



Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura

(Precedents, cooperation and motivation: construction, imbrication and rereading)

Lucas Buril de Macedo

Masters degree from the ederal University of Pernambuco. Lawyer.

Mateus Costa Pereira

Assistant Professor at the Catholic University of Pernambuco, Brazil. Lawyer.

Ravi de Medeiros Peixoto

Masters candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil. Lawyer.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o tema da motivação das decisões judiciais à luz dos novos aportes teóricos inseridos no direito processual brasileiro. A introdução de elementos da doutrina dos precedentes e a construção do modelo cooperativo de processo impedem a manutenção de um entendimento meramente formal acerca da fundamentação. Este elemento da decisão passa a ser maximizado, pois tanto a doutrina dos precedentes está umbilicalmente ligada à *ratio decidendi*, como o processo cooperativo depende de uma fundamentação que demonstre a construção dialética da solução do caso concreto.

Palavras-chave: Motivação – Processo Cooperativo - Precedentes

Abstract: The present essay has as objective analyze the theme of motivation of the judicial decisions in light of the new doctrine theoretical contributions to the brazilian civil procedure. The introduction from



elements from the doctrine of precedents and the construction of a cooperative model of process prevent the maintenance of a formal view about the motivation. This element of the decision is now maximized, because the doctrine of precedent is extremely connected to the ratio decidendi, such as the cooperative process depends on the motivation to demonstrate the dialectic construction of the solution to the case.

Keywords: Motivation – Cooperative process – Doctrine of precedents.

Sumário: 1. Introdução – 2. O nascimento de uma teoria dos precedentes brasileira – 3. O princípio da cooperação – 4. A vinculação entre a teoria dos precedentes e a cooperação – 5. Notas adicionais acerca da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais – 5.1. O conteúdo do princípio da fundamentação na jurisprudência brasileira – 5.2. Obrigatoriedade de motivação das decisões, cooperação e precedentes judiciais: a convergência do projeto de CPC – Referências bibliográficas.

1 Introdução

Percebe-se, no debate jurídico atual, tanto a preocupação com um sistema de precedentes¹ que garanta segurança jurídica e isonomia aos cidadãos, como também na construção de um processo mais dialético, cooperativo, proporcionador dum espaço democrático² - por valorizar a condução dos debates com a participação de todos os sujeitos processuais -, sem protagonismos.

¹ Dentre outras obras, dissertações e teses na doutrina brasileira, podemos enumerar: DIDIER JR, Fredie et alii. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador : Juspodivm, 2010, v. 2.; ATAIDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012; LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) Acesso



As atenções estão centradas tanto na cooperação como na doutrina dos precedentes, mas muito pouco, ou nada se vê, que trate da imbricação dos dois temas, os quais, assim nos parece, merecem uma abordagem coordenada.

Neste trabalho buscamos mostrar como uma teoria dos precedentes deve ser construída; mais especificamente, procura-se perspectivar um sistema de precedentes a partir de um processo cooperativo; mais do que isso, assenta-se que o respeito aos precedentes só se revela um caminho viável em um processo dialético, em que exista um debate real, o qual vem sendo prescindido na *praxis* brasileira.

Assim, inicialmente, analisaremos como vem sendo feita esta implementação da doutrina dos precedentes no ordenamento brasileiro para, em seguida, trazermos conceitos e debates essenciais acerca do processo cooperativo.

Ato seguinte, buscaremos mostrar a indispensabilidade do princípio da cooperação para que se atribua eficácia vinculante (*rectius*: vinculativa) às decisões judiciais, e, noutra mão, como o respeito aos precedentes pode otimizar o funcionamento do processo cooperativo.

Por fim, analisa-se corolário de ambas as teorias, a fundamentação, perspectivando-a a partir da sua base constitucional e das mudanças propostas no Novo Código de Processo Civil, sem prescindir de uma salutar crítica à sua concretização na atual jurisprudência.

2 O nascimento de uma teoria dos precedentes brasileira.

Recentes inovações legislativas vêm conduzindo o ordenamento brasileiro para posição mais próxima de uma sistemática de respeito aos precedentes. O sistema brasileiro

às 22h do dia 10.11.2011; CUNHA, Leonardo José Carneiro da . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Direito constitucional. Os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. (Org.). Curitiba: Juruá, 2012; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito procesual civil português*. Coimbra: Wolter Klumers, 2010; GOUVEIA, Lucio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: *Leituras complementares de processo civil*, 8. Ed. Fredie Didier (Org.). Salvador: Juspodivm, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no proceso civil*. São Paulo. RT, 2009.



agora é contemplado por uma série de normas que não cabem na tradicional delimitação do *civil law*³.

Nesse sentido houve a instituição da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC 45/2004), do julgamento liminar pela improcedência de causas repetitivas (art. 285-A, do Código de Processo Civil, introduzido em 2006), da eficácia vinculante da decisão que nega repercussão geral (art. 543-A, §5º, do CPC, aditado em 2006), e de outros mecanismos que, muito embora positivados há algum tempo, carecem de uma releitura. Dentre eles, têm especial relevância os efeitos vinculantes em controle concentrado de constitucionalidade, os recursos extraordinário e especial – este com especial destaque para a hipótese de cabimento por divergência interpretativa –, os embargos de divergência em recurso extraordinário ou especial, o incidente de uniformização de jurisprudência, os poderes do relator arrolados no art. 557 do CPC.

A tudo isso devem ser somados os debates das importantes inovações decorrentes da jurisdição constitucional no Brasil, como a teoria dos motivos determinantes (que, caso confirmada, aplica-se tanto ao controle concentrado como ao difuso); a pretendida “mutação constitucional” do art. 52, X, da CF/88 (abstrativização ou objetivação do controle difuso); e a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento ou atração (tratada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob n.ºs 2.729, 2.797 e 2.860).

Além do que está posto, com a expectativa de um novo Código de Processo Civil, novas e importantes previsões contribuirão para a temática, além da manifesta possibilidade de uma regulação direta da matéria. Figure-se, a título exemplificativo, a sistematização das tutelas de evidência e a disciplina do incidente de resolução de causas repetitivas⁴.

³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 83 e ss. Se é que, algum dia, foi possível realizar esse “encaixe” com tranquilidade, bastando resgatar as origens de nosso controle de constitucionalidade.

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Repro*. v. 193, 2011, p. 255-279.



Na esteira de posição difundida na doutrina⁵, o julgamento liminar pela improcedência no projeto de Código de Processo Civil, - conforme a redação final do Senado Federal -, será modificado para permitir ao magistrado utilizá-lo quando o pedido contrariar: “súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça” (307, I); ou “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” (307, II); ou, “contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (307, III).

A atualização da legislação e da leitura dos dispositivos legais, parece-nos, vem fomentar velhos princípios, conhecidos de longa data, mas que se restringiam a concretizações pontuais; são eles: a segurança jurídica, a estabilidade (talvez, no direito brasileiro, seja um aspecto do princípio anterior) e a isonomia⁶.

A partir de um sistema de respeito aos precedentes a resposta do judiciário torna-se mais previsível, o que propicia o crescimento da confiança depositada pelos jurisdicionados e facilita o trabalho dos operadores. Assim, o *stare decisis* “preserva a legitimidade da corte. Por esse viés, o respeito público depende da percepção de que as decisões do tribunal são governadas pelo estado de direito, e não por caprichos do processo político”⁷.

5 Por todos, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 55.

6 THOMAS, E. W.. *The judicial process*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2005, p. 144 e ss. “*The various reasons why precedent should be adhered to have been spelt out many times over. Lawyers are familiar with the list: assuring stability in society by promoting certainty and predictability in the law; protecting the interests of those who have relied on existing case law; maintaining the legitimacy of the law and public confidence in the courts; ensuring that the courts do not usurp the law-making prerogative of the people’s elected representatives; and achieving greater judicial efficiency.*” (p. 144-145). Tradução livre: “As várias razões por que o precedente deve ser assentido (*adhered to*) foram enunciadas várias vezes. Os advogados são familiares com essa lista: assegurar a estabilidade na sociedade, por promover certeza e previsibilidade ao direito; proteger os interesses daqueles que confiaram na regra casuística existente; manter a legitimidade do direito e a confiança pública nas cortes; certificar que as cortes não usurpem a prerrogativa de criar direito dos representantes eleitos do povo; e alcançar maior eficiência judicial”.

7 Nesse sentido a lição de LEE, Thomas R.. “*Stare Decisis in historical perspective*”. *Vanderbilt Law Review*, v. 52. Nashville, 1999, p. 653-654. No original: “*Stare decisis is also thought to preserve the Court’s legitimacy. Under this view, public respect depends on a perception that the Court’s decisions are governed by the rule of law, and not by the vagaries of the political process*”.



Outrossim, tem-se maior estabilidade, talvez o valor do qual mais carece o Direito brasileiro, habituado a constantes viradas jurisprudenciais⁸, e também com o caos de entendimentos dos tribunais intermediários. Não raro, a dissonância persevera nas próprias turmas de tribunais superiores⁹.

A isonomia, reconhecida como indispensável partícipe na produção de leis e durante todo o *iter* processual, vem sendo preterida no resultado da jurisdição¹⁰. Qual seria a utilidade dessa igualdade afirmada em leis ou mesmo perante a atuação do Poder Jurisdicional, senão a de uma farsa consentida, se ela não é garantida na decisão final, no pontuar do que é jurídico? É, no mínimo, imperdoável incoerência, ao se entender o processo como finalístico, não garantir a isonomia nas decisões judiciais, deixando-as sem qualquer critério substancial¹¹.

Ademais, com a institucionalização de precedentes vigorosos contribuir-se-á para um processo com duração razoável (inc. LXXVIII do art. 5.º da Constituição), já que serão de fácil solução as corriqueiras demandas repetitivas (direitos individuais homogêneos)¹², sem dúvidas uma das protagonistas no abarrotamento do Judiciário; efetivo, eis que o método dos precedentes, como se verá, estimula a dialética processual e, por consectário, a produção de decisões qualitativamente superiores¹³; e trar-se-á forte contribuição para o princípio da cooperação; e enxergar-se-á, com maior facilidade, os lindes da lealdade processual¹⁴.

Finalmente, foram aqueles três princípios acima abordados que alicerçaram a adoção da doutrina do *stare decisis* nos países de *common law*, o que resulta na inequívoca possibilidade de fazer algo similar no sistema pátrio, claro, a partir de uma postura hermenêutica renovada e com as indispensáveis adaptações à cultura jurídica nacional.

⁸ Conferir, nesse sentido, CAMBI, Eduardo. jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, v. 786, p. 108-128.

⁹ Sobre estabilidade, MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford : Oxford Un. Press, 2009, p. 22.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : RT, 2010, p. 142 e ss.

¹¹ Sobre, na doutrina e experiência estrangeira, a fixação das decisões prévias como critério substancial para a atividade judicante posterior: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory o law*. Boston : Reidel, 1992, p. 149.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 186-187.

¹³ SCHAUER, Frederick. "Precedents". *Stanford Law Review*, v. 39. Stanford, 1987, p. 18-19.

¹⁴ Ver tópico 3, *infra*. No sentido do texto, embora em análise do direito material, a partir da boa-fé como conceito indeterminado, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 2000, p. 302.



Essa mudança, que se encontra prenunciada, tem no agora, o melhor momento para seu debate, adequando-a a nossa realidade e, também indispensável, adequando-nos aos critérios e métodos de sua aplicação, apreendendo o que nos pode ser útil. Daí, forçoso seja a doutrina dos precedentes pensada a partir do nosso modelo cooperativo de processo e tendo em conta suas nuanças.

3 O princípio da cooperação.

O princípio da cooperação está previsto, pela primeira vez, no projeto de Código de Processo Civil, ora em tramitação na Câmara dos Deputados. Este princípio tem inspiração em diversos sistemas jurídicos estrangeiros que já o adotaram, como o alemão, o português e o italiano. Nos dispositivos que tratam do tema afirma-se o seguinte:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito.

Destes artigos é possível extrair o princípio da cooperação, a partir da necessidade da colaboração das partes com o juiz.

Sem embargo, mesmo sob a égide do atual Código de Processo Civil já é possível buscar algumas de suas manifestações, tanto doutrinariamente¹⁵, como pela jurisprudência, muito embora em alguns casos ele tenha sido disfarçado de princípio do contraditório¹⁶.

Esse princípio advém de uma releitura do princípio do contraditório¹⁷, a partir da constitucionalização do processo¹⁸, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma

¹⁵ Pontes de Miranda já falava em um dever de cooperação das partes para com o Magistrado, definindo o como o “de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo. (*Comentários ao código de processo civil*, 5. Ed. São Paulo: Forense, 1997, t. 1, p. XXII).

¹⁶ Nelson Nery, por exemplo, usando apenas o princípio do contraditório, trata do dever de consulta, que ainda será analisado, para chegar à proibição da decisão surpresa, embora em nenhum momento mencione o princípio da cooperação. (*Princípios do processo na Constituição Federal*, 9. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 221-230).

¹⁷ Para um histórico do princípio do contraditório, até o seu entendimento como “ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes”, cf.: PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars* As matrizes



posição assimétrica em relação às partes, para equipará-los¹⁹, devendo haver um diálogo, uma comunidade de trabalho²⁰ dentre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa²¹.

Analisando o direito brasileiro a partir da constituição de 1988, Hermes Zaneti Jr. afirma que houve, então, a evolução de uma democracia centralista, fundada na prevalência do executivo e do legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa, refletindo também no discurso judicial. Passou-se de um sistema baseado em regras e centrado no juiz, para “um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica”²²⁻²³.

histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Observa-se uma retomada da valorização da dialética, assim como o foi no processo comum europeu, onde o processo era “fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso às 22 do dia 26.10.2011).

¹⁸ Sobre os pressupostos para a constitucionalização do direito, cf.: GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49-58. Mais especificamente no processo civil: MITIDIÉRO, Daniel, Op. Cit., p. 23-62.

¹⁹ A posição simétrica deve ser garantida na condução do processo, no entanto, no momento de proferir a decisão, haverá, inexoravelmente, em face de ser o magistrado o único legitimado a proferir a decisão, uma mudança na posição, voltando a haver uma assimetria entre as partes, colocando-se o magistrado no vértice da relação processual. Em todo caso, a introdução do princípio da cooperação gera mudanças no processo decisório, pois, além de haver um maior contato entre as partes para sua formação, há uma maior exigência em relação à fundamentação, que, em todo caso, é imprescindível para a garantia de que houve efetivo diálogo e não monólogos. Cada vez mais é inadmissível decisões em que não há demonstração do diálogo entre as partes, pois, na fundamentação, deve o magistrado demonstrar porque não acolheu os argumentos do sucumbente e porque acolheu os da parte vitoriosa.

²⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168. Em sentido semelhante, afirmando que as partes devem cooperar para o desenvolvimento da pretensão litigiosa: TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009, p. 23.

²¹ Já apontava Bobbio a ampliação do processo de democratização (Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 54), que, de modo atrasado, alcançou a formação da decisão jurisdicional, indo além da questão do acesso à justiça, entendido como a busca por um processo de resultados. Especificamente sobre a democracia participativa, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

²² *Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57.



Essa nova acepção do processo tem como base a superação das concepções privatistas que regem o sistema processual, deixando de ser um duelo entre as partes, havendo, agora, uma publicização do processo²⁴, onde o magistrado zelarà pela valorização do contraditório, assumindo uma atitude ativa na condução do duelo, de modo a garantir uma condução cooperativa do processo, com um diálogo entre os partícipes da relação processual e, insista-se, sem protagonismos²⁵.

O novo modelo propugnado ganha importância, pois cada vez mais, tem sido concedida maior importância para a figura do magistrado, a exemplo da criação da teoria dos precedentes, onde haveria vinculação das decisões dos tribunais superiores, não só das ações de controle concentrado e das súmulas vinculantes, ambos do STF, ou mesmo da adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, onde o magistrado poderia incumbir o ônus da prova a quem tem melhor condições de produzi-la no caso concreto²⁶.

Portanto, acreditamos que, para contrabalancear o aumento do poder do magistrado, é necessária a concessão de maior legitimidade democrática a tais decisões, que seria justamente através da utilização do princípio da cooperação, fomentando-se um diálogo mais acentuado dentre as partes e o magistrado. Enfim, um dos efeitos do princípio da cooperação é permitir uma maior atividade das partes na construção das decisões, em face justamente do fenômeno do aumento dos poderes do magistrado no processo moderno. Busca-se, desta forma, um modelo cooperativo, evitando uma ditadura do magistrado dentro do processo²⁷⁻²⁸.

²³ Aponta Ovídio Baptista que, em nossas circunstâncias históricas o poder Judiciário “tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre-acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 201).

²⁴ Quando nos referimos a publicização do processo, objetivamos destacar, por um lado “a função supletiva e de direção processual do Juiz e, doutra parte, dos deveres de lealdade, probidade e verdade”. CAPPELLETTI, Mauro. As ideologias no direito processual. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Safe, 2010, v. 2, p. 50.

²⁵ DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., p. 47. Em sentido semelhante, afirmando que o magistrado deve participar do processo pelo diálogo, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1, p. 135.

²⁶ Sobre o tema da dinamização do ônus da prova, cf: BURIL, Lucas. *Dinamização do ônus da prova como forma de tutela dos direitos fundamentais processuais*. Monografia. Recife, UNICAP, 2011.

²⁷ Apontando a cooperação como um limite ao poder do juiz: ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. Cit. 196; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.



Antes da constituição de 1988, percebe-se que o magistrado brasileiro assumia a figura de “Júpiter”, tendo a lei como única base, “limitado” à utilização da subsunção para as soluções do caso concreto. Era um magistrado de atuação mais contida, legalista. Com a constituição de 1988 e as inúmeras reformas processuais, além do fenômeno do ativismo judicial, acabamos por iniciar a criação do magistrado “Hércules”, o qual, sozinho, tentará resolver todos os problemas da sociedade. Como cediço, não funciona, muito embora possa aparentar, pois há sempre o perigo da hipertrofia de um dos “três” poderes.

De toda sorte, para os que pensam em sentido contrário, questiona-se: assumindo-se que esse modelo tenha funcionado até o momento porque a magistratura tem acompanhado os anseios da sociedade, mas, se esta iniciar a se desvirtuar da sua função, como combater uma ditadura do judiciário, após a concessão de todos os poderes à figura de “Hércules”?

É pela saturação dessa figura, que se propôs a figura de “Hermes”, sendo este definido da seguinte maneira:

O primeiro destes objetivos relaciona-se com a legitimidade procedimental do Direito. Seja qual for o conteúdo material das soluções que impõe, o Direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório (...) a primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições de discussão sem coação.²⁹

Portanto, busca-se um magistrado que concilie a abertura normativa, a adoção da vinculação das suas decisões, a busca por soluções efetivamente justas, dentre outros anseios

²⁸ Inclusive, conforme nos informa Leonardo Carneiro da Cunha, este foi um dos objetivos da reforma processual portuguesa, quando na exposição de motivos do Decreto-lei nº 329-A/95 estabeleceu que “a garantia da prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais activa das partes no processo de formação da decisão”. (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento. Lisboa, 2010).

²⁹ Tradução livre de: “*El primero de estos logros concierne a la legitimidade procedimental del Derecho. Sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo e contradictorio. (...) la primera garantia de legitimidade reside em el respecto a las condiciones de la discusión sin coacción*” (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, 1993. Disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso às 20h do dia 20.20.2011, p. 190. Este texto trata de modo detalhado os três tipos de juízes mencionados no texto).



da sociedade, que geram um aumento do poder dos magistrados, com a necessidade de concessão de maior legitimidade democrática, havendo a participação efetiva das partes na construção das decisões e não uma mera participação formal, ignorada na construção da solução do caso concreto³⁰.

A partir dessa teorização, a doutrina elaborou os seguintes poderes-deveres para o órgão jurisdicional: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; c) dever de prevenção; e d) dever de auxílio.

O dever de esclarecimento consiste na obrigação de o magistrado se esclarecer perante as partes em relação às dúvidas sobre suas respectivas alegações, pedidos ou posições em juízo, evitando, assim, decisões apressadas. O dever de consulta consiste na proibição da decisão de terceira via, ou seja, não poderá o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, mesmo que esta possa ser conhecida de ofício, sem que tenha havido manifestação das partes sobre ela³¹. Portanto, na fundamentação do magistrado é vedada a utilização de questões de fato e de direito não submetidas ao crivo do contraditório entre as partes³². Tem-se ainda o dever de prevenção, que consiste no dever de o magistrado informar às partes sobre a possibilidade de frustração dos pedidos pelo uso inadequado do processo. Segundo Lucio Grassi são quatro as áreas fundamentais de manifestação deste dever: “a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a

³⁰ Em sentido semelhante, apontando que o “abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa” tem como consequência a “recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo”, cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Repro*. v. 137. São Paulo: RT, 2006, p. 17. Assim também: BRAIN, Renzo I. Cavani. La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil: Cinco tópicos fundamentales. *Civil Procedure Review*, v.2, n.2, 2011, disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso às 19h, do dia 13 de fevereiro de 2013, p. 10.

³¹ Este dever está expresso no NCPC, nos artigos 9º e 10º, com a seguinte redação:
Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo nos casos de tutela antecipada de evidência previstos no parágrafo único do art. 287 e nos de tutela antecipada de urgência.

Art. 10. 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 tenha que decidir de ofício. Já há precedente admitindo a impossibilidade de decisão surpresa, conforme se infere da Ação rescisória 595132226, j. 10.05.1996, rel. designado Des. José Maria Rosa Tesheiner, que contou também com o à época desembargador Araken de Assis e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como advogado. (O formalismo-valorativo... cit. p. 30, nota de rodapé 59).

³² Sobre a proibição da decisão de terceira via e sua justificativa, cf: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes... cit., Mais especificamente no n.3.



necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação” pela parte³³. Por último, tem-se o dever de auxílio, caracterizado pela necessidade de o magistrado “auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”³⁴.

A legislação não insere todos os casos de aplicação do princípio, cabendo ao intérprete analisar a atuação das partes para definir quando houve sua violação através da aplicação direta, definida como a “atuação sem intermediação ou interpretação de um outro (sub-)princípio ou regra”.³⁵ Portanto, é desnecessária a concretização legislativa para sua aplicação,³⁶ embora nada impeça que o legislador o faça, cabendo ao magistrado garantir a atuação dos sujeitos da relação jurídica processual de acordo com o dever de diálogo na relação processual³⁷.

No presente artigo, objetivamos demonstrar a sua íntima relação com a correta utilização de uma teoria dos precedentes, na medida em que esta deve sempre privilegiar a dialética, permitindo a construção de precedentes capazes de tornar uma determinada tese jurídica estável no sistema.

³³ Op. Cit., p. 374.

³⁴ DIDIER JR, Fredie. Fundamentos.. cit. p. 20-21.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97.

³⁶ As regras, embora não sejam imprescindíveis para a aplicação do princípio da cooperação, servem para concretizá-lo, auxiliando na delimitação do exercício do poder e conter a arbitrariedade jurisdicional, na construção da solução do caso submetido a análise (DIDIER JR, Fredie. Fundamentos.. cit. p. 53

³⁷ Quanto à possibilidade de medidas que visem a garantia de respeito pelas partes ao princípio da cooperação no NCPC de forma crítica, cf: BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Repro*. v. 190. São Paulo: RT, 2010, Versão Digital, n.5.

Em relação ao magistrado, pensamos ser suficiente a possibilidade de decretação da nulidade dos atos praticados sem a obediência do dever de colaboração entre as partes, ao contrário do que sustenta Daniel Mitidiero, que afirma ser possível a punição do juiz a partir do art. 133 do CPC. Não conseguimos perceber a possibilidade de utilização deste artigo, pois, deveria haver a utilização do inciso II, que tem ainda, como requisito, o parágrafo único, que afirma que, no caso de desobediência de algum dever do magistrado, deve haver sua notificação para realizar tal ato em 10 dias. Imagine uma decisão com desobediência ao dever de consulta, onde seria impossível o requerimento da intimação das partes sobre o fundamento novo utilizado do magistrado após a decisão. Não seria possível, só sendo viável a anulação da decisão, mas não a responsabilização pessoal do magistrado. (Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Repro*. V. 194. São Paulo: RT, 2011, Versão Digital n. 3).



4 A vinculação entre a teoria dos precedentes e a cooperação

A fundamentação, inserida em um ambiente hipercomplexo de fluidez normativa, ganha importância, pois é patente que as soluções para os casos concretos não advêm de uma mera função declaratória da jurisdição. O juiz cria direito no caso concreto³⁸ e, para que sua decisão seja razoável, ela deve ser justificada³⁹.

A própria Constituição Federal concedeu atenção especial à motivação das decisões, ao estabelecer, inclusive, norma sancionadora, determinando a nulidades das decisões com vício de fundamentação, como se infere do art. 93, IX. O próprio NCPC teve uma especial atenção com o tema, pois, no parágrafo único do art. 500, dispôs situações em que não se pode considerar uma sentença como fundamentada⁴⁰.

A motivação, entendida como um direito fundamental misto⁴¹, possui tanto uma função endoprocessual, no sentido de permitir às partes conhecer as razões que formaram o convencimento do julgador, como uma função exoprocessual, permitindo o controle da decisão pela via difusa da democracia participativa⁴².

³⁸ Por todos: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993, p. 23-27.

³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 156.

⁴⁰ Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: (...)§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque 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 limita 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.

⁴¹ Cristina Reindolff assim o justifica afirmando que a fundamentação será direito fundamental de primeira geração por garantir a liberdade e de segunda por garantir direito de uma coletividade. É direito de liberdade por garantir o Estado Democrático de Direito, a isonomia e o devido processo legal e é direito da coletividade pela sua função exoprocessual. (*A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 134-140).

⁴² Assim: *Serving as a modality of argumentation allows precedent to function as the médium through wich public authorities, including the Court, recognize the lawfulness of precedent and other modes of constitutional argumentation. Precedent serves as a forum, or testing ground for arguments base don precedent and other sources*. GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. cit., p. 148. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso Ode direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2, p. 290. Sobre o tema, de modo mais detalhado, cf.: NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998, p. 29-72.



Ambos aspectos são essenciais ao manejo com os precedentes.

O controle pelas partes possibilita o trabalho do precedente pelo tribunal, tanto fático quanto jurídico, e, na medida em que o fundamento determinante da decisão (*ratio decidendi*) se estabilizará e deverá ser aplicado nos casos posteriores pelos demais julgadores, é imprescindível seja a decisão objeto de debate e aprimoramento. Tal conduta evitará futura surpresa dos magistrados quanto a novas argumentações jurídicas, evitando seja o precedente desconsiderado com brevidade ou distinguido demasiadamente ou, ainda, de forma inconsistente, situações que ensejam grande insegurança jurídica.⁴³

Pelo viés exoprocessual da fundamentação, leva-se a *ratio decidendi* ao crivo da sociedade e dos estudiosos, aprimorando-o, seja através de sua expansão como de sua contração, ou ainda, torna visível a necessidade de superação de determinado precedente, sendo de boa prudência a corte considerar a repercussão do tema diante das autoridades no tema. O debate não-oficial é aberto e tem ampla serventia no aprimoramento do direito⁴⁴. Nesse sentido, é reconhecido, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos – que são países que buscam delimitar com clareza os casos onde é possível o *overruling* – o apontamento pela doutrina da imprestabilidade ou injustiça de uma regra jurisprudencial como uma das hipóteses de possibilidade de revogação.

Na medida em que seja adotada uma teoria dos precedentes vinculantes (*rectius*: vinculativos) no processo brasileiro, é essencial uma valorização da fundamentação das decisões. Aliás, mais além do já expendido, deve-se ter em mente que o precedente *está na* fundamentação, ele é tal e qual pedra preciosa, extraído da rocha bruta. Através do labor interpretativo daqueles juízes que lhe são posteriores, em análise de casos similares, define-se o precedente, a partir da fundamentação da decisão prévia.

⁴³ Tratando de tais hipóteses como responsáveis por minar a força do precedente ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6. ed. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2004.

⁴⁴ Interessante é a reflexão dos doutrinadores Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, em época em que ainda não havia a valorização dos precedentes judiciais, como se faz hoje, ao afirmarem a importância da fundamentação “para enriquecer e uniformizar a jurisprudência, servindo, desse modo, como valioso subsídio àqueles que, com sua dedicação e responsabilidade, contribuem para o aprimoramento do direito”. (*Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75).



Em outras palavras, da fundamentação do caso concreto chega-se à *ratio decidendi*, a definição dos fatos jurídicos e seus efeitos nos moldes em que desenhados pelo tribunal; e essa mesma *ratio* torna-se, na perspectiva dos julgadores subsequentes, precedente⁴⁵. Pode-se enunciar, sem maiores problemas, que a norma estará na fundamentação, tornando inadmissível descuidos ou falhas em sua edificação.

Daí as vantagens, já arroladas *supra*, da cooperação.

Os benefícios da imbricação são simultâneos, e devemos tratar da contribuição da teoria dos precedentes para o princípio da cooperação.

É notória a ligação do princípio *sub examine* ao contraditório e à boa-fé. Com os precedentes é possível esclarecer situações nas quais a conduta do sujeito parcial é contrária aos ditames do processo cooperativo, tornando mais crível a aplicação do art. 17 do atual Código de Processo Civil (projeto de NCPC Art. 80), que tem grande valor à reprimenda de tais atitudes, mas que, muito embora essa sua característica e as múltiplas possibilidades de aplicação prática, foi relegado exclusivamente aos estudos, ante sua pouquíssima aplicação nos fóruns.

Ademais, após estabilizado determinado entendimento, sem dúvidas que a mera repetição indiscriminada de tese já refutada, seja nos juízes de primeira ou nos tribunais, tornar-se-á postura indefensável e digna da devida reprimenda. Permita-nos o leitor um breve juízo de valor, mas tal forma de litigância, que nos parece já ser injustificável, enseja um grave

⁴⁵ De imenso valor é a seguinte lição: “*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’ como ‘razão para decidir’. Não deve ser inferido disso que a *ratio decidendi* de um caso tem de ser a fundamentação judicial. Fundamentação judicial pode ser integral à *ratio*, mas *ratio* em si é mais do que os fundamentos, e em muitos caso haverá razão judicial que não constitui parte da *ratio*, mas sim *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é literalmente um ‘dizer de passagem’, Nas opiniões judiciais, passagens que são *obiter* vem em várias formas – elas podem ser desnecessárias para o resultado ou desconexas aos fatos do caso ou direcionada para um ponto que nenhuma das partes procurou discutir – e talvez tenha sido formulada pelo juiz com menos cuidado ou seriedade que ele teria caso a passagem fosse fundamento essencial para a decisão. No original: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the *ratio*, but the *ratio* itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the *ratio*, but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’. In judicial opinions, passages which are *obiter* come in various forms – they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue – and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2008, p. 67-68.



acúmulo de trabalho no Judiciário. Ou seja, estabelecido determinado entendimento, caso determinado indivíduo ingresse no poder judiciário requerendo determinado bem da vida, mas se limitando a aduzir a tese já amplamente refutada, será passível de punição por litigância de má-fé. Portanto, só será admissível a demanda se a parte introduzir novos elementos na discussão da causa⁴⁶.

Outrossim, com precedentes vinculantes, e levando em conta a inaptidão dos juízes e tribunais de justiça ou regionais federais de revogar precedente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, debater as teses estabilizadas levará a um julgamento expedito em contrário. Ora, assim, os debates fáticos e dialéticos serão revalorizados, além de que, paulatinamente, essas novas características eliminarão a litigância exacerbada ou incontínente, típicas de sistemas jurídicos em que reina a insegurança jurídica. Uma decisão bem fundamentada tem mais chances de não ser recorrida, na medida em que ela será capaz de persuadir o sucumbente da justiça do decidido, demonstrando que a decisão não foi fruto do acaso⁴⁷. Quando pouco, facilitará o advogado no papel de instruir seu cliente e, oxalá, evitar a cultura da protelação.

Os precedentes obrigatórios frutificarão – é inolvidável – os princípios da cooperação e da boa-fé.

Não se pode mais admitir monólogos no processo civil moderno⁴⁸, pois estamos inseridos em tempos com vocação para a jurisdição⁴⁹, que deve refletir na valorização do contraditório e no cuidado na fundamentação das decisões judiciais. Se, nas decisões que venham a ter caráter vinculante, houver um efetivo diálogo do juiz com as partes e até delas

⁴⁶ Em todo caso, é de se oportunizar à parte a possibilidade de se explicar ao magistrado, como, por exemplo, podendo a parte demonstrar que há um *distinguishing* entre a sua situação e a tese fixada. É de se admitir tal oportunidade ao autor que, em tese, agiu de má-fé, tendo em vista o dever de esclarecimento, decorrente do princípio da cooperação, explicitado no tópico anterior.

⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. Op. Cit. p. 74.

⁴⁸ Como bem afirma Alvaro de Oliveira: “o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso às 22h do dia 26.1.2011).

⁴⁹ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



entre si, a tendência é um elevação *qualitativa* de tais decisões, eis que haverá um maior aproveitamento do debate e uma construção democrática da decisão.

Percebe-se que, em um ambiente democrático, a vinculação dos precedentes só será admissível se as decisões forem construídas por uma comunhão de forças entre os sujeitos processuais e não de modo exclusivo pelo magistrado, pois que, se assim o for, o contraditório tornar-se-á apenas mais uma formalidade processual, perdendo sua função de estímulo ao debate⁵⁰. Há uma inarredável ligação da cooperação com uma correta aplicação da teoria dos precedentes, na medida em que um de seus objetivos é, justamente, a concessão de maior segurança e estabilidade no sistema jurídico. Tais características só podem ser garantidas se as decisões forem bem fundamentadas e capazes de impedir contínuas distinções nos casos posteriores e evitar *overrulings* súbitos.

E, finalmente, como a construção da decisão torna-se trabalho cooperativo dos sujeitos processuais; e é da decisão que se destacará o precedente obrigatório, que, por sua vez, servirá de regra para os julgamentos posteriores; o processo transmuda-se em ambiente democrático de criação de normas, de participação direta. Isso não é importante só por legitimar o Judiciário ou a função judicante, mas, sobretudo, por tornar a criação das normas, e as normas em si, mais legitimadas, ante a sua produção técnica e, por outro lado, pelos constantes problemas que circundam a atividade legiferante no Brasil, levando-a a notória crise de legitimidade.

5 Notas adicionais acerca da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais

Antes de avançar em considerações específicas que a matéria recebeu no projeto de CPC – o já referido art. 500, §1º, do projeto –, cumpre proceder ao seu nivelamento constitucional. Desde já, registre-se que não pretendemos comentar cada um dos incisos desse artigo.

⁵⁰ Também relacionando a participação das partes com a fundamentação, cf: CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. Op. Cit. p. 77-78; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 196.



Conhecido por sua dignidade constitucional – antes, uma manifestação do próprio estado de direito⁵¹, idônea a velar pelo equilíbrio dentre os “Poderes”⁵², sendo destacada conquista histórica⁵³ –, o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais está albergado no art. 93, inc. IX, da CF. Da leitura desse inciso constata-se que por uma “sugestiva” opção do Constituinte, o mesmo inciso disciplina a publicidade dos julgamentos dos Tribunais, guiando o hermenauta – sem olvidar que o Direito não se interpreta em tiras⁵⁴ – a uma necessária interpretação imbricada desses primados. É dizer: a publicidade, presente em *todos* os julgamentos do Judiciário, não é atendida sem que haja a exteriorização do pensamento; a manifestação do pensamento formado no exame de um caso determinado – a convicção do julgador – pressupõe a enunciação do liame fático e jurídico realizado pelo intérprete. Em outros dizeres, a publicidade *não* é alcançada se as decisões são carentes de motivação⁵⁵; donde, inexistente publicidade se os fundamentos são desconhecidos, e a falta do último pode configurar um atentado ao primeiro⁵⁶.

Uma leitura apressada conduziria o intérprete desavisado a uma aplicação do primado restrita aos órgãos colegiados, dado que, por exemplo, de ordinário, as sessões dos Tribunais,

⁵¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 8. Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 215.

⁵² Nas lúcidas palavras de Beclate Oliveira Silva: “A sua extração do texto constitucional implicará descontrole quanto à atuação do Poder Judiciário; noutras palavras, ele passaria a ser arbitrário, absoluto. Com isso o equilíbrio entre os demais fragmentos do Poder (Executivo e Legislativo) ficaria totalmente esfacelado, pois um deles seria ilimitado.

“No caso brasileiro esta questão seria ainda mais catastrófica, porque o direito constitucional pátrio conferiu ao Judiciário a competência de rever tanto os atos legislativos como os atos administrativos.” *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007, 114.

⁵³ “No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su sindéresis. Sin embargo, un de las conquistas más importantes, no sólo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquéllas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.” GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009, p. 183.

⁵⁴ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

⁵⁵ Em sentido semelhante, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 31.

⁵⁶ Não se olvide a relação do princípio da fundamentação a outros princípios, com é o caso da imparcialidade, do livre convencimento motivado. Para uma melhor compreensão da matéria, ver: NERY JR., Nelson, Op. Cit., p. 217; SILVA, Beclate Oliveira. Op. Cit., Salvador: JusPodivm, 2007, p. 131.



salvo motivos que autorizem a restrição da publicidade, são públicas. Ocorre que, buscando-se a máxima efetividade do princípio, deve-se entender que a publicidade em tela diz respeito não apenas aos julgamentos, senão e, igualmente, à divulgação das decisões. Ora, a veiculação de decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas e acórdãos em mídia oficial, é aplicável mesmo para as hipótese acobertadas pelo segredo de justiça – nesse ponto, decerto que, adotando-se as medidas de salvaguarda da intimidade pertinentes –, propiciando a retro mencionada função exprocessual⁵⁷, seu controle político⁵⁸.

À luz dessas breves reflexões, ilações que são realizadas a partir do texto constitucional, conclui-se, antecipadamente, que algumas situações de reiterada ocorrência na práxis judiciária deveriam ser repelidas com estentor. Fiquemos com dois exemplos: i) o “voto com o relator”, o qual ainda é flexionado para expressões mais sucintas, tais como “acompanho o relator” e “com o relator”⁵⁹; ii) e o simples “defiro”, não incomum em decisões interlocutórias sobre tutelas antecipadas, como se a anuência ao pleito da parte tivesse, automaticamente, o condão de absorver todos os argumentos vertidos pelo interessado ao acolhimento do pedido – como se a mesma fundamentação lançada pela parte pudesse ser emprestada pelo magistrado sem passar por uma análise – exteriorizada – crítica⁶⁰.

Pois bem. Se para um hermeneuta que se debruçasse sobre o dispositivo em tela – ou mesmo ao não iniciado nas orbes jurídicas –, a argumentação alinhavada supra apresente coerência e racionalidade, não devemos olvidar que outro é o panorama existente na realidade

⁵⁷ Desta feita, na preleção de Tucci: “Tem enfatizado, ainda a doutrina processual a validade da exigência de motivação da sentença, aliás de ordem pública. E isto, à evidência, não só por ter de traduzir-se a decisão no órgão jurisdicional num *ato de justiça*, de que devem ser, quanto possível, convencidas as partes litigantes, e, outrossim, a opinião pública...”. TUCCI, Rogério Lauria. “Fundamentação (direito processual)”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, p. 146-147. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114; ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005, p. 86-91.

⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 343. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Da prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 268. BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. Vitória: Editora Acesso, 2011, p. 94. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 47.

⁵⁹ Sem opor ressalvas a essa situação, senão com base na jurisprudência do STJ, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 49.

⁶⁰ No mesmo sentido, cf. CRETELLA NETO, José, op. cit., p. 119.



do judiciário brasileiro. Aliás, cuida-se de panorama substancialmente diverso das linhas desenvolvidas até o momento e que, por esse motivo, proferidas no contexto nacional, seriam recebidas sob o rótulo de “românticas” ou “ingênuas”. Inclusive, bastante provável que essas adjetivações fossem precedidas do advérbio “excessivamente”.

Por mais que, situações que tais, extremas, não devessem ser toleradas, impende não alongar as críticas. Esse comentário inicial, voltado para os iniciados, é ilustrativo do quadro de esvaziamento do conteúdo positivo da obrigatoriedade de motivação das decisões. Tampouco concentraremos as críticas ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema que, assim nos parece, diuturnamente, sobretudo ao ensejo de julgamento de embargos de declaração manejados em virtude de omissão, censuram pretensões recursais sob o “fundamento” de que o julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos vertidos no processo. Muito embora a premissa seja verdadeira, a nós parece que essa jurisprudência merece temperamentos de perspectiva, pois que gera equívocos práticos. Destarte, tudo depende da perspectiva, isto é, se para acolher ou rejeitar o pedido⁶¹.

De toda sorte, sem nos render ao consolidado entendimento pretoriano, o que se espera razoavelmente da doutrina⁶², opta-se por assumir estratégia argumentativa diversa, no sentido de demonstrar que a aprovação do projeto de CPC, com a institucionalização da

⁶¹ Sobre a matéria é elucidativa a seguinte passagem de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “Efetivamente, se houver cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos) ou para o seu não-acolhimento (no caso de cumulação de causa *excipiendi*, ou seja, causas de defesa), bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autora ou réu, a depender do caso) os efeitos pretendidos. Aí, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da sua demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda”. E arrematam: “Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por contrariar a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e por não observar a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração”. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2, p. 325-326. Em sentido contrário, sustentando que mesmo para rejeitar o pedido o magistrado não teria o ônus de analisar todos os fundamentos veiculados pelas partes, cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 326.

⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista. “Nota explicativa”. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1.



cooperação e o aperfeiçoamento do sistema de precedentes em nível constitucional e ordinário, é forçosa a releitura do princípio da fundamentação, procedendo-se ao *overruling* da jurisprudência existente até o momento sobre a matéria. No particular, as diretrizes do art. 476, p. u., do projeto, sobre não serem essenciais, assumem destacada importância no papel de fixar parâmetros objetivos à densificação do princípio.

5.1 O conteúdo do princípio da fundamentação na jurisprudência brasileira

Não há grandes divergências jurisprudenciais acerca do princípio da fundamentação nos pretórios brasileiros. Segundo a doutrina que fez coro nos tribunais, dispensa-se o enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelas partes, sendo suficiente o exame dos principais⁶³. Para ilustrar nossas palavras, já no patamar do hermeneuta por excelência da Constituição Federal, não há qualquer vacilação sobre a matéria, havendo massivas decisões em uníssono⁶⁴. Inclusive, da mesma orientação não se afastam os julgados criminais⁶⁵.

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit., p. 144. Um enfrentamento *suficiente* não se confunde ao enfrentamento *completo*, exaustivo. Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 671.

⁶⁴ Assim: “O art. 93, IX, da CF 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.” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral.) No mesmo sentido: AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.”; Confira-se, ainda: “Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, ‘a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente’ (AI 650.375-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e ‘o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento’ (AI 690.504-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). (AI 747.611-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 13-11-2009.) No mesmo sentido: AI 791.149-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; AI 791.441-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010; AI 701.567-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-6-2010, Primeira Turma, DJE de 27-8-2010.”

⁶⁵ Dessa orientação não destoam os julgados criminais. Assim: “A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.” (HC 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 17-2-2011.); ou ainda: “O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou



Da consulta dessas decisões pode-se aferir um padrão seguido pelos ministros, no sentido de que: a exigência de fundamentação é preenchida, mesmo que se trate de uma decisão sucinta; dispensa-se o enfrentamento de todas as teses levantadas pelas partes; é suficiente uma exposição clara e concisa sobre as razões do convencimento, não sendo necessário analisar tudo aquilo que fora produzido nos autos⁶⁶. No ensejo, se a orientação geral fosse pela concisão, por que o legislador se preocuparia em louvar essa característica no art. 459, *caput*, segunda parte, CPC/73...?

No mesmo tom é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem iterativa linha de julgados em sede de embargos de declaração, quando manejados sob a égide do inc. II do art. 535, CPC/73. No particular, suficiente a consulta do EDcl no AgRg na MC 10.299/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.10.2005, DJ 07.11.2005 p. 81.

Coerente ao compromisso assumido de não estender as críticas impende, apenas, lançar uma breve reflexão: a Constituição garante a fundamentação, aliás, uma manifestação do devido processo legal e do próprio estado de direito; a todos é assegurado o direito de ação, aqui entendido como acesso à justiça, o qual, com o juízo de admissibilidade positivo do processo, garante uma resposta da jurisdição ao caso narrado; a provocação da jurisdição mediante a formulação de uma demanda pressupõe uma iniciativa fundamentada, em que sejam expostas as causas de pedir próxima e remota (teoria da substancialização⁶⁷), com a pormenorização das providências reclamadas da justiça (lembre-se da interpretação restritiva do pedido); o contraditório assegura, não apenas o conhecimento dos atos processuais, mas, igualmente, a possibilidade de reação e, ademais, o direito a exercer influência na convicção do julgador, concorrendo em argumentos e teses⁶⁸, legitimando-se, em parte, o resultado por vir;

ao *quantum* aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.” (HC 102.580, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010.)”.

⁶⁶ É consagrada nos pretórios a valoração meramente *positiva* da prova (alusão às provas que o convenceram), sem que o magistrado precise se preocupar com o cotejo *negativo*, isto é, explicar o porquê das demais provas constantes dos autos não terem sido suficientes a lhe persuadir. Sobre o tema, ver CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 326.

⁶⁷ Sobre o tema, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 431.

⁶⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Op. Cit., p. 131.



as partes têm o ônus de refutar as alegações do adversário, assim o réu em sua contestação e o autor na “réplica”; como corolário do direito de ação, o direito à prova assegura a oportunidade de demonstração das alegações veiculadas; adotamos o livre convencimento *motivado*⁶⁹, salvaguardando o juiz e as partes de conclusões apriorísticas do legislativo⁷⁰ – o que permite a construção de uma decisão no caso concreto –, mas que também se revela como direito das partes a posterior correção da decisão, uma vez que o convencimento *livre* está atrelado à necessária *motivação* (art. 131, CPC/73), isto é, aperfeiçoa-se com o “princípio da completude da motivação”⁷¹; em atenção ao princípio da dialeticidade⁷², os recursos devem ser alicerçados, apontando-se os motivos à reforma, à invalidação ou à integração da decisão⁷³; ora, como então acreditar que, sem incorrer em acinte a um ou mais desses princípios e regras – que se implicam e são implicados –, a decisão judicial possa se limitar à exposição clara e fundamentada das razões de convencimento do magistrado, sem uma análise exaustiva dos argumentos que compõem a causa de pedir do autor (por hipótese de seu pedido ser rejeitado) ou do vencido (quando o pedido do autor for acolhido), e sem a valoração *negativa* da prova...?⁷⁴

⁶⁹ Também chamado de *persuasão racional*, cuidando-se de um misto dentre o sistema da *prova legal* e o da *livre convicção*, consagrado já ao tempo das codificações napoleônicas e vigente ainda hoje. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 343. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 425.

⁷⁰ Mas com o cuidado de que a verdade crida pelo magistrado não seja uma redução da realidade à sua representação subjetiva. STRECK, Lênio Luiz, *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

⁷¹ CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 325.

⁷² Conforme preleção de Araken de Assis há diversos artigos no código afinados com o princípio em tela. Assim: Art. 514, inc. II; Art. 524, I e II; Art. 523, §3º; Art. 536; Art. 541, inc. I a III (p. u. do art. 541). Outrossim, mesmo quando da ausência de regra explícita sobre o tema para outras situações, seria falsa a crença de admissibilidade da impugnação quando desacompanhado de suas razões. O próprio STF é taxativo quanto à matéria (Enunciado nº 284). *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

⁷³ Anote-se o nosso esforço de limitar os argumentos à compreensão do crivo – médio – dos dogmáticos, sem apelar, por exemplo, à moderna concepção de democracia – *democracia deliberativa* –, na qual os cidadãos deixam a condição de destinatários das normas jurídicas, passando à condição de autores; na qual, ainda, a decisão judicial somente se impõe enquanto dotada de locução plural. Para além dos autores mencionados, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 109 e ss.

⁷⁴ No escólio de Marinoni e Arenhart: “Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, não é difícil corrigir o equívoco através da advertência de que não basta ao juiz aludir às provas que confirmam a hipótese por ele abraçada, já que isso está muito longe de ser uma justificativa de suas razões. Para que ele realmente possa justificar a sua decisão, não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte



5.2 Obrigatoriedade de motivação das decisões, cooperação e precedentes judiciais: a convergência do projeto de CPC

Consoante afirmado alhures, o art. 476, p. u., do CPC, desempenha um importante papel ao estipular critérios objetivos à determinação de uma sentença desmotivada. Assim, segundo a redação daquele dispositivo, carece de fundamentação a decisão quando: “§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque 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 limita 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”.

Entendemos que a escolha do legislador merece aplausos. Fazemos uma única ressalva: a necessidade de um inc. V, no qual conste: “quando se limita à reprodução de ementas”; também uma hipótese de “pseudomotivação”⁷⁵. Tal se deve à necessidade de evitar uma “cultura jurídica cuja função é reproduzir decisões tribunalícias⁷⁶” e que, ainda mais “burra”, sequer vai ao ponto de analisar, propriamente, a decisão que se reproduz. No particular, sem examinar ou discutir a decisão que se invoca como arrimo, sequer se pode falar no manuseio do precedente, uma vez que, não raro, o aresto aludido não guarda semelhança ao caso em testilha.

Fora de nossa pretensão esmiuçar os reflexos de cada um dos incisos. Entendemos que o preceito do projeto de CPC parece fazer um apelo aos juízes pela superação do

perdedora não o convenceram.” E arrematam mais adiante: “Ora, dessa maneira o juiz não justifica as suas razões, mas sim as razões de uma das partes. Por isso é preciso eliminar o péssimo vício contido na sentença que pensa estar motivada ao justificar as razões do vencedor, supondo que os argumentos relativos para a não aceitação das provas da parte perdedora estejam implícitos”. Op. Cit., p. 266-267.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. Op. Cit., p. 48.

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 88.



paradigma da modernidade, reforçando – despertando (?) – seu papel hermenêutico. Ora, cediço que o papel do magistrado no atual cenário jurídico é completamente diverso do togado dos tempos em que vieram a lume as codificações napoleônicas. A atuação jurisdicional já não se amesquinha sob a influência de Escolas Hermenêuticas que, na esteira dos códigos, propugnem a deificação da lei e um magistrado “comprometido” à autoridade do legislador; valores epistemológicos que alimentaram as bases do CPC/73 (não reformado) e que, já há algum tempo – com fôlego renovado diante do projeto – pretende-se a superação⁷⁷. É o que fica escancarado no inc. I, censurando-se a mera alusão à incidência da lei, sem interpretar/aplicar o direito.

É com a fundamentação, a partir de um diálogo aprofundado com as partes, em regime colaborativo⁷⁸; que permite a construção da norma de decisão – não, necessariamente, *específica*, possuindo aptidão para ser *geral*⁷⁹; sem que o magistrado se aproprie da realidade (“assujeitando o objeto”); tampouco se limitando à reprodução acrítica das decisões dos tribunais superiores, cujo desconhecimento da *ratio* leva à barafunda do sistema de precedentes e inibe o processo de evolução e superação da jurisprudência; senão consciente da estrutura piramidal da organização judiciária, da vinculação dos precedentes; sem olvidar o seu papel hermenêutico ao desvelar da norma jurídica.

Em suma, os influxos “trazidos” – explicitados – pelo projeto impelem uma releitura do princípio da fundamentação. É o momento de ceder a palavra a Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, cujas palavras recebem novo alento diante dos pontos destacados ao longo do texto:

⁷⁷ Em outra oportunidade, sobre os reflexos do iluminismo *racionalista* nas codificações do direito processual, e com a memória do CPC/73, destacamos as seguintes: i) neutralidade do juiz; ii) defesa da autonomia da vontade; iii) incoercibilidade (intangibilidade) da vontade; iv) repúdio às formas sumárias de tutela processual. Cf. PEREIRA, Mateus Costa. *O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2009.

⁷⁸ A assunção de que o magistrado não assumira uma postura meramente receptiva do diálogo das partes, senão estando inserido nele, também pressupõe um maior rigor com a fundamentação das decisões. A fundamentação é o melhor caminho para se verificar em que medida o magistrado participou do diálogo. Sobre a necessidade do diálogo enquanto vinculação (observância) do próprio magistrado ao contraditório, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 234 e ss.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Op. Cit., p. 399.



A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a *importância* da motivação de uma decisão. Considerando que o precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior *qualidade* na fundamentação dos atos decisórios.

E continuam:

Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso – e *exigível* – que a decisão judicial se identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência de sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento⁸⁰.

Se no passado da tradição codificadora, acreditava-se que todo o direito estaria contido no código, sendo, a um só tempo, garantia de previsibilidade das decisões e possibilidade de correção futura, na medida em que se labora com a inexorabilidade da interpretação e criação, valorizando-se, em larga escala evolutiva, a função dos precedentes⁸¹ – vinculação natural das decisões que é potencializada pela estrutura piramidal de nossa organização judiciária; sem ressuscitar a crença de uma verdade *real*⁸²; é natural que o princípio

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 398.

⁸¹ “[...]. A situação dos países de direito civil afasta-se menos do que poderia parecer da dos países de *common Law*. Decerto que a força hierárquica da doutrina do precedente não é ensinada neles: as jurisdições inferiores não têm o dever de se alinhar às decisões da corte suprema, mas só têm liberdade de se enganar e de se expor à reforma ou à cassação. No mais, neles a doutrina do precedente está presente sob uma forma velada: as jurisdições inferiores devem respeitar a lei, a qual é um texto interpretado pela corte suprema em cuja instância estão sediadas. Elas são, por conseguinte, censuradas por ter transgredido a lei, isto é, a interpretação que esta recebeu da jurisprudência anterior.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155.

⁸² Uma coisa é superar a crença de que seria possível alcançar a essência das coisas e, pois, a verdade. Diversa é considerá-la enquanto um valor que deve ser aproximado e ligado à ideia de necessária motivação da decisão. Assim, sufragamos a posição de Cambi: “De qualquer forma, a verdade é um valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas. Está ligada à ideia de motivação judicial como forma de controle das decisões emanadas do Poder Judiciário. Se é certo que os juízes não estão sujeitos ao temor direto da insatisfação popular, uma vez que não são eleitos, não podendo ser substituídos, as decisões judiciais devem se legitimar socialmente.” *Op. Cit.*, p. 323.



da fundamentação seja repensado, tanto na perspectiva das partes, senão e, sobretudo, no controle de legitimidade⁸³ e político da própria decisão.

Referências bibliográficas

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. *Do formalismo no processo civil*, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Repro*. v. 137. São Paulo: RT, 2006

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) Acesso em: 10 nov. 2011.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ATAIDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro - Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. Vitória: Editora Acesso, 2011.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁸³ SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Universidad de Costa Rica*.



BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Repro*. v. 190. São Paulo: RT, 2010, Versão Digital.

BRAIN, Renzo I. Cavani. La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil: Cinco tópicos fundamentales. *Civil Procedure Review*, v.2, n.2, 2011, disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso às 19h, do dia 13 de fevereiro de 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

BURIL, Lucas. *Dinamização do ônus da prova como forma de tutela dos direitos fundamentais processuais*. Monografia. Recife, UNICAP, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *As ideologias no direito processual*. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Safe, 2010, v. 2

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1959, v. 3.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento. Lisboa, 2010

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Repro*, v. 193, 2011



____ O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Direito constitucional. Os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. (Org.). Curitiba: Juruá, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1.

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

DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolter Klumers, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1.

GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Leituras complementares de processo civil*, 8. Ed. Fredie Didier (Org.). Salvador: Juspodvim, 2010.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2009

LEE, Thomas R.. "Stare Decisis in historical perspective". *Vanderbilt Law Review*, v. 52. Nashville, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford : Oxford Un. Press, 2009.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory o law*. Boston : Reidel, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Da prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 2000.



MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Repro*. V. 194. São Paulo: RT, 2011, Versão Digital.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 8. Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 9. Ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, 1993. Disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

PEREIRA, Mateus Costa. O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2009.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Audiatur et altera pars: As matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, 5. Ed. São Paulo: Forense, 1997, t. 1.

REINDOLFF, Cristina. *A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Universidad de Costa Rica*.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.



- SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da “Nota explicativa”. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.
- _____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- THOMAS, E. W.. *The judicial process*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2005.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. “Fundamentação (direito processual)”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.