

Garantia da motivação das decisões no Novo Código de Processo Civil brasileiro: miradas para um novo processo civil[1]

Paulo Henrique dos Santos Lucon

1. Motivação das decisões no Brasil [\[arriba\]](#)

No Brasil, a motivação constitui requisito de validade das decisões jurídicas por expressa determinação constitucional (CF/88, art. 93, inc. IX). No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 estabelece como um dos requisitos das decisões judiciais a exposição pelo juiz dos fundamentos que conduzem ou não ao acolhimento do pedido do autor (CPC/1973, art. 458, inc. II). A mesma ideia consta do Novo Código de Processo Civil, mas com uma amplitude bem maior já que, além de mencionar que são elementos essenciais da sentença os fundamentos, "em que o juiz analisará as questões de fato e de direito" (CPC/2015, art. 489, inc. II), estabelece em seis incisos o que não se considera motivação (CPC/2015, art. 489, § 1o, incs. I a VI). No exercício de sua jurisdição, os tribunais brasileiros de sobreposição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de dar concretude a esses dispositivos, elaboraram algumas máximas para orientar a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considera motivada decisão mesmo que dela não conste um exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas suscitadas e produzidas pelas partes.[2] De acordo com essa orientação, para esse Tribunal, também deve ser considerada motivada decisão que se limita a se reportar aos fundamentos de outra decisão, a chamada e tão controvertida motivação per relationem.[3] O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, não considera nula a decisão motivada de maneira sucinta ou deficiente.

Da análise que se faz dessas máximas e das decisões que as deram origem, constata-se que a preocupação maior dos tribunais brasileiros ao julgarem adequada ou não determinada motivação é não sobrecarregar os magistrados no exercício de sua função judicante. O excesso de processos no Brasil é uma realidade terrível; são quase 100 milhões de processos, muitos dos quais o próprio Estado figura como litigante. Essa pressão para dar vazão à demanda provoca uma inegável perda de qualidade das decisões judiciais, pois uma fundamentação exauriente de todos os elementos da controvérsia exige dedicação do magistrado à causa.

Este ensaio procura analisar a adequação da motivação, não sob essa perspectiva, preocupada com o gerenciamento do Poder Judiciário, mas sim sob a ótica do garantismo, ou seja, da proteção dos jurisdicionados, com o propósito de demonstrar o seguinte teorema: não pode ser considerada motivada a decisão que de alguma forma impossibilite o exercício do contraditório.

2. Limites impostos pela motivação [\[arriba\]](#)

A necessidade de justificar determinada escolha impõe restrições ao subjetivismo de qualquer tomador racional de decisões. Ciente de que deve explicitar o seu convencimento o julgador que se pretende racional é constricto a não decidir com base em fundamentos que não podem por ele ser expostos, sob pena de se caracterizar como arbitrária a sua decisão. Se essa lógica se aplica em qualquer âmbito decisional, com maior razão isso ocorre nos casos em que se estabelece uma relação que revela determinada forma de manifestação do poder estatal.[4]

Os agentes públicos em um Estado Democrático de Direito devem não só atuar segundo os ditames da sua Constituição como devem também tornar público o porquê de agirem assim. Essa tarefa, contudo, torna-se cada vez mais complexa nos dias atuais diante da hiperinflação legislativa e, em especial, da utilização pelo legislador de termos jurídicos indeterminados para regulamentação das condutas sociais. A investigação sobre as causas desses fenômenos extrapola os limites deste ensaio. Interessa-nos tão somente a análise de seu impacto na atividade judicial de justificativa das decisões.

Instado a aplicar dispositivos versados em termos indeterminados, o magistrado não mais passa a dispor da subsunção como técnica por excelência de seu raciocínio. A mera aplicação da lei ao caso concreto, a exigir do julgador a explicitação do nexo de pertinência entre as *fattispecie* abstrata e concreta, é então substituída por uma atividade complexa de justificação em que o magistrado deve, dentre outras atividades, (i) demonstrar o significado por ele atribuído a cada um desses termos indeterminados, (ii) realizar juízo de ponderação, quando diante de conflito entre normas com caráter de princípio e (iii) indicar o estado ideal de coisas a ser promovido com a sua decisão. Caso assim não proceda, o magistrado tende a justificar suas decisões com base em expressões vazias que bem poderiam ser empregadas em uma miríade de casos diversos.[5]

Diante desse contexto normativo, o maior desafio dos juízes, em especial daqueles que compõem os Tribunais Superiores, é utilizar em suas decisões fundamentos universalizáveis, não particularistas, que possam ser replicados em decisões futuras, promovendo-se, com isso, a dispensa de tratamento isonômico aos jurisdicionados.[6] Esse reconhecimento dos Tribunais Superiores como Cortes de Precedentes, responsáveis também pela criação de direito na medida em que dão concretude aos dispositivos legais, implica dever correspondente imposto aos magistrados das instâncias inferiores de justificar de maneira adequada a aplicação da *ratio decidendi* de um julgado anterior aos casos em análise. A aplicação desarrazoada de um precedente judicial produz decisões tão injustas como aquelas que aplicam a lei para fatos nela não previstos.[7]

Independentemente desses novos desafios impostos aos magistrados, algumas noções a respeito da atividade de justificação das decisões judiciais possuem caráter atemporal, como, por exemplo, a necessidade de a motivação ser (i) expressa, sendo vedada motivação implícita, por conta da violação que isso representaria ao imperativo da publicidade dos atos estatais; (ii) clara, ou seja, desprovida de ambiguidades e contradições; e (iii) logicamente sustentável. Na motivação deverão constar, portanto, os fundamentos pelos quais o julgador decidirá desta ou daquela forma os pedidos deduzidos pelo autor na petição inicial. Isso significa que a motivação tenderá a espelhar o convencimento do julgador sobre o caso concreto, devendo ela, portanto, abranger (i) a interpretação das normas legais e jurisprudenciais aplicadas; (ii) o reconhecimento dos fatos; (iii) a qualificação jurídica da *fattispecie* e (iv) a declaração das consequências jurídicas derivantes da decisão.[8] Atendidos esses requisitos mínimos pode-se afirmar que a motivação cumpre as funções que dela são esperadas.

A motivação, por um lado, tem grande importância sob o aspecto político de legitimação do poder estatal, pois é exigência fundamental do Estado Democrático de Direito e uma garantia contra o arbítrio:[9] se os casos submetidos aos órgãos jurisdicionais devem ser julgados com base em fatos provados e com a correta e imparcial aplicação do direito vigente, só podem assim ser por meio da exposição

clara do caminho lógico que se percorreu para chegar à decisão.[10]A função precípua da motivação, portanto, consiste em tornar possível o controle externo, exercido pela opinião pública e pela sociedade em geral, sobre a correção da decisão judicial. Essa é a chamada função extraprocessual da motivação.[11] Sob o ponto de vista endoprocessual, a motivação é reconhecida como um instituto que assegura um melhor funcionamento do mecanismo processual. Isso porque, ao persuadir as partes da justiça da decisão, a motivação reforça a autoridade da decisão tomada, e, com isso, desestimula a parte sucumbente a impugná-la.[12] Se isso não ocorrer e a parte decidir impugnar a decisão que lhe é prejudicial, é a motivação que permitirá a individuação de modo preciso dos vícios da decisão que constituirão os fundamentos da impugnação, e por isso, conforme se verá nos próximos itens que seguem a este, não deverá ser considerada motivada a decisão que subtraia da parte que sucumbiu as informações necessárias ao exercício do contraditório.[13]

A motivação suficiente, assim, é garantia de um contraditório efetivo, capaz de, por um lado, tutelar a parte beneficiada de maneira adequada, e por outro, possibilitar uma reação da parte contrária com fundamentos mais sólidos, se eles existirem. Apenas pontos colaterais ao litígio, não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa é que podem deixar de ser analisados pelo magistrado em seu exercício de justificação. O que não se tolera, contudo, são as omissões no essencial, naquilo que poderia inverter o resultado do julgamento. Isso viola os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença, chocando-se de frente com a garantia político-democrática do devido processo legal.[14]

3. O contraditório como princípio estruturante do processo [\[arriba\]](#)

A concepção de processo como procedimento em contraditório[15] ressalta o caráter estrutural desta norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias. Ausente contraditório, inexistente processo.[16] Se há contraditório, mas este não é respeitado como deveria, está-se, então, diante de um processo que não pode ser definido como justo.[17] De acordo com a atual configuração do Estado Constitucional, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que versem a respeito de questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito. Essa é uma diretriz a ser observada em todo e qualquer processo, ainda que observada em graus de jurisdição distintos. A propósito, já há muito tempo o art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês estabelece o dever de o juiz fazer observar o contraditório, inclusive no que diz respeito às matérias suscitadas de ofício, ocasião em que deve às partes ser franqueada ampla participação.[18] O mesmo ocorre, aliás, no Brasil com o Novo Código de Processo Civil, já que de acordo com o art. 10 desse novo diploma “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O contraditório, assim, não é a ciência apenas bilateral (pelos sujeitos parciais do processo) dos atos e termos do processo, mas é a ciência de tais atos por todos os sujeitos da relação jurídica processual. O principal destinatário do contraditório é o juiz, que deve observá-lo a todo o momento ao longo do arco procedimental. Eventual infringência ao contraditório não permite o exercício da ampla defesa e provoca violação frontal à garantia do devido processo legal. É certo que o contraditório é pautado pelo binômio informação-reação, mas enquanto a

informação deve estar sempre presente, a reação é eventual e depende da iniciativa da parte, nunca de um ato de poder, que seria absolutamente ilegítimo. Assim, poder-se-ia definir mais precisamente o contraditório pelo binômio informação necessária-reação possível. Por isso, a citação, por exemplo, assume um papel de extrema relevância no processo civil, pois ela viabiliza o contraditório. Nulidade e inexistência de citação são vícios tão graves, portanto, que podem ser aduzidos a qualquer tempo no processo, e até mesmo após o trânsito em julgado por meio de ação autônoma (ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual).[19]

O contraditório está precisamente no direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito. A defesa em juízo é garantia do contraditório e a igualdade de armas assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Deve-se sempre ter em mente que o postulado do *due process of law*, do qual os princípios do contraditório e da ampla defesa são corolários, há de ser sempre observado. Não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age no sentido de obter vantagem em relação ao adversário, sem que este apresente suas razões ou, pelo menos, sem que se lhe dê efetiva oportunidade de manifestar-se. Fundamentalmente, o processo é caracterizado pelo contraditório estabelecido no procedimento adequado às particularidades do direito material, sendo a participação assegurada aos interessados por meio do exercício das faculdades e poderes que integram a relação jurídica processual.[20]

Enquanto princípio jurídico,[21]o contraditório produz efeitos sobre outras normas jurídicas de forma direta e indireta. Por conta da eficácia direta os princípios exercem uma função integrativa, pois agregam elementos não previstos em subprincípios ou regras. Assim, ainda que não haja regra expressa determinando a oitiva das partes a respeito de ato judicial com “potencial” de influir na esfera jurídica de uma delas, deverá ser oportunizada a sua manifestação por conta justamente dessa função integrativa do contraditório.[22] É o que ocorre, v.g., nos casos em que os juízes têm de modificar sua própria decisão por conta de algum vício interno a ela (omissão, obscuridade ou contradição). Tal modificação não pode se dar sem a prévia manifestação das partes a respeito. Diz-se “potencial”, pois, em hipóteses excepcionais, quando tal característica não se fizer presente, há de ser considerada legítima a dispensa de manifestação da parte. É o que ocorre, por exemplo, no direito brasileiro com a possibilidade de resolução imediata do processo com o decreto de improcedência no caso de processos repetitivos. O art. 285-A do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 estabelece que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Dispositivo semelhante está no art. 332 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece que “nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. O § 1º do art. 332 do Código de Processo Civil de 2015 autoriza, como não poderia deixar de ser diferente, já que isso também era permitido pelo CPC anterior, o juiz a “julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de

decadência ou de prescrição". Ao contrário do que possa parecer a partir de uma primeira análise, referido dispositivo não viola o contraditório, mas disciplina hipótese de verdadeiro julgamento antecipadíssimo do mérito, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença inaudita altera parte. O contraditório é apenas diferido para o caso de o autor apelar. Mais ainda: há a possibilidade de o juiz se retratar da sentença proferida, reconsiderando a sua decisão e determinando de imediato a citação do demandado. É o que se verifica da redação do § 1º do art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973 de acordo com o qual o "se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação", bem como do § 3º do art. 332 do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual "interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias"; Por sua vez, o § 2º do art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973 estabelece que "caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso", e o § 4º do art. 332 do Novo Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que "se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias". O art. 332 do Novo Código de Processo Civil é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica; pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova, porque, na convicção do julgador, nada mais há de ser esclarecido ou provado relativamente aos fatos. Assim, os pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controvérsia já é conhecidíssima pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a causa de pedir e o pedido guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, o sistema processo não admite o julgamento antecipado do mérito a favor do autor sem que se proceda à citação do demandado (poder-se-ia cogitar, de lege ferenda, de uma norma que autorizasse o julgamento imediato de procedência, com um contraditório posticipado ou diferido - sem cogitar, portanto, da violação de tal garantia). O Novo Código de Processo Civil brasileiro, como visto, seguindo essa mesma orientação, amplia o rol de hipóteses que autorizam o julgamento liminar de improcedência do pedido com a dispensa do contraditório valorizando em particular a força normativa das decisões dos Tribunais. Nesse sentido dispõe o art. 332 do Novo Código de Processo Civil que nas causas que dispensem a fase instrutória o juiz independentemente da citação do réu julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;[23] iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local. Apesar de tal julgamento antecipadíssimo da lide, o contraditório se manifesta, não obstante seja diferido ou posticipado, o que legitima o provimento jurisdicional na exata medida em que se outorgou ao demandado a possibilidade de reação.

Além dessa eficácia direta, o contraditório, como princípio jurídico, também exerce uma eficácia indireta sobre outras normas jurídicas. Uma dessas funções é

a chamada função definitória, segundo a qual o contraditório cumpriria o papel de definir, ou seja, delimitar, o comando de um sobreprincípio que lhe é axiologicamente superior.[24] Sob essa ótica, tem-se que o contraditório concretiza o princípio da soberania popular, na medida em que assegura a participação dos cidadãos na administração da justiça. É por isso que uma decisão que não observa o contraditório - uma decisão surpresa - possui natureza antidemocrática. Traçando um paralelo com os outros poderes estatais, pode-se afirmar que se a legitimidade desses agentes decorre da representação popular que se manifesta por meio de eleições periódicas, a legitimidade dos membros do Poder Judiciário está condicionada ao dever de oportunizar a possibilidade de os cidadãos se manifestarem em juízo quando sujeitos ao imperium estatal.

Além dessa função definitória, também por conta da eficácia indireta dos princípios, o contraditório desempenha uma função interpretativa, uma vez que ele é utilizado na atividade de interpretação de normas construídas a partir de outros textos normativos, restringindo ou ampliando seus sentidos. Por exemplo, o dispositivo do Código de Processo Civil brasileiro que estabelece a presunção de veracidade dos fatos não contestados pelo réu deve ser interpretado com *granus salis*, em especial nos casos em que o réu comparece em juízo a posteriori. Nessas hipóteses, em respeito ao contraditório, ao revel, por exemplo, deve ser oportunizado, se não encerrada a fase instrutória, o ônus de produzir as provas que possam eventualmente infirmar as alegações do autor. Se o juiz possui poderes instrutórios para tanto, por que não permitir ao revel que melhor conhece os elementos da controvérsia que também o faça?

Por fim, e esta é a função do contraditório que mais de perto interessa aos propósitos deste ensaio, tem-se que os princípios jurídicos exercem uma função bloqueadora que consiste na capacidade de afastar elementos incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser por eles promovidos. Desse modo, caso uma determinada regra, por exemplo, preveja a concessão de certo prazo para a prática de um ato processual, mas no caso de tal prazo ser incompatível com a natureza do ato a ser praticado, para garantir o regular exercício do contraditório e a efetiva proteção dos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido pelo juiz em razão dessa função bloqueadora do princípio do contraditório. Da mesma forma, em virtude dessa função bloqueadora do contraditório, é que se deve considerar não motivada decisão que de alguma maneira impossibilite o exercício do contraditório. Isso ocorrerá quando a parte que sucumbiu ficar impossibilitada de se insurgir contra decisão que lhe foi desfavorável por conta de alguma omissão do julgador que deixou de explicitar como deveria o seu convencimento. Vale dizer, a função bloqueadora do princípio do contraditório faz com que seja considerada imotivada a decisão que leve a parte que sucumbiu a não dispor de informações suficientes para se insurgir contra a decisão que lhe foi desfavorável, e isso se dá, conforme veremos no item a seguir, quando o juiz se descola dos fatos e das particularidades do caso em análise. A motivação e o contraditório, portanto, estão interligados de modo que a primeira não pode ser considerada adequada se o segundo não puder ser exercido.

4. Identificação das decisões imotivadas [\[arriba\]](#)

Fixadas essas premissas respeitantes ao conteúdo da motivação e do contraditório, cumpre-nos neste item relacionar esses institutos a fim de identificar aquelas decisões que devem ser consideradas imotivadas. Como visto, não se pode considerar motivada a decisão que de alguma forma impeça o exercício regular do contraditório. Para cumprir essa tarefa, utilizaremos como fonte primária de

análise a novel legislação brasileira, consistente no Código de Processo Civil de 2015. Em função dessa opção metodológica, cumpre, ainda que sumariamente, descrever o processo de elaboração desse novo diploma responsável por regulamentar a administração da justiça civil brasileira. Nos últimos vinte anos, diversas reformas legislativas alteraram vários dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, comprometendo com isso a sua sistematicidade.[25] Muitas dessas reformas se deram especialmente a partir de novas exigências sociais oriundas da Constituição Federal brasileira de 1988. Sentiu-se, a partir daí, em alguns setores da sociedade civil organizada, a necessidade de se elaborar um novo diploma legislativo para regulamentar o processo civil brasileiro. Surgiu, então, o Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010, elaborado por uma Comissão de Juristas especialmente designada para esse fim. Vale ressaltar que referida Comissão não apenas procurou sistematizar os dispositivos do Novo Código, como propôs também uma série de inovações a fim de tornar mais célere e efetiva a prestação da tutela jurisdicional, conforme determina a Constituição Federal brasileira de 1988. A título de ilustração cabe destacar dentre outras inovações inicialmente sugeridas (i) a criação do chamado incidente de resolução de demandas repetitivas, inspirado no Musterverfahren do direito alemão, que, na prática, terá a aptidão de tornar mais célere a prestação da tutela jurisdicional e a promover a isonomia entre os jurisdicionados, na medida em que tende a assegurar a dispensa do mesmo tratamento jurídico àqueles que compartilham do mesmo substrato fático, (ii) o incentivo à autocomposição, por meio das técnicas da conciliação e da mediação, e a (iii) valorização dos precedentes judiciais. Após a aprovação no Senado Federal em 15 de dezembro de 2010, o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados onde foi aprovado no dia 26 de março de 2014 com diversas modificações em relação ao projeto inicial. Em seguida, nova votação ocorreu no Senado Federal e o Novo Código foi encaminhado para sanção da Presidência da República, que ocorreu no dia 16 de março de 2015 (Lei n. 13.105).

Dentre os dispositivos do Novo Código, o art. 489 estabelece como elementos essenciais da sentença (i) o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, 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; e (iii) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeteram. Com relação à motivação, o legislador brasileiro adotou técnica peculiar de estabelecer hipóteses em que não se considerará fundamentada a decisão. O art. 489, § 1º, nesse sentido, estabelece que não será considerada fundamentada a decisão que: i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicitar 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. Além disso, o art. 489, § 2º estabelece que “no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional 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”. A seguir analisamos cada uma dessas hipóteses a fim de demonstrar o quanto elas delimitam o exercício do contraditório.

a) indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo sem explicitar sua relação com a causa ou a questão decidida. No afã de resolver os casos considerados fáceis, os magistrados costumam justificar suas decisões muitas vezes reportando-se ao texto normativo aplicável ao caso, seja por meio de mera indicação, reprodução literal, ou então, nos casos de maior sofisticação, por meio de simples paráfrase. Justificativas dessa natureza nada significam, porque não aportam à decisão nenhuma informação significativa a respeito da incidência ou não de referido dispositivo legal ao caso concreto. De maneira didática, pode-se afirmar que os direitos são deduzidos no processo por meio da alegação de fatos, que, se subsumidos na previsão da norma jurídica abstrata, são considerados aptos ou não a produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. A decisão judicial deve constituir, portanto, o fruto de uma atividade cognitiva do juiz que se debruça sobre estes três elementos em conjunto: fato, norma, e efeito jurídico. Em linha de máxima é possível distinguir as decisões sobre uma questão de fato das decisões que envolvem uma questão de direito.[26] Enquanto as primeiras pressupõem uma atividade de caráter cognitivo, fundada sobre provas, que visa a acertar a verdade ou falsidade dos fatos da causa, as do segundo tipo pressupõem uma atividade hermenêutica, cujo escopo é individuar o significado de uma norma e as consequências jurídicas que dela derivam no caso concreto.[27] Diz-se que a decisão judicial não pode versar apenas sobre uma questão de fato ou apenas sobre uma questão de direito, pois ambas não são merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico.[28] Em realidade, porém, o fundamento maior da vedação às justificativas que se limitam a analisar as questões de fato ou as questões de direito de maneira isolada e estanque não é nenhuma incompatibilidade de caráter lógico. O que se pretende com essa vedação nada mais é do que tutelar o exercício do direito de defesa e do contraditório. Um único fato, como se sabe, pode ser subsumido em mais de uma *fattispecie* legal, e desse modo originar diversos efeitos jurídicos. Se o juiz não indicar precisamente qual é a *fattispecie*, a parte que sucumbiu não saberá quais desses efeitos é que atingirão a sua esfera jurídica. Por outro lado, também será violado o direito de defesa e o contraditório se o conteúdo da motivação se limitar a análise de uma simples norma jurídica, geral e abstrata. Normas desse tipo, como se sabe, por definição, podem ser aplicadas em uma série indefinida de *fattispecie* concreta. Se o juiz, ao justificar sua decisão, se limitar a indicar a norma aplicável ao caso e não indicar o porquê da sua incidência ao caso concreto a parte que sucumbiu não terá condições de conhecer qual é o bem da vida efetivamente outorgado à parte vitoriosa, não conhecerá qual o fato principal que levou àquela decisão nem tampouco a prova que foi determinante para esse resultado.

b) utilizar conceitos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Como visto, torna-se cada vez mais rotineira a utilização pelo legislador de termos jurídicos indeterminados para a regulamentação das condutas sociais. Isso implica o deslocamento de competência decisória do legislativo para o judiciário que passa, portanto, a ter o dever de materializar esses termos à luz das especificidades de cada caso concreto que lhe é submetido.[29] Por exemplo, o art. 422 do Código Civil brasileiro estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Referidos princípios, contudo, manifestam-se de maneira diversa em cada espécie contratual, por isso incumbe ao magistrado em sua justificação explicitar cada um dos deveres de conduta esperados em função da incidência desses princípios. Se não for explicitada a materialização atribuída pelo

juiz ao termo jurídico indeterminado, a parte que sucumbiu não terá, em suma, conhecimento da conduta reputada reprovável pelo magistrado.[30]

c) invocar motivos que justificariam qualquer outra decisão. Apenas frases prontas na motivação merecem repúdio, porque nada elucidam e dão a nítida e frustrante impressão de que o julgador nada examinou nos autos. Algumas decisões são, infelizmente, compostas por frases que poderiam estar em todo e qualquer ato decisório e nada trazem de novo. Daí a necessidade da inteireza da motivação (completezza) com o exame das peculiaridades de cada caso. Por óbvio, “o parâmetro com base no qual deve ser avaliada a inteireza da motivação é constituído pelas exigências de justificação surgidas em relação à decisão, sendo pois um parâmetro cujo significado varia sensivelmente em cada caso concreto, o que conseqüentemente torna pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato”. [31]

d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Esse vício de motivação representa acima de tudo uma negativa de prestação da tutela jurisdicional e uma violação direta ao princípio do contraditório, pois este também deve ser compreendido como o direito das partes de obterem manifestação judicial a respeito das alegações que sustentam suas pretensões. Afinal, de que adianta as Constituições democráticas consagrarem o acesso à justiça como um de seus direitos fundamentais, se os juízes deixarem de cumprir a sua missão de resolver os conflitos com justiça, respondendo sim ou não aos anseios das partes. Fragilizado resta assim, também, o escopo social da jurisdição, pois a parte que não teve seu argumento apreciado tende a manter seu status de litigiosidade com o seu adversário. A pacificação social, desse modo, um dos escopos da jurisdição, resta muito prejudicada.

e) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Costuma-se fazer a distinção entre os ordenamentos de common law e civil law com base na diversa autoridade que seria conferida por cada um deles aos precedentes judiciais. Enquanto nos ordenamentos de common law os precedentes seriam vinculantes, de acordo com a regra do stare decisis, nos ordenamentos de civil law eles possuiriam apenas um caráter persuasivo. A jurisprudência, nos ordenamentos de civil law, portanto, não costuma ser considerada uma fonte primária de direito, a ponto de não se considerar adequada a motivação de uma sentença em que apenas se faz referência a um precedente judicial aplicável ao caso, sendo necessária também a indicação do dispositivo legal que o embasa.[32] Essa distinção, contudo, não representa mais do que um antigo estereótipo.[33] Isso porque, por um lado, os juízes de common law, ao decidirem uma controvérsia, não são obrigados a se ater sempre ao teor de um precedente. São, aliás, por todos conhecidas as técnicas que eles utilizam para evitar tal vínculo quando consideram que o precedente seja injusto ou já tenha sido superado (distinguishing, overruling). Não bastasse isso, por outro lado, nada impede que um precedente de civil law tenha caráter formalmente vinculante com expressa previsão legal inclusive. Em algumas hipóteses essa previsão está contida até mesmo no próprio texto constitucional. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, possuem essa característica. Para as decisões definitivas de mérito proferidas nessa sede, o art. 102, § 2º da Constituição Federal brasileira estabelece que elas produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos órgãos e entidades da Administração

Pública em todas as esferas da Federação. Independentemente dessa discussão a respeito da natureza jurídica das manifestações judiciais, sejam elas consideradas fontes de direito ou não, fato é que cada vez mais a elas se faz referência nas decisões judiciais, seja porque, por um lado, isso diminui o esforço argumentativo dos magistrados, seja porque, por outro lado, agindo assim, maior é a probabilidade de ser dispensado tratamento isonômico aos jurisdicionados. Ademais, observar a chamada *ratio decidendi* de um julgado anterior no julgamento de novos casos tem sempre grande relevância, na medida em que isso assegura benefícios para o sistema, como, por exemplo, a previsibilidade de uma determinada interpretação jurisprudencial, outra forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.[34] Os magistrados, contudo, para que suas decisões sejam reputadas como justas, ao utilizarem determinada norma jurisprudencial, têm o ônus de demonstrar as razões da sua aplicação ou não ao caso concreto, o que implica a necessidade de analisar as particularidades de cada caso, do precedente e do caso em exame, para demonstrar que em função da similitude fática entre eles é justificável a aplicação da mesma razão de decidir. Além disso, caso se considere que o entendimento jurisprudencial aplicável a princípio ao caso encontra-se superado, tem o magistrado o ônus de demonstrar, no caso de superação do entendimento, quais as razões que o levaram a não aplicar a regra jurisprudencial ao caso concreto. Só assim, a parte que sucumbiu terá condições de se insurgir contra essa decisão para demonstrar que a superação apontada pelo magistrado não encontra correspondência na realidade e, portanto, não se justifica.

f) no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional 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. É ínsito aos princípios jurídicos, independentemente da teoria que se adote para explicar a natureza dessas normas jurídicas, um estado latente de tensão e de conflito uns com os outros. A opção pelo predomínio de um princípio sobre o outro, contudo, não pode se dar de maneira arbitrária, conforme a conveniência do magistrado. É preciso que ele explicita cada um dos passos por ele realizados no juízo de ponderação para optar por um ou outro dos princípios em conflito de acordo com os valores atuais de uma nação, respeitado sempre os direitos fundamentais. Esse juízo, como se sabe, compreende uma análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida adotada. Sob a ótica da adequação o juiz deve demonstrar, em síntese, que a medida por ele adotada é apta a realização do fim almejado, e sob a ótica da necessidade ele deve analisar as medidas alternativas a essa e que possam promover o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais em conflito, e por fim ao realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito o magistrado deve responder em síntese às seguintes perguntas para que sua decisão possa ser considerada motivada: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”.[35]

5. À guisa de conclusão [\[arriba\]](#)

A atividade de justificação das decisões judiciais acompanha o contexto sociocultural em que inserido o procedimento estatal de resolução de controvérsias. Na atual configuração dos Estados Democráticos de Direito, típicos da civilização ocidental, em que estão consagrados direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, não se pode conceber a figura de um juiz que resolva os conflitos jurídicos que lhe são submetidos sem explicitar de maneira adequada

os motivos determinantes que o levaram a agir dessa maneira. Neste ensaio, procurou-se analisar a adequação da motivação sob a óptica do princípio do contraditório. Buscou-se também demonstrar que por conta da função bloqueadora desempenhada por esse princípio não deve ser considerada motivada a decisão que de alguma maneira impossibilite a insurgência da parte que sucumbiu porque dela foi suprimida informação relevante de convencimento judicial. Nos dias atuais, por conta de um contexto normativo incerto, caracterizado pela predominância de dispositivos legais versados em termos jurídicos indeterminados e pela valorização das normas jurisprudenciais, o risco de serem proferidas decisões dessa natureza é elevada. Por isso, o Novo Código de Processo Civil brasileiro andou bem ao adotar técnica de estabelecer hipóteses em que não serão consideradas motivadas as decisões judiciais. Se todas essas hipóteses, analisadas no item anterior, puderem ser agrupadas sob um só lema, podemos afirmar que não será considerada motivada a decisão que não se atenta às peculiaridades do caso concreto, porque isso implica violação ao princípio do contraditório.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Paulo Henrique dos Santos Lucon. Professor Doutor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo. Especializou-se em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estatal de Milão junto ao Professor Giuseppe Tarzia. Integrou a Comissão Especial do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo de 2004 a 2011. Agradeço ao mestrando e colega de Escritório, André Gustavo Orthmann, pelo auxílio na pesquisa e pelos debates que redundaram nas conclusões do presente ensaio.

[2]. Ver: STF, Repercussão Geral na QO no AI n. 791.292/PB, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.6.2010; STF, RE n. 418.416/SC, rel. Min Sepúlveda Pertence, j. em 10.5.2006; STF, MS n. 26.163/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 24.4.2008. Cumpre, no entanto, registrar entendimento divergente do Min. Marco Aurélio externado quando do julgamento do AI n. 791.292/PB QO-RG: “Presidente, reporto-me ao voto proferido no caso antecedente e resalto cumprir ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão judicante não está compelido a fazê-lo apenas quando o que articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial. Lembro-me de que certa vez me deparei, em nota de rodapé de uma publicação do Código de Processo Civil, com um precedente que considere perigosíssimo. Segundo assentado, o juiz não é um perito e, portanto, não precisa se manifestar sobre todas as matérias de defesa veiculadas pela parte. Digo que o juiz é um perito na arte de proceder e na de julgar e que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte.” (grifo nosso)

[3]. Ver: STF, AgRg no RE n. 628.511/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.8.2014; STF, EDcl no AgRg no AI n. 825.520/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.5.2011; STF, AgRg no AI n. 738.982/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 29.5.2012; STF, AgRg no AI n. 816.840/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 2.12.2010.

[4]. Ver: “[N]ella societa piu progredita l’imperium non ama scendere ai cittadini

con la veste rude d'una volonta che se impone violentamente, ma in ogni campo dell'attivit  dello Stato cerca l'aiuto d'un ragionamento che gli dia un imponderabile forza di natura ben diversa, una forza che parla all'anima e la convince e le fa riconoscere giusto il provvedimento dell'autorita" (Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano: Giuffr , 1963, p. 31). Nesse mesmo sentido: "La motivazione   prima di tutto la giustificazione, che vuol essere suasiva, della bont  della sentenza. Da quando la giustizia   scesa dal cielo in terra e si   cominciato ad ammettere che il responso del giudice   parola umano e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione   appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza   giusta e perch    giusta: e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna   stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione" (Piero Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, p. 96).

[5]. Ver: "A observa o de Franz Neumann no Behemoth [1942: 360-361]   primorosa: as frases 's o nulos os contratos contrários   ordem pública, ou que sejam contrários   razão ou   moral' e 'será punido quem pratique um ato que a lei declara punivel ou que, de acordo com os princípios de uma lei penal e de acordo com um saudável sentimento popular, merece puni o' não são regras jurídicas. Não são racionais e representam uma universalidade falsa, apesar do caráter geral de sua expressão.   frequente que a sociedade contemporânea não possa chegar a algum acordo quanto a determinada a o ser contrária   moral ou não razoável, se uma puni o corresponde ou não ao saudável sentimento popular. Em outras palavras, esses conceitos carecem de conteúdo inequívoco. E conclui: 'um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas a partir dos chamados princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não   senão um escudo que oculta medidas individuais" (Eros Roberto Grau, *Por que tenho medo dos juízes (a interpreta o/aplica o do direito e os princípios*, 6  ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpreta o/aplica o do direito, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 11, pp. 22-23).

[6]. Ver: Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law*, New York: Oxford, 2005, pp. 78-100.

[7]. Ver: Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. v.51. n.2. p. 315-28, 1997.

[8]. Ver: Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, n. 5, e, esp. p. 450.

[9]. Ver:   possível afirmar que essa fun o extraprocessual da motiva o só se manifesta em um Estado de Direito. Tanto   assim que a obrigatoriedade da motiva o somente passou a ser prevista na legisla o dos países europeus a partir da segunda metade do século XVIII no arvorecer do iluminismo (José Rogério Cruz e Tucci, *A motiva o da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, n.1, pp. 1 e ss.)

[10]. Ver: Enrico Tulio Liebman, *Do arbítrio   razão. Reflexões sobre a motiva o da sentença*, Teresa Alvim (trad.). *Revista de Processo*, v. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 80.

[11]. Ver: Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, p.334.

[12]. Ver: Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, pp. 374-375. A respeito dos escopos da motiva o - subjetivo, técnico e público -, José Rogério Cruz e Tucci, *A motiva o da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, n.5, pp. 21-24.

[13]. Ver: Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, pp. 375-379; Francesco Paolo Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. I, 6. ed.,

Milano: Giuffrè, 2011, p. 43 e ss. José Rogério Cruz e Tucci assim resume todas as funções desempenhadas pela motivação das decisões judiciais: “a motivação deve ser expressa, clara, coerente e lógica, para demonstrar que o julgamento é legítimo, válido e justo. No plano subjetivo, o órgão dotado de jurisdição, evidenciará a *ratio scripta* que se construíra em sua mente. Persuadirá, outrossim, a parte sucumbente, mostrando-lhe que o *decisum* é resultado de verdadeira atuação do ordenamento jurídico. Os motivos da sentença, já quanto à vertente de natureza técnica, propiciam a análise crítica dos horizontes do julgado, ensejando, desse modo, a correta interposição de eventual recurso, bem como melhor exame, pelo órgão ad quem, da justiça e legalidade das decisões a ele submetida. Do ponto de vista constitucional, e, portanto, extraprocessual, vimos que a obrigatoriedade da motivação da sentença, sob controle generalizado e difuso, pressupõe a efetividade das normas que garantem o direito de defesa e a imparcialidade e independência do juiz” (A motivação da sentença no processo civil, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 147)

[14]. Ver: “non sarà necessario che la motivazione si soffermi su tutti i punti discussi dalle parti, ma dovrà dare sufficiente e convincente ragione della conclusione a cui il giudice è per venuto nella decisione della causa” (Enrico Tullio Liebman, Manuale di diritto processuale civile, II, 4a ed., Milão, Giuffrè, 1981, n. 270, p. 221).

[15]. Ver: Elio Fazzalari, Istituzioni di diritto processuale civile, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996. p. 29.

[16]. Ver: o contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específicos que lhe seja diretamente correspondente. Nesse sentido: “Em alguns casos há normas mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico” (Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.1, pp. 30-31). Ver, nesse mesmo sentido: “La causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti. La legge dialettica cui è ispirato il processo imprime carattere recettizio alla domanda, nel senso che il provvedimento non può essere emanato se la domanda non è stata portata a conoscenza sia del giudice sia della controparte” (Andrea Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, 5ª ed., Napoli: Jovene, 2012, cap. V, n.3. p. 200 e ss)

[17]. Ver: a doutrina italiana se ocupa deste tema em especial por conta do art. 111 de sua Constituição: “Se, allora, l’accento cade - più che sulle caratteristiche di completezza o sui profili di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge - sulla variabile (cioè, maggiore o minore) ‘effettività’ dell’attuazione di quelle garanzie minime, ne deriva un’importante conseguenza.

Qualsiasi ‘processo’ (o modelo e tipo di ‘processo’) è (o può essere) ‘giusto’, solo se ed in quanto la ‘legge’ vi abbia previsto o comunque ‘regolato’ un’adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coesenziali, che (in base all’art. 111, secondo comma) si intendono all’uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti” (Luigi Paolo Comoglio, Etica e tecnica del “giusto processo”, Torino: Giappichelli, 2004, p. 60)

[18]. Ver: “le juge doit, en toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leur observations”. Como observado por Roger Perrot e Henry

Solus, “a partir du moment où le juge est appelé à participer activement à l’instruction de la cause en relevant d’office certains moyens ou en modifiant de sa propre autorité la qualification des faits, des devoirs s’imposent à lui comme aux parties elles-mêmes et, en particulier, le devoir de provoquer les observations des parties sur les moyens dont peut dépendre la solution d’un litige qui met en cause leurs propres intérêts” (Droit judiciaire privé, vol. I, p. 22).

[19] Cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Garantia do tratamento paritário das partes, in *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 5, pp. 102-108.

[20] Cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Garantia do tratamento paritário das partes, in *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 5, pp. 102-108.

[21]. Ver: na definição de Humberto Ávila “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”(Teoria dos princípios, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.3, pp. 78-79).

[22]. Ver: Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.2, pp. 97 e ss.

[23]. Ver: no direito brasileiro há previsão legal que autoriza o julgamento por amostragem de processos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (CPC/1973, art. 543-B; CPC/2015, art. 1.036) e do Superior Tribunal de Justiça (CPC/1973, art. 543-C; CPC/2015, art. 1.036). Assim, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem admitir 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados aos Tribunais Superiores, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo dos Tribunais Superiores (CPC/2015, art. 1.036, § 2o). Ou então, o relator do julgamento do recurso no Tribunal Superior ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante, poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem (CPC/2015, art. 1036, § 5o) e determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (CPC/2015, art. 1.037, inc. II). Julgada a decisão paradigmática nos recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada (CPC/2015, art. 1.039, caput).

[24]. Ver: Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.3, pp. 98 e ss.

[25]. De maneira mais precisa, 65 (sessenta e cinco) leis alteraram o Código de Processo Civil de 1973 desde a sua entrada em vigor, são elas: 1. Lei nº 5.925/1973; 2. Lei nº 6.246/1975; 3. Lei nº 6.314/1975; 4. Lei nº 6.355/1976; 5. Lei nº 6.515/1977; 6. Lei nº 6.745/1979; 7. Lei nº 6.771/1980; 8. Lei nº 6.780/1980; 9. Lei nº 6.820/1980; 10. Lei nº 6.851/1980; 11. Lei nº 7.005/1982; 12. Lei nº 7.019/1982; 13. Lei nº 7.219/1984; 14. Lei nº 7.270/1984; 15. Lei nº 7.359/1985; 16. Lei nº 7.363/1985; 17. Lei nº 7.513/1986; 18. Lei nº 7.542/1986; 19. Lei nº 8.038/1990; 20. Lei nº 8.079/1990; 21. Lei nº 8.455/1992; 22. Lei nº 8.637/1993; 23. Lei nº 8.710/1993; 24. Lei nº 8.718/1993; 25. Lei nº 8.898/1994; 26. Lei nº 8.950/1994; 27. Lei nº 8.951/1994; 28. Lei nº 8.952/1994; 29. Lei nº 8.953/1994; 30. Lei nº 9.028/1995; 31. Lei nº 9.040/1995; 32. Lei nº 9.079/1995; 33. Lei nº 9.139/1995; 34. Lei nº 9.245/1995; 35. Lei nº 9.280/1996; 36. Lei nº

9.415/1996; 37. Lei nº 9.307/1996; 38. Lei nº 9.462/1997; 39. Lei nº 9.668/1998; 40. Lei nº 9.756/1998; 41. Lei nº 9.868/1999; 42. Lei nº 10.173/ 2001; 43. Lei nº 10.352/2001; 44. Lei nº 10.358/2001; 45. Lei nº 10.444/2002; 46. Lei nº 11.112/2005; 47. Lei nº 11.187/2005; 48. Lei nº 11.232/2005; 49. Lei nº 11.276/2006; 50. Lei nº 11.277/2006; 51. Lei nº 11.280/2006; 52. Lei nº 11.341/2006; 53. Lei nº 11.382/2006; 54. Lei nº 11.418/2006; 55. Lei nº 11.419/2006; 56. Lei nº 11.441/2007; 57. Lei nº 11.672/2008; 58. Lei nº 11.694/2008; 59. Lei nº 11.965/2009; 60. Lei nº 11.969/2009; 61. Lei nº 12.008/2009; 62. Lei nº 12.122/2009; 63. Lei nº 12.125/2009; 64. Lei nº 12.195/2010; 65. Lei nº 12.322/2010. Como se constata, desse total, 46 (quarenta e seis) leis foram editadas após a década de 1990.

[26]. Ver: “[A]ffermare che tale distinzione esiste non significa affermare che essa sia sempre facilmente individuabile, ne tanto meno che la complessa attività che va sotto il nome di ‘giudizio’ sia topograficamente separabile in due zone al loro interno omogenee, l’una corrispondente al giudizio di fatto e l’altra al giudizio di diritto. Al contrario, i due tipi di giudizio si connettono ed intersecano in vari modi secondo uno schema dialettico, soprattutto nella decisione finale, e non sempre è agevole la distinzione tra l’uno e l’altro; tuttavia, osservare che giudizio di fatto e giudizio di diritto sono intrinsecamente connessi e dialetticamente interdependenti non significa che il primo coincida col secondo, ne tanto meno che entrambi si confondano in un *tertium genus* indeterminato ed indefinibile sul piano razionale” (Michele Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1988).

[27]. Ver: Michele Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1988.

[28]. Ver: “Oggetto (...) di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale contenziosa, possono essere solo diritti, situazioni giuridiche soggettive concrete (anche se future) e non meri fatti (anche se giuridicamente rilevanti) o norme: i fatti e le norme sono elementi indispensabili che devono essere conosciuti dal giudice per potersi pronunciare sulla esistenza o inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma l’accertamento contenuto in ogni provvedimento giurisdizionale ha ad oggetto unicamente i diritti.” (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5. ed., Napoli: Jovene, 2006, pp.138-140).

[29]. Ver: Carlos Ari Vieira Sundfeld *assim resume o desafio do julgador diante da necessidade de aplicar os princípios jurídicos: “ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o ônus da competência e o ônus do regulador. Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de elementos especiais de ordem institucional que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (ônus da competência). Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e ainda de seus possíveis efeitos positivos e negativos (ônus do regulador)”* (Princípio é preguiça, in. *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287 e ss).

[30]. Ver: “Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória - e não podem fazê-lo superficialmente. Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser

utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial. Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares - em resumo: pura feitiçaria. É preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar; é soltar fumaça” (Carlos Ari Vieira Sundfeld, Princípio é preguiça, in. Direito e interpretação. Racionalidade e instituições, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304 e ss.)

[31]. Ver: Michele Taruffo, La motivazione della sentenza civile, Padova: Cedam, 1975, n. 5, e, esp. p. 450.

[32]. Ver: Nicola Picardi, Appunti sul precedente giudiziale, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, 1985, ano XXXIX.

[33]. Ver: “Constata-se realmente que, considerando o valor, in abstracto, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo de common law, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da ratio decidendi.” (José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26).

[34]. Ver: “A ratio decidendi (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros inter alia. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (statement of material facts); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning); e c) o juízo decisório (judgement). Cumpre esclarecer que a ratio decidendi não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraíndo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. (...) Para a correta inferência da ratio decidendi, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada a ratio decidendi; caso contrário, a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão, não se confunde com o obiter dictum, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O obiter dictum, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”. (José Rogério Cruz e Tucci, Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, pp. 171-175).

[35]. Ver: Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.3, pp. 175 e ss.