes entre as normas jurídicas potencialmente aplicáveis ao caso (antinomias, lacunas, colisões entre princípios etc.) e evidenciar o meio utilizado pelo julgador para definir a norma jurídica incidente (interpretação literal, sistemática, teleológica, recurso a disposições legais, como, por exemplo, aquelas contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sobre resolução de conflitos aparentes de normas – hierarquia, cronologia e especialidade; analogia; ponderação ou sopesamento de princípios etc.); (IV) evidenciar a interpretação dada aos conceitos jurídicos indeterminados mencionados na decisão; (V) expressar o estudo jurisprudencial sobre casos similares que tenham atraído a aplicação de normas jurídicas semelhantes às que orbitam aquele caso, ainda que consignando a inexistência de jurisprudência sedimentada sobre aquela questão de direito; (VI) justificar ou afastar a aplicabilidade de súmulas ou precedentes potencialmente aplicáveis ao caso, por meio, principalmente, do cotejo entre os fatos relevantes do caso paradigma e do caso paragonado, e da demonstração da interpretação a ser dada à norma jurídica extraída da súmula ou precedente; (VII) analisar os argumentos relevantes apresentados pela parte para o *distinguishing* ou *overruling*, se for o caso; (VIII) enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e (IX) extrair do exame de tudo isso conclusões coerentes com as premissas assentadas, que sejam universalizáveis e mantenham a integridade do sistema jurídico, resultando num dispositivo completo, coerente, claro e conciso.

O Estado Democrático de Direito exige a controlabilidade das decisões judiciais, que se faz sobre a fundamentação da decisão. Portanto, não se pode deixar *implícito* na decisão que o julgador tenha analisado qualquer das questões acima, quando esta questão se fizer relevante num determinado processo judicial (isto é, quando tenha se tornado uma questão controvertida), pois tal tolerância permitiria a perpetuação do

processo jurisdicional com decisões precárias, configuradoras de arbitrariedade incompatível com o paradigma de Estado Democrático de Direito .

Por outro lado, não são admissíveis interpretações extremistas ou oportunistas do § 1º do art. 489 do CPC/2015, que provocariam o risco de permitir sua utilização como uma ferramenta para dilações indevidas ou como fonte de exigência para que as decisões judiciais sejam *extensamente* fundamentadas, o que seria incompatível com o volume de trabalho do Judiciário brasileiro.

Considerando as primeiras reações (notícias, manifestações de associações de classe, artigos) e as primeiras manifestações doutrinárias, é possível observar que a maior preocupação a respeito do § 1º do art. 489 do CPC/2015 é a viabilidade de seu cumprimento, num Poder Judiciário assoberbado como o brasileiro.

Daí, é possível extrair duas conclusões:

1) a dificuldade prática de se atender ao dispositivo não deve se tornar estímulo para a criação de teorias ou interpretações que reduzam o alcance da norma contida no § 1º do art. 489 do CPC/2015, já que esta disposição tem largo embasamento filosófico, teórico, constitucional e principiológico, devendo-se maximizar sua aplicação, em homenagem ao Estado de Direito, ao respeito à autonomia moral do indivíduo, e aos direitos fundamentais ao devido processo legal e ao contraditório substancial. A defesa de retrocessos quanto a este dispositivo, ainda que por argumentos pragmáticos, contraria todo este arcabouço;

2) a dificuldade prática de se atender à norma contida no § 1º do art. 489 do CPC/2015 (em razão da sobrecarga do Poder Judiciário) não é causa, mas sim consequência, e como tal deve ser tratada. As verdadeiras causas da profusão de demandas que abarrotam o Poder Judiciário, consumindo mais recursos humanos e materiais do que o Estado tem sido capaz de prover, é que devem ser estudadas e tratadas, com o objetivo de alcançar soluções consistentes para a origem do problema (e não apenas para suas consequências). No presente trabalho, não haveria espaço (e nem pretensão) para se tentar explicar todas as razões para o excesso de litigiosidade no Brasil hoje. Contudo, algumas delas foram abordadas de forma sintética no corpo do texto: em poucas palavras, se poderia afirmar que a estrutura de incentivos formada pelo direito processual civil e pelas regras de funcionamento do Poder Judiciário brasileiro torna o processo judicial estrategicamente útil para o litigante de massa, já que: (a) as

despesas judiciais são baixas, frente ao poderio econômico-financeiro que o litigante de massa tradicional costuma ter; (b) os juros moratórios incidentes durante o processo podem se tornar bastante vantajosos, diante de vários cenários econômicos, estimulando a “rolagem de dívidas” por meio do processo judicial; (c) a atuação em litígios repetitivos proporciona economia de escala ao litigante de massa, já que até mesmo os custos com a contratação de advogados serão diluídos, quando houver relevante similitude em um grande número de processos; (d) as sanções e indenizações fixadas judicialmente não raramente são inferiores aos custos financeiros decorrentes do reconhecimento espontâneo e tempestivo do direito; (e) a morosidade judicial acaba sendo utilizada para a postergação da satisfação de direitos, ainda que devidos, o que pode servir a conveniências conjunturais ou ser vantajoso economicamente; (f) a instabilidade jurisprudencial e os erros judiciários acabam funcionando como incentivo a litigantes aventureiros e como desestímulo às instituições e indivíduos que pretendem agir em conformidade com o direito, tendo em vista a possibilidade de o litigante sem razão sagrar-se vencedor, mesmo em litígios cuja avaliação de êxito seria remota⁵⁷; (g) por outro lado, a contraface da moeda de todos os pontos elencados acima, acaba funcionando como desestímulo ao litigante individual ou de varejo, pois, para ele, os custos são altos, não se diluem (não há ganho de escala), o processo é moroso, há riscos envolvidos e nem mesmo a integralidade do direito violado é recomposta.

Portanto, não seria exagero dizer que o processo judicial brasileiro é vantajoso estrategicamente para o grande litigante, e que isto acaba funcionando como catalisador para novos conflitos e como desestímulo ao cumprimento espontâneo de obrigações ou à resolução extrajudicial de conflitos, sobretudo porque, em geral, o aspecto moral desta utilização economicamente estratégica do Poder Judiciário não é levado em conta pelo litigante serial, preocupado com aspectos exclusivamente econômico-financeiros.

Assim, a exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais está ligada à noção de um processo justo, e tende a contribuir para a formação de entendimentos judiciais mais completos, eis que estabelece um nível elevado de apuro técnico para a elaboração das decisões. Deve, portanto, ser acolhida na maior medida possível pelos sujeitos do processo.

⁵⁷ “A prática do respeito aos precedentes, como regra geral, gera até mesmo economia. Ou seja, o malefício que representa, para a sociedade, a jurisprudência dividida e instável, se reflete também e talvez principalmente, no campo econômico. Lewis A. Kornhauser, comenta que, cada vez que a jurisprudência muda, surge a necessidade de *adjustments costs*.” (WAMBIER, 2012, p. 32)

As razões práticas que dificultam ao julgador o atendimento a esta exigência é que são o fenômeno a ser tratado, evitando que o art. 489, § 1º do CPC/2015 se torne letra morta (como já deram mostras o acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF, o acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1630265/RS e pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 911.502/SP) devido à aplicação de uma espécie de cláusula de reserva do possível.

Nesse contexto, há uma necessidade de uma mudança de cultura. Fundamentar não significa escrever muito, mas justificar a decisão de maneira racional frente à controvérsia instaurada entre as partes e frente às normas jurídicas aplicáveis. A esse propósito, não podem conviver com o preceito constitucional do art. 93, IX, da Constituição, disciplinado pela nova dicção do §1 do art. 489 do CPC 2015, decisões como “os elementos trazidos pelo autor não são suficientes para em juízo prelibatório deferir a tutela requerida, por ser necessária a dilação probatória”; “ausentes os requisitos legais, indefiro a liminar”; “frente a inexistência do perigo da demora, indefiro”; “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”; “tendo em vista a plausibilidade do direito, defiro”, dentre tantos outros exemplos de decisões ainda rotineiras na prática judicial brasileira.

8. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *A fundamentação das decisões judiciais no NCPC e o resgate da categoria jurídica da incidência*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23out.2013

BRASIL, Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em 23out.2013

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (orientador). *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2010.

BRASIL, STF, 1ª T., AG n. 241.844-7/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18/09/2001, publicado no DJ de 19/10/2001.

BRASIL, STF, 2ª Turma, ARE 953883 AGR/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 18/11/2016, publicado no DJe de 05/12/2016.

BRASIL, STJ, 1ª Seção, REsp 1343065/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 28/11/2012, publicado no DJe de 04/12/2012.

BRASIL, STJ, 1ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 670.609/RJ, Rel. Ministro Regina Helena Costa, j. em 15/09/2016, publicado no DJe de 23/09/2016.

BRASIL, STJ, 2ª T., AgRg no Ag 105409/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 27/06/1996, publicado no DJ de 26/08/1996, p. 29679.

BRASIL, STJ, 3ª T., EDcl no REsp 27.963/MG, Rel. Ministro Dias Trindade, j. em 08/02/1993, DJ 22/03/1993, p. 4540.

BRASIL, TST, 8ª T., AIRR-0000535-84.2011.5.02.0252, Relator Des. Convocado João Pedro Silvestrin, j. em 03/04/2014, publicado no DJ de 07/04/2014.

BRASIL, TRT 2ª R, 17ª T., RO-000079039.2012.5.02.0371, Relatora Des. Maria de Lourdes Antônio, j. em 17/07/2014, publicado no DJ de 25/07/2014.

BRASIL, TRT 2ª R, 18ª T., RO- 0002657-43.2012.5.02.0088, Relatora Des. Susete Mendes Barbosa de Azevedo, j. em 16/07/2014, publicado no DJ de 21/07/2014.

BRASIL, TRT 2ª R, 17ª T., RO-0001072-49.2011.5.02.0036, Relatora Des. Riva Fainberg Rosenthal, j. em 15/08/2013, publicado no DJ de 23/08/2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Precedent in Brazil*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil. In.: FREIRE, Alexandre *et al.* (coord.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

COSTA RICA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.doc. Acesso em 23.dez.2016.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium. 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodium, 2011, v. 3.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

GIOTTI, Daniel. *O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

GUIMARÃES, Mauro. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca; *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, H. L. A. *The concept of law*. Second edition. Clarendon Press. Oxford: OUP, 1994.

HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAURA, Maria Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 261, p. 179-201, set./dez. 2012.

LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Editorial Bosch, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

MACIEL, Gláucio Ferreira. *Direito e tempo*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *A influência do processo constitucional sobre o novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, V. 1: Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATURANA, H. *Reality: The Search for Objectivity or the Quest for a Compelling Argument*. *The Irish Journal of Psychology*, v. 9, n. 1, p. 25-82, 1988. Tradução de Cristina Magro.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2012.

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

NUNES, Dierle. *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 (RePro)*, n. 199, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. *O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013.

OLIVEIRA, Eduardo Perez. *O dever de motivação das sentenças no Novo CPC – impacto no microssistema dos Juizados Especiais (Cíveis, Federais e da Fazenda Pública)*. In: DIDIER JR., Fredie. *Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 1: Magistratura*. Salvador: Juspodivm, 2015, 97-103.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *Fundamentação das decisões judiciais*. In: THEODORO JR., Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo, Editora Pensamento-Cultrix, 2008.

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*. RePro 199. São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 159-191.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: OUP, 1979.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. RODRIGUES, Walter Piva (orientador). *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. *A técnica de elaboração da sentença civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. *Contornos da fundamentação no Novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SHAPIRO, Scott J. *Authority*, em J. Coleman e S. Shapiro (orgs.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: OUP, 2002.

SOUZA, Fábio Luís Pereira de. *A fundamentação das decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil: uma mudança profunda*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *O novo CPC e a fundamentação das decisões judiciais*. In: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (coord.). *As conquistas da advocacia no novo CPC*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello (La motivazione della sentenza civile). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: México, 2006, XIV.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. RePro 199. São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 139-155.

TARUFFO, Michele. *Precedent in Italy*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. RePro 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010, p. 10-52.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Marcos; ROVER, Tadeu. *Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em 01/05/2016.

VIARO, Felipe Albertini Nani. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (orientador). *Do precedente no direito inglês e norte-americano*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Silva, Luis Virgilio Afonso da (orient). *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.