

# **A técnica da ponderação na sistemática do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)**

Gisele Mazzoni Welsch<sup>1</sup>

## **Sumário**

Introdução; 1. A teoria da decisão judicial e a resposta constitucionalmente adequada; 2. A motivação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) apresenta uma série de inovações e novos institutos para a sistemática processual civil brasileira com o objetivo de outorgar ao processo civil maior consonância com as disposições constitucionais, bem como de viabilizar uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere.

É possível afirmar que a nova legislação processual civil procura imprimir caráter democrático ao processo civil, por meio de institutos, técnicas e premissas tendentes a investir o Poder Judiciário de legitimidade democrática. Isso quer dizer que a ideia é viabilizar às partes, interessados e sociedade em geral maior controle e acesso ao conteúdo do processo, especialmente às razões de decidir dos julgamentos.

Assim, o artigo 489, parágrafos 1º a 3º do CPC/15 apresenta alguns critérios e requisitos para a fundamentação das decisões judiciais, impondo ao julgador a responsabilidade de motivar devida e integralmente a decisão e, nessa medida, o § 2º do referido dispositivo determina a diretriz e técnica da ponderação para o juiz, no caso de colisão entre normas, como meio de justificação do objeto e critérios gerais considerados no ato de decidir.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Professora de Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA – Porto Alegre-RS e de cursos de pós-graduação “lato sensu” em Processo Civil. Autora de diversas publicações, dentre elas, o livro “Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC” pela editora Revista dos Tribunais e o livro “O Reexame Necessário e a Efetividade da Tutela Jurisdicional” pela editora Livraria do Advogado, bem como capítulos de livros e artigos jurídicos em periódicos de circulação nacional. Advogada.

A doutrina vem discutindo se o Código de Processo Civil de 2015 segue a linha de Ronald Dworkin, em função da previsão da interpretação por princípios, ou de Robert Alexy, justamente pelo apontamento da necessária técnica da ponderação, no caso de conflito de normas, e a respectiva apresentação de suas razões.

Dessa forma, é importante tratar das duas correntes doutrinárias e analisar brevemente alguns institutos e técnicas instauradas pela nova legislação processual civil para que se possa estabelecer de que forma e com que viés a técnica da ponderação deve ser realizada no âmbito do novo processo civil.

## **1 – A teoria da decisão judicial e a resposta constitucionalmente adequada**

A Teoria da Decisão Judicial não refuta a ideia da possibilidade de mais de uma resposta correta para a resolução de um caso concreto, considerando as variantes decorrentes da hermenêutica jurídica; porém, ela aponta para a pertinência de formação de consenso e convergência de entendimento sobre questões correlatas, o que pode ser otimizado por meio da delimitação e observância a critérios direcionadores da decisão judicial. Com relação ao processo de obtenção da resposta correta, é necessário que se observe um princípio superior e independente, segundo doutrina de Dworkin, o princípio da integridade.<sup>2</sup>

Considerando o referido princípio da integridade aplicado às deliberações judiciais, tem-se que a decisão judicial deve ser determinada por princípios, não por acordos ou estratégias políticas. O juiz deve, verticalmente, demonstrar sua coerência com os precedentes e as estruturas do arranjo constitucional e, horizontalmente, aplicar um princípio, dando importância a ele nos outros casos em que decide ou endossa, como forma de prestigiar a segurança jurídica e a igualdade de tratamento de casos análogos.<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido, Cristina Reindolff da Motta pondera que a resolução do caso deve situar-se no contexto do Direito como integridade, levando-se em

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. SP: Martins Fontes, 2006.p. 133.

<sup>3</sup> FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp.31-32.

consideração a totalidade do direito para que haja a resolução do caso.<sup>4</sup> Para Hart, o preenchimento da zona de penumbra das regras (teoria da textura aberta) fica a livre escolha dos intérpretes, e o único limite para a interpretação seria a razoabilidade e analogia aos casos fáceis a decisão do direito.<sup>5</sup>

Porém, Hart não entende que tal poder discricionário seja legislativo por dois motivos: a decisão deverá ser fundamentada e tal criação deverá aplicar-se somente ao caso concreto.<sup>6</sup> Em se tratando de delinear uma teoria ou regra da decisão judicial, a resposta correta seria aquela adequada à Constituição. Assim, pode-se afirmar que o ato judicial acaba por ser um exercício d jurisdição constitucional.

---

<sup>4</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis:** como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92.

<sup>5</sup> HART, Herbet L.A. **The concept of law.** 2.ed. Oxford: Clarendon Pressa, 1997.p. 135.

<sup>6</sup> Idem.p. 273.

Segundo Lenio Streck, o que ocorre no caso concreto é sempre um “exame de parametricidade”, bem como a forma de testar se determinado *standard* é ou não um princípio. Para ilustrar a questão, o autor analisa o “princípio da cooperação processual”, reconhecido como novo princípio processual:

Assim, v.g., no que a “cooperação processual” – decantado como novo “princípio processual” – pode invalidar uma regra ou “determinar” o rumo de uma decisão judicial? Ou: em que circunstância uma regra se sobrepõe a outra – no plano das antinomias *stricto sensu* -, tendo por base essa “cooperação processual”? A resposta parece óbvia. A “cooperação processual” não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*.<sup>7</sup>

Segundo o jurista, princípios não são regras e não podem ser transformados em regras, além de não possuírem a função de regras ou metarregras e, nesse desiderato, o aludido “princípio” da cooperação processual tem, na verdade, função de reger o processo, proporcionando ao juiz um espaço de discricionariedade ainda maior do que aquele que possuía no âmbito do velho positivismo.<sup>8</sup>

Por oportuno, o referencial positivista desenvolvido no século XX e a doutrina de Kelsen privilegiaram as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano, qual seja, o da discricionariedade do intérprete. Assim, argumenta ainda Lenio Steck que Kelsen abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”, residindo nesse ponto o problema da sua tese, a qual não é, ainda hoje, bem compreendida, já que se atribui a ela a ideia de que o juiz deve fazer uma interpretação pura da lei.<sup>9</sup>

Na verdade, Kelsen sustenta que a tarefa de saber qual é a interpretação correta – entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar – não é um problema de teoria do direito (do conhecimento dirigido ao direito positivo), mas da política do direito.<sup>10</sup> Eis o problema hermenêutico que se deve enfrentar: o contexto no qual a enunciação tem sua origem e não o da superação da literalidade da lei. O não enfrentamento adequado da questão pode macular o pacto democrático.

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a. p. 583.

<sup>8</sup> Idem. p. 579.

<sup>9</sup> Idem, 2011. p. 34.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.* 2013. p. 61.

Assim, é imperioso que se garanta o julgamento de uma causa em conformidade com a Constituição e que existam condições de se aferir se essa resposta está constitucionalmente adequada, o que é oportunizado por meio da devida motivação das decisões judiciais e da necessária relação jurisdição-democracia, assegurando a preservação da força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios.<sup>11</sup>

Portanto, o constitucionalismo<sup>12</sup> não pode repetir os equívocos positivistas, proporcionando decisionismos solipsistas ou discricionariedades interpretativas. Não se pode mais admitir a vontade da lei, tampouco a vontade do juiz, mas a vontade e a vocação constitucional, à qual a lei e o juiz devem estar vinculados.<sup>13</sup>

Para além da exigência de motivação das decisões, nos últimos anos se tem vivido um processo irreversível e cada vez mais intenso de “constitucionalização” das grandes questões de justiça. O neoconstitucionalismo trouxe para o interior da Constituição “grandes princípios de justiça”, que há muito pouco tempo atrás eram considerados “direito natural”.<sup>14</sup>

Quanto aos novos contornos do Constitucionalismo, é importante referir a análise de Luigi Ferrajoli, que se preocupa em estabelecer as diferenças essenciais entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista, bem como demonstrar a necessidade de preservação do positivismo jurídico. O jurista analisa que a ideia de que os princípios constitucionais são sempre objeto de ponderação e não de aplicação gera um perigo para a independência da jurisdição e para a sua legitimação política, demonstrando, assim, a defesa pelo constitucionalismo garantista em detrimento do neoconstitucionalismo, pois o autor acredita que a concepção do neoconstitucionalismo enfraquece o Direito e reforça a moral em detrimento do Direito.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 587/588.

<sup>12</sup> É importante referir que a doutrina contemporânea tem utilizado o termo “neoconstitucionalismo”, cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis, os quais são criticados por Luigi Ferrajoli, que busca estabelecer as diferenças mais relevantes entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista e tendo representado importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental e, no Brasil, incentivou uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano. (STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 35)

<sup>13</sup>FACCINI NETO, Orlando. *Op.cit.* 2011. pp.34-35.

<sup>14</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 23.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. In: Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Centro de Estudios Políticos y



A respeito da técnica da ponderação como procedimento para a argumentação racional, no sentido defendido por Robert Alexy quanto à pretensão de correção, dentro de uma lógica kantiana, refere-se que, para Robert Alexy, a ponderação ainda que justificada de forma racional pelo critério da proporcionalidade não teria como chegar a uma única solução correta para cada caso e apenas se teriam soluções discursivamente aceitáveis. Robert Alexy abandonou expressamente a tentativa de elaborar uma teoria normativa da interpretação composta por critérios semânticos que possibilitem a identificação de uma resposta jurídica dentro de um sistema predeterminado. O jurista oferece uma teoria normativa da argumentação, composta por uma série de regras que definem o procedimento que uma argumentação deve seguir para ser considerada racional. Tais regras deveriam ser aplicáveis não apenas aos discursos jurídicos, mas a todos os discursos práticos, servindo como parâmetro para a aferição de sua racionalidade. Assim, a teoria de Alexy segue uma estrutura tipicamente kantiana: ele pressupõe que existe algo como uma faculdade universal chamada racionalidade, busca deduzir dessa racionalidade algumas regras que teriam validade a priori e, com isso, pretende que essas regras tenham validade objetiva e universal.<sup>16</sup>

Destarte, percebe-se que a teoria da argumentação constitui-se em uma teoria kantiana da razão prática, cujo princípio fundamental é a universalizabilidade, utilizado por Alexy, MacCormick e Habermas como a regra da argumentação fundamental para o discurso prático, especialmente o discurso jurídico. No “Constitucionalismo discursivo” de Robert Alexy, a técnica do precedente é considerada um importante aspecto da racionalidade prática, uma vez que a necessidade de se considerar o conteúdo das decisões anteriores encontra fundamento em fatores extrainstitucionais.<sup>17</sup>

Alexy ainda pondera que a pretensão de correção do direito abarca a afirmação da correção através das leis e decisões judiciais, implicando uma garantia de “fundamentabilidade” e de esperança, assim entendido como o fato de que cada um que se põe no ponto de vista do sistema respectivo e é racional reconhece o ato

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 186.

<sup>17</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 541/542.

jurídico como correto. Daí a pretensão de correção como uma necessidade do direito, porque recurso à validade do seu discurso.<sup>18</sup>

Assim, percebe-se que o Estado Constitucional Democrático pressupõe a melhor forma de conectar a argumentação à decisão, da perspectiva dos ideais da liberdade e igualdade fundamentados discursivamente, pois, ao definir o processo legislativo e ao estabelecer garantias, regras processuais, procedimentos, etc., institucionaliza a razão prática.<sup>19</sup>

Sobre a atividade da ponderação pelo juiz, Gadamer considera que:

a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa<sup>20</sup>.

Nessa esteira, Dworkin defende que cada juiz, ao decidir o novo caso, deve realizar uma análise comprometida com o contexto, com decisões pretéritas, estruturas, convenções e práticas da história, a qual ele deve continuar por meio do seu trabalho.<sup>21</sup>

Portanto, considerando a atividade de prolação de decisões judiciais, os argumentos de princípios operam como critérios a serem observados pelos juízes, por representarem uma exigência de justiça, equidade, ou de alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o argumento contrário dos positivistas de que os princípios fornecem discricionariedade judicial pode ser confrontado com a alegação de que os princípios, em verdade, limitam a sua atividade e direcionam a interpretação.<sup>22</sup>

É justamente nessa perspectiva que reside o marco distintivo entre a corrente do neoconstitucionalismo, que segue a linha da doutrina esposada por Dworkin, quanto à possibilidade e pertinência de uma interpretação jurídica pautada por princípios, de ordem constitucional, e a corrente do constitucionalismo garantista e positivismo defendidos por Luigi Ferrajoli, que refuta a ideia da moral objetiva e teme

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21.

<sup>19</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 22.

<sup>20</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 433.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 238.

<sup>22</sup> FACCINI NETO, Orlando. *Op.cit.* 2011. pp.67-68.

a sobreposição da moral sobre o Direito, conforme antes explanado. Contudo, a questão da moralidade institucional, de que fala Dworkin, é observada quando a decisão judicial respeita e considera os preceitos da Constituição.<sup>23</sup>

É interessante referir corrente doutrinária intermediária defendida por Hermes Zaneti Júnior em sua tese de doutoramento, de que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, a partir do constitucionalismo garantista, pode ser um potente referencial teórico capaz de reduzir o espaço de discricionariedade dos poderes públicos e privados e também o poder dos juízes, no marco dos Estados Democráticos Constitucionais contemporâneos.<sup>24</sup>

O autor esclarece em sua construção que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli é plenamente consciente da distinção entre texto e norma e da impossibilidade epistemológica de defender que a atividade do juiz é puramente declaratória do sentido unívoco decorrente da clareza dos textos da lei, defendendo a adoção de uma teoria cética moderada da interpretação jurídica. Tal teoria moderada é consciente das limitações institucionais do intérprete e de sua vinculação à normatividade da constituição e pretende restituir o equilíbrio entre interpretação/aplicação e produção do direito pelo Poder Legislativo.<sup>25</sup>

Assim, para Hermes Zaneti Jr., é possível compatibilizar o modelo garantista que está fundado nos postulados de legalidade, completude deôntica, judicialidade e acionabilidade, com a teoria dos princípios, se e somente se esta for abordada na perspectiva deontológica, e não valorativa. Em razão desse entendimento, o autor propôs o reconhecimento de três espécies de normas em um modelo combinado:

(...) regras, princípios e procedimentos, tendo preferência as regras jurídicas sobre as demais do ponto de vista do ônus argumentativo, por ter ela decorrido do princípio democrático consistente na regularidade formal de sua instituição e na liberdade de conformação do Poder Legislativo. Quando uma regra incide, ela se presume aplicável, salvo se for uma regra inconstitucional.<sup>26</sup>

Considerando que a doutrina de Dworkin foi desenvolvida tendo como base o sistema estadunidense, indaga-se a respeito da viabilidade da inserção e aplicação

---

<sup>23</sup> Idem. p.68.

<sup>24</sup> ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2015. p. 21.

<sup>25</sup> ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2015. pp. 383/384.

<sup>26</sup> Idem, p. 386.

de sua teoria no sistema de *civil law*. No caso brasileiro, a extensão do alcance de nossa Constituição, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, permite que

o juiz encontre dentro do sistema mesmo, a partir das normas constitucionais, o arcabouço necessário para proferir sua decisão, embora existam entendimentos no sentido de que a concepção “dworkniana” de *one right answer* sobre a busca da melhor teoria possível atue como um ideal absoluto, como, por exemplo, Eros Roberto Grau.<sup>27</sup>

Assim, é nesse sentido que se entende que uma resposta será correta ou, como afirma Lênio Streck, constitucionalmente adequada, depois do exame da coerência e integridade do direito, que está fundado na materialidade da Constituição.<sup>28</sup>

Destarte, conclui-se que uma teoria da decisão judicial deve levar em consideração o contexto de aplicação da norma, observando a faticidade, a tradição, os princípios e a Constituição. Deve direcionar-se à resposta que, para ser a mais correta, deve ser constitucionalmente adequada. Percebe-se, então, o critério decisional central: a adequação da decisão com a Constituição, o “princípio do dirigismo constitucional”. E para realização da aplicação efetiva desse critério/princípio, é indispensável a regular realização da motivação das decisões judiciais, prevista pelo art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

A questão acirra-se quando se identifica a existência de mais de uma resposta correta, pois necessariamente se terá que admitir a discricionariedade judicial para a eleição da resposta mais adequada, o que consiste em um problema dentro da realidade do Estado Democrático de Direito. É nesse ponto que reside a necessidade de observância a critérios direcionadores e legitimadores da decisão judicial, como forma de atenuar a discricionariedade judicial e, até mesmo, evitar que ela redunde em arbitrariedade judicial, o que ameaçaria ainda mais os ideais do Estado Democrático de Direito. O fato é que, sendo a interpretação uma atividade convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante). Não existe, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira.<sup>29</sup>

A interpretação, segundo Eros Roberto Grau, é uma prudência, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz

---

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.* 2013. p.64.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 299.

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale I – Il sistema delle fonti del diritto**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese/UTET. p. 69.

entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar.<sup>30</sup> Como pontua Lênio Streck: “Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito”.<sup>31</sup>

Ainda nesse sentido, Mario Losano: “No século XX, a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”.<sup>32</sup>

Com relação à multiplicidade de respostas, MacCormick pondera que:

(...) a juíza deve ir além da lei e (sem sacrifício da imparcialidade) consultar o seu próprio senso de correção moral e política, equidade e conveniência social para chegar à decisão que lhe parece ser a melhor a respeito do problema em questão. Ao menos para as partes do caso, a juíza cria, em certa medida, a lei que aplica. E, se a regra de reconhecimento estabelece precedente como fonte de direito, ela, com sua decisão, também cria leis para o futuro.<sup>33</sup>

Para Neil MacCormick, uma teoria jurídica adequada não deve ser antipositivista, mas pós-positivista, já que não é necessário romper com a tradição positivista e seus critérios para identificar o Direito válido, mas apenas considerar seus excessos, ao mesmo tempo que se reconhece a pertinência da tese jusnaturalista de que o Direito deve ser racional e somente assim pode ser considerado Direito válido.<sup>34</sup>

A questão da discricionariedade judicial, não raro, é entendida e tratada como arbitrariedade, considerando o grau de liberdade que se atribui ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. Ocorre que a questão não pode ser resolvida de forma tão simplista, onde se defende a discricionariedade em detrimento da arbitrariedade, mas sim, lembrando que esse equívoco deita raízes na equivocada comparação com o ato administrativo vinculado e discricionário na consideração do fenômeno da interpretação, a qual não comporta a vinculação.

---

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.* 2013. p.16.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 38.

<sup>32</sup> LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.

<sup>33</sup> MACCORMICK, Neil. **H.L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.171.

<sup>34</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 543/544.

Tanto no caso da discricionariedade como no caso da arbitrariedade, o problema é o mesmo, qual seja, a falta de controle de conteúdo. Tal distinção, entre discricionariedade e arbitrariedade é, na verdade, de cunho abstrato, já que a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é, necessariamente, uma escolha discricionária ou arbitrária. A pedra de toque está em assumir a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.<sup>35</sup>

Por todas as razões e elementos expostos, verifica-se o relevante papel da motivação das decisões judiciais e a necessidade de se desenvolver e observar critérios para o ato da decisão judicial e, na realidade do sistema jurídico atual, para a formação de precedentes judiciais, com eficácia vinculante.

Antes de se adentrar nas duas questões específicas e de se buscar apontar uma contribuição efetiva e consistente no desenvolvimento de um possível critério balizador e legitimador de decisões judiciais e formadoras de precedentes judiciais, pontuam-se algumas condições e padrões hermenêuticos desenvolvidos e expostos por Lênio Streck, em sua obra, “Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas”, nesse sentido e destacando a importância dos princípios da igualdade e do devido processo legal: a) preservar a autonomia do direito, como forma de preservar a força normativa da Constituição; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, como forma de estabelecer limites às decisões judiciais e reduzir o âmbito de discricionariedade; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, o que já é feito por meio da invocação de princípios como o princípio da unidade da Constituição e o princípio da proporcionalidade; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, conforme consagrado no art. 93, IX da Constituição Federal e como forma de investir os juízes de responsabilidade política; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada, atividade intimamente ligada e dependente do dever fundamental de justificar decisões.<sup>36</sup>

Tais princípios, contudo, somente se revelam no momento da aplicação e interpretação do caso concreto, já que representam um contexto de significações

---

<sup>35</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 38-47.

<sup>36</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Op.cit.* 2011a. p. 584-588.

históricas e compartilhadas por determinada comunidade política. Ainda é preciso ressaltar que a ideia da resposta constitucionalmente adequada não pode implicar a hipótese de elaboração de respostas definitivas, pois, assim, estar-se-ia propugnando uma solução anti-hermenêutica, mais compatível com o pensamento dos metodólogos que não se opõem ao congelamento dos sentidos, mas que pode violar o Estado Democrático de Direito.

## **2 A motivação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes**

Apesar da necessidade de positivação de uma norma constitucional que impusesse a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais em tempo anterior à promulgação da Carta Política de 1988, somente nessa ocasião o constituinte originário atendeu a esses reclamos, prescrevendo, no art. 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.<sup>37</sup>

Como já referido, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) estabelece como norma fundamental o dever de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, no art. 11º e como forma de atender ao reclamo de compatibilização do processo civil com os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (Art. 1º).

José Carlos Barbosa Moreira já sustentou a necessidade de uma norma constitucional que determinasse a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, antes mesmo da previsão do artigo 93, IX da CF/88, o que, segundo ensina o mestre, “constitui garantia inerente ao Estado de Direito”.<sup>38</sup>

Observe-se que não é comum o texto constitucional cominar expressamente a sanção de nulidade para os casos de inobservância de suas normas, pois bastaria a desconformidade com estas para gerar tal efeito. Todavia, levando em consideração que a ausência de fundamentação é vício de tamanha gravidade, o legislador constituinte, no art. 93, inciso IX, optou por reafirmar, em tom eloquente, que o descumprimento do preceito implicará a nulidade da decisão, enfatizando,

---

<sup>37</sup> Texto originário, cujo conteúdo, nesse ponto, foi integralmente mantido pelo Poder Constituinte derivado reformador na nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 ao citado dispositivo.

<sup>38</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 95.

assim, a importância dessa garantia. O Novo Código de Processo Civil seguiu a mesma linha na previsão do artigo 11º.

O dever inafastável de fundamentar os pronunciamentos jurisdicionais constitui um instrumento de limitação do exercício do poder estatal, demonstrando-se que não resultaram do arbítrio. É através da adequada justificação do

convencimento judicial que se permite às partes controlar a racionalidade da decisão e a correção do julgado, verificando-se, por exemplo, se foram obedecidas as regras do devido processo, se o juiz atuou com imparcialidade e dentro da legalidade, se examinou todas as questões que lhe foram postas etc., o que, ressalte-se, viabiliza o exercício da ampla defesa e facilita a submissão do ato judicial viciado a um órgão superior para a reparação de injustiças.

Isso quer dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciais, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrados e Tribunais.

O art. 93, IX, da Constituição Federal, dispõe que a falta de motivação das decisões judiciais acarreta em nulidade. A fundamentação jurídica consiste nos fatos e preceitos normativos que comprovam a adequação da decisão no caso concreto. Isto é, significa que o que deve ocorrer é “o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira”<sup>39</sup>.

Como bem resume Piero Calamandrei: “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça”.<sup>40</sup> A motivação visa a analisar a aplicação do direito e a evitar a arbitrariedade. Não é mera enunciação do dispositivo legal; deve haver a valoração das razões, dos fatos e das normas que foram considerados para a tomada da decisão, ou seja, é necessária a individualização da norma que foi aplicada no caso concreto, a interpretação desta com os fatos do caso e a consequência jurídica dessa análise.

O juiz não deve colocar toda a sua missão em uma subsunção automática do preceito legal ao caso judicial; porém, também não é desejável que se mitigue a segurança jurídica e que se ofereça ao juiz poderes exacerbados para compor os conflitos de interesses, no sentido de decidir a partir do subjetivismo ou do arbítrio. A decisão judicial deve levar em consideração a correta apreciação dos valores

---

<sup>39</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

<sup>40</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.

sociais, econômicos e éticos, considerados estes através daquele marco de possibilidades que a regra legal origine.<sup>41</sup>

Sobre o tema, Michele Taruffo leciona que: “la motivazione tende a fornire la giustificazione di ciò che rappresenta il risultato del procedimento decisório”.<sup>42</sup> O magistrado, ao interpretar a norma e os fatos do caso em concreto, deve valorá-los, sistematizando-os de forma hierárquica. A prolação da decisão é o momento em que o juiz demonstra sua escolha quanto ao fato, ao valor e à norma que utilizou.<sup>43</sup> Isto, pois, “onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.)”; mais “um valor que confere determinada significação a esse fato; inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo”; e, importante ressaltar, a necessidade de “uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor”. Esses elementos coexistem, se exigem reciprocamente e “atuam como elos de um processo”.<sup>44</sup>

Cabe trazer à baila argumento de Paulo Roberto Soares Mendonça: “A decisão judicial passa a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada.”<sup>45</sup> A fundamentação das decisões judiciais tem duas funções essenciais: extraprocessual e endoprocessual. A função extraprocessual caracteriza-se como os elementos concretos para aferir a imparcialidade do juiz (legitimidade); interesse público (confiança na tutela jurisdicional); e garantia da própria Jurisdição, ou seja, ligadas intimamente com o princípio da participação popular, característica do Estado Democrático de Direito<sup>46</sup>,

---

<sup>41</sup> SPOTA, Alberto G. *Op.cit.* 1985. p. 26.

<sup>42</sup> TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 265.

<sup>43</sup> É importante referir a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale na qual o Direito possui aspecto normativo “(O Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. Brasília (DF): Ministério da Justiça, 2000. p. 65.

<sup>44</sup> REALE, Miguel. *Op.cit.* 2000. p. 65.

<sup>45</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 57.

<sup>46</sup> Explica Ingo Sarlet: “Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis’, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à ideia de Estado de

servindo de mecanismo à efetivação do devido processo legal, legitimando o magistrado que profere a decisão. A Justiça é um serviço público, nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier acerca do interesse público: “assegurar aos cidadãos o acesso às decisões do poder jurisdicional, dentro dos moldes adredemente previstos no ordenamento jurídico”.<sup>47</sup>

Já a função endoprocessual se estabelece como uma garantia técnica que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório das partes litigantes com a ponderação das suas alegações; é um meio de comunicação judicial; visa proporcionar a possibilidade de impugnar a decisão do juiz; o exame das alegações do magistrado pelo segundo grau de jurisdição; além de ser uma facilidade para os operadores do direito.

Ou seja, os litigantes têm conhecimento da motivação do magistrado quanto à determinada decisão. Através desses argumentos eles podem decidir se irão recorrer da decisão, e, claro, com quais alegações. Ao examinar o recurso, o segundo grau de jurisdição, faz o controle acerca da decisão recorrida e do juízo impugnado. Estas utilidades são o instrumento endoprocessual da fundamentação, que propicia a uniformização jurisprudencial e, correlato, maior garantia quanto à segurança jurídica.<sup>48</sup>

A exigência da motivação consiste em um meio de controle da sociedade sobre a atuação dos juízes, de sua legalidade e imparcialidade, razão pela qual até as decisões de última instância, que não comportem recurso, devem estar fundamentadas. Além do controle processual, a justificação presta-se também ao controle extraprocessual e difuso sobre o modo como o Estado administra a justiça na sociedade.<sup>49</sup>

O dever de motivação das decisões judiciais, portanto, assegura legitimidade à atuação dos juízes, mesmo que esses não sejam eleitos pelo povo. Portanto, a adequada e completa fundamentação das decisões judiciais consiste em fatores de

---

Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.”<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

<sup>47</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 63, p. 62.

<sup>48</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Temas de direito processual**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 116.

<sup>49</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 7.

outorga de legitimidade democrática, questão muito relevante em um cenário de crescente produção de precedentes judiciais de eficácia vinculante, onde justamente se questiona a pertinência constitucional da função normativa e criadora da Jurisdição, em função da previsão da cláusula pétrea da separação dos poderes e do risco de lesão ao Estado Democrático de Direito.

Rui Portanova pondera que:

Não se pode esquecer que a aspiração máxima do processo tradicional é dar a cada um o que realmente é seu, ou seja, tornar concreto diante da lide, o ideal de justiça, que só pode se alcançado quando o juiz conhece efetivamente a verdade dos fatos e a eles atribui as consequências previstas na lei ou nos princípios gerais do Direito.<sup>50</sup>

A origem etimológica da palavra “sentença” é o vocábulo em latim *sentire*, sentir, que derivou a palavra em gerúndio *sentiendo*. Esses vocábulos determinaram no Direito romano a expressão *sententia*. Ou seja, a definição original da palavra “sentença” tem como significado o sentimento do juiz externado quando este aprecia o conflito.

Além da referida disposição da Carta Magna, o Código de Processo Civil brasileiro anteriormente em vigor (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) também demonstrava preocupação com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, *in verbis*:

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

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

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

(grifo nosso)

Além desses dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, existiam outros, quais sejam:

---

<sup>50</sup>PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

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

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, **o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.**

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, **em decisão fundamentada.**

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, **em decisão fundamentada.**

(grifo nosso)

Portanto, assim como a Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 1973, anteriormente em vigor também é claro quanto à necessidade de fundamentação das decisões do juízo. O ordenamento jurídico é um sistema organizado. A intromissão na esfera jurídica de alguém deve ser justificada (formalmente e materialmente) e publicizada para que os direitos fundamentais do cidadão sejam garantidos.

Como demonstrado, a motivação das decisões tem caráter dúplice, quer seja como base para a impugnação da decisão ou como controle geral do povo. A falta de motivação das decisões judiciais acarreta a sua nulidade. Determina a Lei Maior, em seu art. 93, X, que todas as decisões serão fundamentadas, “sob pena de nulidade”. A exceção ocorre nas decisões tomadas pelo Tribunal do Júri; porém, lembra-se que nestes casos há o exercício direto do povo na tomada da decisão. Como leciona José Maria Rosa Tesheiner: “nulidade não é sanção e o estado de nulo somente passa a existir com a decretação da nulidade”.<sup>51</sup>

A decisão para ser motivada deve ter um conteúdo mínimo, pois o magistrado:

---

<sup>51</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Nulidades, segundo Mitidiero**. Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 04/07/2014.

não está adstrito a responder, um a um, os argumentos das partes; tem o dever, contudo de examinar as questões (= pontos controvertidos), todas elas, que possam servir de fundamento essencial à acolhida, total ou parcial, ou à rejeição, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo demandante<sup>52</sup>.

É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.

- **A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta**, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.

- O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados.

(...)

(STJ, REsp 782901 / SP; Relator(a) Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador:Terceira Turma; Publicado em: DJ 20.06.2008) (grifou-se)

Portanto, hialina a diferença entre a falta de motivação e insuficiência. A decisão carente de fundamentação deve ser anulada; já a mal fundamentada deve ser reformada em instância superior e não dá causa à nulidade.

A respeito da qualidade e suficiência da motivação das decisões judiciais, é importe fazer referência às súmulas impeditivas de recursos, súmulas vinculantes e outros mecanismos processuais, os quais não devem ser o único fundamento de decisão dos julgadores, sem observância ao caso concreto e, assim, agindo de forma positivista. É preciso que se considere que, ainda que exista uma resposta correta para determinado caso, não quer dizer que será a resposta correta para outros casos, a menos que efetivamente se faça a análise do caso concreto e então se proceda à aplicação do direito projetado pela comunidade política.

Destarte, a resposta correta de um caso poderá ser veiculada em outros julgamentos, desde que o julgador interprete efetivamente o caso concreto, analisando e distinguindo os pontos em comuns e divergentes, a exemplo da técnica utilizada no sistema de precedentes estadunidense do “distinguished” (técnica das distinções), aplicando, assim, os preceitos do Direito.<sup>53</sup>

Quanto à necessidade de realização da prática de distinção dos pontos em comum e divergentes entre o caso presente e o precedente/jurisprudência invocados, o Novo Código de Processo Civil positivou que não se considera

---

<sup>52</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. Conceitos. Nulidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov.1995. p. 5.

<sup>53</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *Op.cit.* 2012. p. 155.

fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (Art. 489, § 1º, VI).

Dessa forma, o julgador terá o dever de fundamentar toda e qualquer decisão proferida com a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento com enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte quando não o aplicar ao caso concreto ou, ainda, de demonstrar que o entendimento contido na jurisprudência/precedentes invocados está superado, considerando a ordem vigente.

Conforme já referido alhures, a fundamentação das decisões judiciais desempenha essencial e relevante papel no sistema jurídico brasileiro, mais ainda dentro da realidade de precedentes judiciais com eficácia vinculante, pois é

pressuposto de obtenção e aferição da resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto e, assim, induz a prolação de uma decisão, ou até mesmo precedente judicial, com coerência, técnica e justiça, além de tornar possível o controle democrático da decisão.

Justamente por isso, o dever de motivar as decisões judiciais é um imperativo constitucional, disposto no art. 93, IX da Constituição Federal e recentemente reconhecido também como dever do julgador no Novo Código de Processo Civil (Art. 489, § 1º da Lei 13.105/2015).

Considerando a relevância da devida motivação das decisões judiciais e ainda que a jurisdição constitucional é condição de possibilidade de todo sistema jurídico, não se pode refutar o comando constitucional da fundamentação. E o próprio estabelecimento entre o que é ou não *hard* ou *easy case* não desonera o intérprete da fundamentação, que deve ser o mais integral possível para dar inteligência à compreensão até mesmo do *easy case*.<sup>54</sup>

Destarte, a correta e adequada motivação das decisões judiciais tem a importante função de revelar as razões e bases consideradas pelo intérprete, pois é preciso considerar a compreensão prévia, até mesmo como condição de possibilidade da interpretação. Nessa medida, a fundamentação exerce papel basilar na questão da hermenêutica, uma vez que traz à luz o desvelamento da compreensão e estabelece o contexto originário de onde se projeta a interpretação do julgador, pois é ela que possibilita a revelação do *iter* seguido pelo intérprete para chegar à correta compreensão do fenômeno jurídico que se apresenta concretamente.<sup>55</sup>

Michele Taruffo atribui à ideia de motivação de decisão da Corte de Cassação Italiana essa mesma conotação, pois refere que esse *iter* deve descrever o procedimento mental que o julgador fez ao tomar determinada decisão.<sup>56</sup>

Assim, considerando que as decisões estão calcadas em pré-compreensões, todo julgador adota uma posição política e uma valoração moral na prática do direito, por isso é adequado que a motivação seja demonstrada de forma clara e explícita visando dar publicidade a esse raciocínio, revelando as razões e pré-compreensões, sempre tendo em vista a preservação e garantia do Estado Democrático de Direito e

---

<sup>54</sup> Idem, p. 95.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. **La fisionomia dela sentenza in Italia**. Padova: CEDAM, 1975. p.181.

a isonomia. Qualquer decisão que não seja suficientemente fundamentada acarreta um decisionismo pernicioso, onde a crença do julgador sobrepõe-se à interpretação da norma e até mesmo da Constituição.<sup>57</sup>

Ainda é preciso levar em conta o caráter pedagógico da motivação das decisões judiciais, considerando que um Judiciário que apresenta decisões coerentes influencia para a diminuição do número de demandas e/ou de recursos, pois haveria embasamento concreto para assegurar previsibilidade da prestação jurisdicional ao cidadão.

A fundamentação é o meio legítimo para que a sociedade moderna possa evidenciar a boa-fé do julgador, no sentido de comprometimento com a justiça e igualdade. Dessa forma, o dever de fundamentação no Estado Democrático de Direito assume destacada relevância, uma vez que desempenha dupla função perante a sociedade: gera segurança jurídica e contribui para a efetivação de garantias do cidadão.<sup>58</sup>

Todavia, é indispensável que o julgador observe critérios para a tomada da decisão correta, ou constitucionalmente adequada, para o caso concreto, balizadores que não se confundem com a opção pessoal do juiz, mas que sirvam como norteadores para a tomada de decisão, evitando, assim, uma discricionariedade desvinculada e descomprometida.

Considerando a redução da discricionariedade do intérprete a partir da justificação das suas decisões interpretativas, tem-se que considerar, tanto do ponto de vista interno (lógica formal), quanto externo (lógica argumentativa), os elementos de justificação de suas decisões. Segundo a teoria cética moderada defendida por Hermes Zaneti Jr., a teoria dos precedentes é necessária para ulterior fechamento do discurso jurídico em busca da redução do espaço de discricionariedade da decisão.<sup>59</sup>

Cabe ressaltar que, inserida no contexto da justificação das decisões judiciais, deve estar a ponderação das consequências implicadas na decisão. De fato, a própria atividade de justificar decisões a partir do fornecimento de razões para elas irá provar ser uma fonte dos tipos de consequências que importam. Em função da natureza institucional e do contexto em que opera a prática dos julgamentos, e por

---

<sup>57</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *Op.cit.* 2012. p. 95.

<sup>58</sup> *Idem.* p. 143.

<sup>59</sup> ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2015. p. 385.

conta de essa prática ser adequadamente governada, pelo princípio da justiça formal, que ordena tratar casos iguais de maneira igual, as decisões justificadas pressupõem razões universalizáveis ou sentenças baseadas no Direito que “cubram” a decisão particular em questão. E apenas as sentenças adequadamente justificadas poderão a seu turno justificar essas decisões.<sup>60</sup>

A difícil e complexa tarefa de um juiz em harmonizar suas justificativas de uma decisão judicial com os princípios e valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico nem sempre coincide com a resposta justa que o poder estatal deve dar na solução de conflitos. O critério de coerência adotado por Maccormick ao lado da universalização, consistência e consequencialismo jurídico nas vertentes normativa e narrativa, encontra obstáculo para efetivação de seu intento justamente pelas incoerências existentes no interior das próprias normas vigentes. Daí que os problemas de interpretação que surgem, não só aos juízes, mas a todos os operadores do Direito cujas ações importam relação de parte nos processos judiciais, tornam o papel da argumentação jurídica extremamente relevante.

Embora já esteja mais que demonstrado que a complexidade do círculo hermenêutico, dentro do qual se trava inúmeras questões, não permite produções de decisões judiciais desvinculadas de um compromisso ético-material, o desafio a ser enfrentado constantemente é justamente nas bases apresentadas por Maccormick: estabelecer relações aceitáveis dentro de um limite de razoabilidade, de decisões judiciais norteadas pela dedução lógica segundo as normas estabelecidas; porém, sob a liberdade das motivações das decisões que garantam a eficácia das decisões judiciais em consonância com as conquistas democráticas que, infelizmente, ainda não se consolidaram nos países periféricos.

Portanto, a prestação jurisdicional que não encontra respaldo na fundamentação não só fere a Constituição por não observar o ditame do art. 93, IX da Constituição Federal, mas macula a possibilidade de verificar a correção da aplicação de princípios, tais como da isonomia e do devido processo legal, colocando em risco o Estado Democrático de Direito.<sup>61</sup>

Assim, a fundamentação é um direito fundamental, de primeira dimensão ou de segunda dimensão, já que se revela garantidora de direitos que abrangem tanto os direitos de primeira dimensão quanto os de segunda dimensão, pois garante a

---

<sup>60</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 139.

<sup>61</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *Op.cit.* 2012. p. 146.

manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como os princípios da igualdade, da liberdade e da própria democracia, possuindo dimensão individual e coletiva, cujos destinatários são o povo, a sociedade e cada um dos cidadãos.<sup>62</sup>

O Novo Código de Processo Civil, como um texto legal concebido na Era do neoprocessualismo, reconhece e privilegia os princípios. Dessa forma, a nova legislação processual civil avança com relação à legislação anterior, no sentido de estabelecer e prever expressamente o dever de motivação das decisões judiciais, como, por exemplo, no artigo 499, parágrafo primeiro, inciso II do Novo Código de Processo Civil, que prevê que sempre que o juiz empregar conceitos jurídicos indeterminados deverá expor de forma explícita e analítica de que modo ocorreu a concreção de seu sentido no caso concreto.<sup>63</sup>

Outro dispositivo interessante do Novo Código de Processo Civil e que representa um avanço legislativo quanto ao caráter pedagógico no sentido de respeito ao dever de motivação das decisões judiciais é o art. 489, § 2º, que prevê que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Idem, p. 156.

<sup>63</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Op.cit.* 2013. p. 10.

<sup>64</sup> É importante referir que o inteiro teor do art. 489 do Novo Código de Processo Civil propugna a necessidade e dever de adequada motivação e fundamentação das decisões judiciais, *in verbis*: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

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

Na prática o dispositivo em questão não traduz efetiva inovação, porque o dever de motivação das decisões judiciais, especialmente na dimensão de sua justificativa externa, já impõe ao julgador o dever de explicitar os critérios pelos quais se realizou a ponderação envolvendo princípios jurídicos, mesmo assim, o dispositivo possui caráter contributivo para fortalecer o dever de adequada motivação das decisões judiciais.<sup>65</sup>

Então, percebe-se que o Novo CPC reforça o dever de motivação das decisões judiciais, preocupando-se em disciplinar a adequada interpretação de textos normativos abertos, além de controlar a correta aplicação dos precedentes jurisprudenciais.

Assim, percebe-se que somente com uma boa e clara fundamentação dos comandos judiciais é que se poderá identificar se estão constitucionalmente adequados, ou seja, se as regras e princípios constantes na Carta Magna estão sendo oportunamente observados e ponderados no caso concreto. Entretanto, para que se possa determinar a resposta constitucionalmente adequada, defende-se a necessidade de observância a critérios decisoriais, especialmente naquelas causas em que, em função da sua natureza e matéria debatida, as decisões proferidas poderão atingir *status* de precedente judicial com eficácia vinculante (como no caso da tese jurídica resultado do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Artigos 976 a 987 do CPC/15), o que impõe um cuidado ainda maior para a adequação constitucional da decisão, bem como para a qualificação técnica. Tal condição pode ser melhor obtida por meio da participação e intervenção necessária no processo de órgão especializado, com conhecimentos técnicos amplos e com competência para fiscalização das questões decididas na decisão judicial, primando pela sua efetividade e positiva repercussão social e econômica.

Eis aqui o critério decisoriais a ser necessariamente observado para a obtenção da resposta constitucionalmente adequada, o qual permitirá ainda a legitimação democrática da função normativa da jurisdição, considerando o diálogo institucional entre poderes, mas dependerá de uma pertinente e ampla motivação da decisão judicial, não somente como forma de viabilizar a

---

<sup>65</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Op.cit.* 2013. p. 12.

realização desse diálogo institucional entre poderes, mas também como meio de controle democrático do conteúdo da decisão judicial, potencialmente um precedente com eficácia vinculante, pela sociedade em geral.

## **Conclusão**

Quanto à aplicação da técnica da ponderação na sistemática do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), pode-se referir que o critério da racionalidade na produção de decisões judiciais deve ser um imperativo, racionalidade no sentido de argumentação lógica e coerente das regras e princípios incidentes no caso concreto, considerando também a necessidade de qualificação técnica e dotada de justiça do *decisium*, tanto na justificação norteada por princípios universais e sob pressupostos lógicos quanto na motivação, esta sob a liderança da retórica a fim de viabilizar a justificação.

O Direito como saber que possibilita a normatização das formas jurídicas de controle social revela-se atividade racional. Como determina MacCormick, analisar a racionalidade da argumentação retórica – a coerência– implica, portanto, compromisso da decisão judicial com princípios e valores que outorgam à decisão a força que a torna aceitável pelo seu auditório, impedindo ou reduzindo a arbitrariedade dos órgãos responsáveis pela jurisdição estatal.

O raciocínio jurídico manifesta-se, essencialmente, no processo judicial, na motivação do juiz em dizer o direito do caso concreto, expressando as razões da sua decisão. Com efeito, ao decidir, deve o juiz interpretar o direito de forma razoável, ponderada e aceitável, a fim de transformar sua decisão em algo socialmente útil.<sup>66</sup>

As razões de uma sentença judicial dirigem-se não apenas aos litigantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas como também o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *Chaim Perelman: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus, 2007. p. 85.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*.

Ainda, é necessário que a racionalidade seja o principal argumento para uma teoria dos precedentes, pois o juiz do caso atual tem de saber que a sua decisão poderá se tornar aplicável em um caso futuro e, portanto, consistir em um precedente, com eficácia vinculante e, *ipso facto*, com necessidade de resguardo de coerência com a Constituição, no que tange especialmente à isonomia, segurança jurídica e efetividade.<sup>68</sup>

Destarte, percebe-se que a observância e concretização do critério proposto neste estudo para a formação do precedente judicial atende à necessidade de se estabelecer a resposta constitucionalmente correta para o caso concreto na realidade do Estado Democrático de Direito; viabiliza a adequada motivação da decisão judicial, onde a aplicação da técnica da ponderação tem grande relevância, pelos amplos fundamentos, de ordem jurídica e técnica, que irão compô-la; e, ainda, outorga legitimidade e controle democráticos pela participação de órgãos de Estado pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos, minimizando as hipóteses de arbitrariedades e conduzindo para a racionalidade no julgamento.

## Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Temas de direito processual**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. Conceitos. Nulidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov.1995.
- CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Chaim Perelman: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles**. Porto Alegre: Linus, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. SP: Martins Fontes, 2006.

---

<sup>68</sup> ZANETI JR., Hermes. Op. cit. 2015. p. 390.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.** In: Seminario de Filosofia del Derecho de la Universidad de Alicante. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante. Doxa. Cadernos de Filosofia del Derecho. Marcial Pons, 2012. 380 páginas.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, Herbet L.A. **The concept of law.** 2.ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.

MACCORMICK, Neil. **H.L. A. Hart.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** Segunda Série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25. ed. Brasília (DF): Ministério da Justiça, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência.** Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

TARUFFO, Michele. **La fisionomia dela sentenza in Italia.** Padova: CEDAM, 1975. p.181.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile.** Padova: Cedam, 1975.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Nulidades, segundo Mitidiero.** Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 04/07/2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale I – Il sistema dele fonti del dirritto.** Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese/UTET.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 63.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC (Coleção Liebman).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.