

**TUTELA DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:  
VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA; REQUISITO PARA EXTENSÃO DOS LIMITES  
OBJETIVOS DA COISA JULGADA; IDENTIFICAÇÃO DAS DECISÕES  
IMOTIVADAS<sup>1</sup>**

***THE PROTECTION OF CONTRADICTION IN THE BRAZILIAN NEW CIVIL  
PROCEDURE CODE: THE PROHIBITION OF “SURPRISE DECISIONS”; CONDITION  
TO THE EXTENSION OF THE OBJECTIVE LIMITS OF “RES JUDICATA”;  
IDENTIFYING UNMOTIVATED DECISIONS***

*Paulo Henrique dos Santos Lucon*

Professor Associado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco  
– USP, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo e Vice-  
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Integrou a Co-  
missão do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados.  
[lucon@lucon.adv.br](mailto:lucon@lucon.adv.br)

**RESUMO:** Este ensaio procura analisar as diversas modalidades de tutela que o novo Código de Processo Civil confere ao princípio do contraditório. Enquanto norma fundamental do processo e garantia assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), o contraditório demanda concretização a ser levada a cabo tanto pelo legislador, quando da elaboração das normas gerais, quanto pelo julgador, quando da fixação da norma individual e concreta. Nesse sentido, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 cumpre a missão que dele se espera. Para demonstrar tal assertiva, foram analisados alguns aspectos relevantes da nova legislação que bem revelam o tratamento adequado e efetivo dispensado ao contraditório. Constituem, portanto, objeto da presente investigação: a vedação às chamadas decisões-surpresa, o contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais e a identificação das decisões imotivadas.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 10/04/2016 e aprovado em 25/05/2016.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão-surpresa; Limites objetivos da coisa julgada; Motivação; Decisão Jurídica; Contraditório; Novo Código de Processo Civil; Código de Processo Civil de 2015; Questão prejudicial.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze different kinds of judicial protection to the contradictory principle in the new Civil Procedure Code. As a procedural fundamental right, contradictory demands real application by judges and legislators. The new Civil Procedure Code ruled the theme properly, which can be identified by the prohibition of “surprise decisions”; the prevision of contradictory as a condition to the extension of the objective limits of “res judicata” to the so called “prejudicial questions” and the identification of unmotivated decisions.

**KEYWORDS:** Surprise decisions; Objective Limits of “res judicata”; Motivation; Judicial decisions; Contradictory; Brazilian New Civil Procedure Code; Civil Procedure Code of 2015; Prejudicial question.

**SUMÁRIO.**1. Contraditório e sua função integrativa, definitiva e bloqueadora. 2. Vedação à “decisão-surpresa”. 3. Contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. 4. Identificação das decisões imotivadas. 5. Síntese conclusiva.

## **1. CONTRADITÓRIO E SUA FUNÇÃO INTEGRATIVA, DEFINITÓRIA E BLOQUEADORA**

A concepção de processo como procedimento em contraditório<sup>2</sup> ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias.<sup>3</sup> Ausente contraditório, inexistente processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. “Em alguns casos há normas mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos

---

(<sup>2</sup>). Ver: ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996. p. 29.

(<sup>3</sup>). Ver, a respeito da função do contraditório: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC”, in *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, mai/2015, pp. 169-174, esp. pp.169-172.

que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico”<sup>4</sup>

Se há contraditório, mas este não é respeitado como deveria, está-se, então, diante de um processo que não pode ser definido como justo.<sup>5</sup> De acordo com a atual configuração do Estado Constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que versem a respeito de questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita as hipóteses de contraditório posticipado ou diferido que autorizam a concessão da tutela de urgência e da evidência em prol da efetividade da jurisdição.

A diretriz imposta pelo contraditório há de ser observada em todo e qualquer processo, independentemente da fase ou do grau de jurisdição em que ele se encontra. O destinatário por excelência do contraditório é o juiz, que deve observá-lo a todo o momento ao longo do arco procedimental. Eventual infringência ao contraditório não permite o exercício da ampla defesa e provoca violação frontal à garantia do devido processo legal. É certo que o contraditório é pautado pelo binômio informação-reação, mas enquanto a informação deve estar sempre presente, a reação é eventual e depende da iniciativa da parte, nunca de um ato de poder, que seria absolutamente ilegítimo. Assim, poder-se-ia definir mais precisamente o contraditório pelo binômio *informação necessária-reação possível*. Por isso, a citação, por exemplo, assume um papel de extrema relevância no processo civil, pois ela viabiliza o contraditório. Nulidade e inexistência de citação são vícios tão graves, portanto, que podem ser aduzidos a qualquer tempo

---

(<sup>4</sup>). HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.1, pp. 30-31. Ver, nesse mesmo sentido: “la causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti. La legge dialettica cui è ispirato il processo imprime carattere recettizio alla domanda, nel senso che il provvedimento non può essere emanato se la domanda non è stata portata a conoscenza sia del giudice sia della controparte” (ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli: Jovene, 2012, cap. V, n.3. p. 200 e ss)

(<sup>5</sup>). A doutrina italiana se ocupa deste tema em especial por conta do art. 111 de sua Constituição. Nesse sentido, ver: “se, allora, l’accento cade – più che sulle caratteristiche di completezza o sui profile di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge – sulla variabile (cioè, maggiore o minore) ‘effettività’ dell’attuazione di quelle garanzie minime, ne deriva un’importante conseguenza. Qualsiasi ‘processo’ (o modelo e tipo di ‘processo’) è (o puo essere) ‘giusto’, solo se ed in quanto la ‘legge’ vi abbia previsto o comunque ‘regolato’ un’adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coesenziali, che (in base all’art. 111, secondo comma) si intendono all’uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti” (LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino: Giappichelli, 2004, p. 60)

no processo, e até mesmo após o trânsito em julgado por meio de ação autônoma (ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual).<sup>6</sup>

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

Enquanto princípio jurídico,<sup>7</sup> o contraditório produz efeitos sobre outras normas jurídicas de forma direta e indireta. Por conta da eficácia direta os princípios exercem uma *função integrativa*, pois agregam elementos não previstos em subprincípios ou regras. Assim, ainda que não haja regra expressa determinando a oitiva das partes a respeito de ato judicial com “potencial” de influir na esfera jurídica de uma delas, deverá ser oportunizada a sua manifestação por conta justamente dessa função integrativa do contraditório.<sup>8</sup> É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que os juízes têm de modificar sua própria decisão por conta de algum vício interno a ela (omissão, obscuridade ou contradição). Tal modificação não pode se dar sem a prévia manifestação das partes a respeito. Diz-se “potencial”, pois, em hipóteses excepcionais, quando tal característica não se fizer presente, há de ser considerada legítima a dispensa de manifestação da parte. Essa situação se verifica no direito brasileiro com a possibilidade de

---

(<sup>6</sup>). Ver: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Garantia do tratamento paritário das partes*, in *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 5, pp. 102-108.

(<sup>7</sup>). Ver: na definição de HUMBERTO ÁVILA “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (*Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.3, pp. 78-79).

(<sup>8</sup>). Ver: HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.2, pp. 97 e ss.

resolução imediata do processo com o decreto de improcedência no caso de processos repetitivos. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a orientação de valorizar as manifestações dos tribunais, amplia, nesse sentido, o rol de hipóteses que autorizam o julgamento liminar de improcedência do pedido. O art. 333 do novo Código dispõe que nas causas que dispensem a fase instrutória o juiz independentemente da citação do réu julgará liminarmente improcedente o pedido que: I) contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II) contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;<sup>9</sup> III) contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV) for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico e; V) contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local.

Ao contrário do que possa parecer a partir de uma primeira análise, referido dispositivo não viola o contraditório, mas disciplina hipótese de verdadeiro julgamento antecipadíssimo do mérito, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença inaudita altera parte. O contraditório é, então, nesses casos, apenas diferido para o caso de o autor apelar. Esse dispositivo é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica; pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova, porque, na convicção do julgador, nada mais há de ser esclarecido ou provado relativamente aos fatos. Assim, os pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controvérsia já é conhecida pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata

---

<sup>9</sup>. Ver: no direito brasileiro há previsão legal que autoriza o julgamento por amostragem de processos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (CPC/73, art. 543-B; CPC/2015, art. 1.036) e do Superior Tribunal de Justiça (CPC/73, art. 543-C; CPC/2015, art. 1.036). Assim, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem admitir dois ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados aos Tribunais Superiores, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo dos Tribunais Superiores (CPC/2015, art. 1.036, § 1º). O responsável pelo julgamento do recurso no Tribunal Superior ("relator em tribunal superior") poderá também selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem (CPC/2015, art. 1.036, § 5º). Uma vez decididos os recursos afetados, se for o caso, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou ainda os decidirão aplicando a tese firmada (CPC/2015, art. 1.039, *caput*). Se mantido o acórdão divergente do tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior (CPC/2015, art. 1.041, *caput*).

de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a causa de pedir e o pedido guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. É claro que o demandante tem a oportunidade em embargos de declaração infringentes ou mesmo na apelação de demonstrar que seu caso não se enquadra naqueles em que deu o tratamento em bloco, isto é, que o processo em concreto é distinto daqueles repetitivos.

Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, não se admite o julgamento antecipado do mérito a favor do demandante sem que se proceda à citação do demandado.<sup>10</sup>

Além dessa eficácia direta, o contraditório, como princípio jurídico, também exerce uma eficácia indireta sobre outras normas jurídicas. Uma dessas funções é a chamada *função definitória*, segundo a qual o contraditório cumpriria o papel de definir, ou seja, delimitar, o comando de um sobreprincípio que lhe é axiologicamente superior.<sup>11</sup> Sob essa ótica, tem-se que o contraditório concretiza vários outros princípios. Assim, por exemplo, o princípio da soberania popular, na medida em que assegura a participação dos cidadãos na administração da justiça. É por isso que uma decisão que não observa o contraditório – uma decisão surpresa – possui natureza antidemocrática. Traçando um paralelo com os outros poderes estatais, pode-se afirmar que se a legitimidade desses agentes decorre da representação popular que se manifesta por meio de eleições periódicas, a legitimidade dos membros do Poder Judiciário está condicionada ao dever de oportunizar a possibilidade de os cidadãos se manifestarem em juízo quando sujeitos ao *imperium* estatal.

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

---

(<sup>10</sup>). Ver: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Novas Tendências na Estrutura Fundamental do Processo Civil*, in *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 88, p. 145-172, nov. 2006.

(<sup>11</sup>). Ver: HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.3, pp. 98 e ss.



alegações do autor. Se o juiz possui poderes instrutórios para tanto, por que não permitir ao revel que melhor conhece os elementos da controvérsia também o faça? Nesse sentido o Código de Processo Civil de 2015 caminhou bem ao fixar em seu artigo 349 que “ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

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

Dadas essas reconhecidas funções do contraditório; este ensaio igualmente examinará certas modalidades de tutela que o Código de Processo Civil de 2015 confere a esse princípio. Enquanto norma fundamental do processo, assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), o contraditório demanda concretização a ser levada a cabo tanto pelo legislador, quando da elaboração das normas gerais, quanto pelo julgador, quando da fixação da norma individual e concreta. Nesse sentido, tem-se que o novo Código cumpre a missão que dele se espera. Para demonstrar tal assertiva, serão analisadas três passagens da nova legislação que bem revelam o

tratamento adequado e efetivo dispensado ao contraditório. Constituem, portanto, objeto de nossa investigação: a vedação às chamadas decisões-surpresa, o contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais e a identificação das decisões imotivadas. São três pontos aparentemente autônomos, mas que lidos em conjunto se complementam e formam um verdadeiro microssistema em torno do contraditório: a vedação à decisão-surpresa tutela o contraditório sob a ótica do direito à participação dos jurisdicionados na construção do provimento judicial; o contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada destaca esse princípio como fator que legitima a imutabilidade de uma decisão; e o respeito ao contraditório na motivação das decisões jurídicas ressalta a função de controle e limitação que esse princípio exerce sobre o poder estatal.

## **2. VEDAÇÃO À “DECISÃO-SURPRESA”**

Constitui norma fundamental do processo, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, o dever imposto ao juiz de evitar a prolação das chamadas “decisões-surpresa” (“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 deva decidir de ofício”). Tais são as decisões que se valem de algum fundamento – inclusive aqueles cognoscíveis de ofício – a respeito do qual não foi conferida às partes a oportunidade de se manifestar a respeito. “Decisões-surpresa” violam o contraditório, porque fazem menoscabo da participação das partes no processo – admitir a aplicação de um fundamento não debatido revela que a participação das partes não é relevante para o magistrado – e criam um estado de incerteza jurídica, já que, em um sistema em que tais decisões proliferam, não se pode antever o resultado de qualquer decisão – se o juiz pode se valer de qualquer fundamento, sem que as partes o conheçam, como poderão elas minimamente antever o resultado da decisão e assim orientarem suas condutas? Evidente que resta assim violado também o princípio da segurança jurídica, encarado aqui sob a ótica da previsibilidade.

Com a positivação desse dispositivo que veda decisões-surpresa, o Brasil se alinha com o que há de mais moderno em termos de legislação processual civil no mundo. O art. 16 do Código de Processo Civil francês há muito estabelece o dever de o juiz fazer observar o contraditório, inclusive no que diz respeito às matérias suscitadas de ofício, ocasião em que deve às partes ser



franqueada ampla participação.<sup>12</sup> O mesmo também ocorre em Portugal, cujo art. 3º-3, do Código de Processo Civil estatui que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”<sup>13</sup>. Tais dispositivos, tanto aquele previsto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto o previsto no ordenamento jurídico francês e o previsto no direito português, promovem tanto os interesses das partes quanto os do Poder Judiciário. “A vantagem é clara para o julgador porque depois da audição das partes e de analisar iguais ou diferentes pontos de vista, pode proferir uma decisão com maior convicção e segurança. Para as partes a vantagem também é evidente, por lhes ser dada a possibilidade de apresentarem os seus argumentos a favor ou contra a decisão, de algum modo a podendo ainda influenciar”.<sup>14</sup>

O art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro, de maneira expressa, estatui que decisões-surpresa devem ser evitadas em todos os graus de jurisdição (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição...”) e assim, bem procedeu, pois em muitas ocasiões fundamentos relevantes de um caso apenas são detectados quando da revisão de uma decisão já proferida.

---

(<sup>12</sup>). Ver: “le juge doit, en toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. Observam ROGER PERROT e HENRY SOLUS que “a partir du moment où le juge est appelé à participer activement à l’instruction de la cause en relevant d’office certains moyens ou en modifiant de sa propre autorité la qualification des faits, des devoirs s’imposent à lui comme aux parties elles-mêmes et, en particulier, le devoir de provoquer les observations des parties sur les moyens dont peut dépendre la solution d’un litige qui met en cause leurs propres intérêts” (*Droit judiciaire privé*, vol. I, p. 22).

(<sup>13</sup>). Ver: “por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que: a) formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão; b) oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar. Assim se garantia o desenvolvimento do processo em discussão dialética, com as vantagens decorrentes da fiscalização recíproca das afirmações e provas feitas pelas partes. A esta concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechliches Gehör* germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”(JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 124-125).

(<sup>14</sup>). Ver: FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O novo processo civil. Os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 49.

Como se sabe, algumas questões podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, assim, por exemplo, aquelas relativas aos pressupostos e requisitos de admissibilidade ao julgamento de mérito (CPC, art. 485, § 3º); de modo que se os tribunais assim procederem, ou seja, caso eles se valham de algum fundamento não presente nas razões recursais, ainda que discutido e debatido nas instâncias inferiores, tem eles o dever de ouvir previamente as partes a respeito. A essência do contraditório, segundo sua concepção mais consentânea com as atuais características do Estado Democrático de Direito, está justamente na possibilidade de influenciar a formação do convencimento daquele magistrado que está efetivamente em vias de decidir e não meramente debater um fundamento em uma determinada fase do processo.<sup>15</sup>

No Código de Processo Civil português, há apenas uma hipótese que dispensa a oitiva das partes. Trata-se dos casos de “manifesta desnecessidade”. Ao comentar tal passagem, Lebre de Freitas fornece o seguinte exemplo, que a nosso ver também se aplica ao direito brasileiro, embora no texto legal não se faça ressalva de qualquer natureza: “é, por exemplo, manifestamente desnecessário convidar as partes a pronunciarem-se sobre a qualificação como compra e venda do contrato que integra a causa de pedir, se o autor, embora não invocando explicitamente essa qualificação, o descreveu facticamente como tal, em termos inequívocos e não contrariados, de facto nem de direito pelo réu. Mas já será necessário o convite se o juiz entender que não obstante as partes, explícita ou implicitamente, terem tomado o contrato como de compra e venda ao longo de todo o processo, a sua qualificação jurídica correta é de empreitada ou de doação; ou ainda se, concordando embora com a qualificação que as partes lhe atribuíram, o juiz se propuser aplicar uma norma jurídica, específica ou genérica, do respetivo regime (...) que as partes durante o processo não tiveram em conta”.<sup>16</sup>

---

(<sup>15</sup>). Ver: “a proibição das ‘decisões-surpresa’ (art. 3-3) constitui uma garantia cuja manifestação predominante se situa no âmbito das questões de conhecimento oficioso não levantadas no decurso do processo, das quais o tribunal se propõe conhecer no momento da decisão. Verificando-se em concreto uma situação desse tipo, deve o tribunal criar condições para o exercício do contraditório sobre o ponto em causa, relativamente a ambas as partes, em momento anterior à decisão e seja qual for a fase que o processo esteja a atravessar. Se, p. ex., o tribunal ‘ad quem’ entender que os factos apurados nos autos devem ser submetidos a enquadramento normativo diverso daquele que foi considerado pelas partes e pelo tribunal ‘a quo’, a vinculação do julgador ao contraditório – princípio que ‘o juiz deve observar e fazer cumprir ao longo de todo o processo’, conforme preceitua o n. 3 do art. 3 – impõe-lhe que adapte a tramitação do recurso, de maneira a que nela se encaixe a tomada de posição das partes sobre a mudança a efectuar na qualificação jurídica da matéria de facto” (ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2. Ed., Lisboa: Ediforum, 2014, p. 18)

(<sup>16</sup>). Ver: *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 133-134.

### 3. CONTRADITÓRIO COMO REQUISITO PARA EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS

O contraditório, como visto, deve se fazer presente em todas as fases do procedimento. Se respeitado, portanto, esse imperativo do devido processo legal, às partes será assegurada participação na construção de todo e qualquer pronunciamento judicial. Nas sentenças judiciais de mérito, enquanto a decisão contida no elemento dispositivo atribui a uma das partes o direito que entre elas é controvertido, resolvendo, com isso, a crise de direito material que as levou a agirem em juízo, as decisões contidas no elemento lógico da sentença versam a respeito de diversas questões, algumas relacionadas com o próprio processo (pressupostos e requisitos de admissibilidade) e outras atinentes ao direito material e que estão ligadas ao mérito do processo por uma relação lógica de anterioridade. Antes de decidir a questão principal do processo o juiz resolve uma série mais ou menos extensa de questões que preparam o caminho para a decisão final. Essas são as chamadas “questões prévias”. Sob o ponto de vista lógico o critério de distinção entre as questões prejudiciais e as questões preliminares é encontrado no tipo de influência exercido por uma dessas questões na solução final da causa. A qualificação de prejudicial é dada às questões “de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras”; enquanto, a expressão “preliminar” é atribuída “aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu modo de ser, mas no seu próprio ser, isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento a solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas”.<sup>17</sup>

Não obstante o fato de o respeito ao contraditório por si só já assegurar a participação das partes nos debates em torno das questões prejudiciais, e tirante a constatação de que tais questões são conhecidas pelo magistrado como se questões principais fossem, dada a influência que exercem no resultado do julgamento do mérito da demanda,<sup>18</sup> o legislador brasileiro até então optara por não atribuir a essas questões a autoridade de coisa julgada. Segundo BARBOSA MOREIRA, a restrição da coisa julgada ao elemento dispositivo da sentença se justificaria pelas

---

(17). Ver: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

(18). Ver: como afirma BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES “não faz sentido afirmar que uma decisão foi proferida com cognição exauriente sem pressupor que os fundamentos que determinam o resultado do julgamento sustentam-se em cognição de idêntico grau” (*Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71).

seguintes razões: I) *respeito ao princípio da demanda*: “quem pede um pronunciamento sobre a relação condicionada nem sempre tem interesse em ver transpostos os limites em que, de caso pensado, confinou o *thema decidendum*, sem que, por outro lado, se possa contrapor ao da parte qualquer interesse público dotado de força bastante para tornar necessária a produção do efeito que ela quis evitar. A parte pode estar despreparada para enfrentar uma discussão exaustiva da questão subordinante, v.g., por não lhe ter sido possível, ainda, coligir todas as provas que, potencialmente, a favoreceriam, e no entanto, achar-se na contingência, por este ou aquele motivo, de ajuizar desde logo a controvérsia subordinada, em relação à qual já dispõe dos elementos indispensáveis”<sup>19</sup>; II) *provável conflito de competência*: “outro argumento ponderável, no mesmo sentido, é o que diz respeito à competência. Observa-se com justeza que reconhecer a *auctoritas rei iudicate* ao pronunciamento sobre a prejudicial significaria, em muitos casos, permitir que a questão fosse assim decidida, com tal força, por órgão no entanto incompetente para decidi-la como principal (...)”<sup>20</sup>; III) *incompatibilidade entre os procedimentos*: “o procedimento adequado à causa em que a questão se põe como prejudicial nem sempre será o mesmo que se teria de seguir para a causa em que ela se pusesse como principal. E as diferenças podem ser muito relevantes, por exemplo, se num deles a lei estabelece determinadas restrições à prova, insubsistentes no outro. Não seria razoável atribuir a força de coisa julgada a pronunciamento emitido sobre tal ou qual questão, em regime probatório diferente daquele que se reputou apropriado à discussão dela. Ter-se-ia escancarado a porta à *fraus legis*. A amplitude mesma do contraditório pode ser maior num dos procedimentos que no outro, com as consequências que intuitivamente se percebem”.<sup>21</sup>

Embora não constitua objeto deste ensaio análise detida dos fundamentos que justificam ou não a maior extensão dos limites objetivos da coisa julgada, convém registrar que em favor da tese que defende maior extensão da coisa julgada militam os seguintes argumentos: I) interesse público em resolver definitivamente uma questão que já se encontra em condições para tal; II) possibilidade de redução o fenômeno da contradição de julgados, ainda que essa contradição seja apenas lógica - chama a atenção, por exemplo, o fato de que a sentença que acolhe a demanda proposta pelo vendedor para a condenação do comprador ao pagamento do preço não contenha

---

(<sup>19</sup>). Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, pp. 90-91.

(<sup>20</sup>). Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 92.

(<sup>21</sup>). Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, pp. 94.

também o *acertamento* da relação de compra e venda entre as partes se essa questão foi objeto de discussão e debate entre as partes;<sup>22</sup> III) além disso, a maior amplitude do objeto da coisa julgada atende também a uma exigência de economia processual, pois com a extensão da coisa julgada às questões decididas na motivação da sentença é maior a tendência a se realizar a tutela do direito material em um único processo, evitando-se com isso que as mesmas questões retornem por vias diversas à apreciação do Poder Judiciário.

Com essa nova sistemática, de permitir a projeção da coisa julgada às questões prejudiciais, existe uma maior probabilidade de haver um processo integral que cuida do conflito de interesses na sua totalidade no lugar de diversos processos parciais.<sup>23</sup> Mas é evidente que tal instituto faz com que a litigância em juízo se torne uma atividade sobre a qual se requer mais atenção e técnica.

Independentemente dessas discussões, fato é que o legislador brasileiro positivou a regra que estende os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. Segundo o art. 503 do novo Código “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, e de acordo com o § 1º desse dispositivo “o disposto no *caput* aplica-se à resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo” se (I) “dessa resolução depender o julgamento do mérito”, se (II) “a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia”, e se (III) “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Para não haver dúvida quanto à impossibilidade de extensão da coisa julgada às questões não apreciadas a partir de uma cognição exauriente, o § 2º desse mesmo artigo é expresso no sentido de que “a hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Paralelamente, a apreciação de questões prejudiciais não é mais excluída do objeto da coisa julgada. Nesse sentido, de acordo com o art. 504, do novo Código de Processo Civil, apenas não compõem o objeto da coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inc. I), e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (inc. II).

---

(<sup>22</sup>). Ver: ALDO ATTARDI, In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1990, v. 44, n.2.

(<sup>23</sup>) - V. CARNELUTTI, **Sistema di diritto processuale civile**, 4ª ed., Padova, Cedam, 1936, p. 907-908. É a ideia de lide parcial e lide total, bem desenvolvida por CARNELUTTI.

Interessa, no presente ensaio, investigar os requisitos que autorizam a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, em particular o contraditório. Como se pode depreender da leitura do texto legal os requisitos exigidos para que a coisa julgada ultrapasse os limites do dispositivo da sentença são os seguintes: I) extensão da coisa julgada apenas às questões prejudiciais que foram decididas de maneira expressa pelo julgador; II) o juiz deve ser competente para conhecer da questão prejudicial; III) a referida extensão não ocorrerá se houver restrições probatórias ou à cognição da questão prejudicial; e além disso, IV) a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais apenas ocorrerá se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo. Esse é o requisito mais importante para que se proceda a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, pois ele supre um dos fundamentos suscitados por BARBOSA MOREIRA em favor da tese restritiva da coisa julgada: a falta de pedido expresso de julgamento por uma das partes da questão prejudicial. Parece claro que mencionada extensão só ocorrerá se o contraditório em torno da questão prejudicial tiver sido prévio *e efetivo*. Não basta, portanto, o contraditório meramente potencial. A coisa julgada apenas se estenderá às questões prejudiciais se as partes efetivamente deliberarem a seu respeito. O contraditório prévio e efetivo supre a ausência de pedido expresso da parte de resolução da questão prejudicial em caráter definitivo e legitima a imutabilidade de uma decisão, pois pressupõe a participação das partes pelo exercício de todos os seus poderes e faculdades processuais na construção da decisão jurídica.

#### **4. IDENTIFICAÇÃO DAS DECISÕES IMOTIVADAS**

No ordenamento jurídico brasileiro, a motivação constitui requisito de validade das decisões jurídicas por expressa determinação constitucional (CF/88, art. 93, inc. IX). O Código de Processo Civil de 1973, ademais, estabelece como um dos requisitos das decisões jurídicas a exposição pelo juiz dos fundamentos que conduzem ou não ao acolhimento do pedido do autor (CPC/73, art. 458, inc. II). Na tentativa de dar concretude a esses dispositivos, os tribunais brasileiros de sobreposição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua jurisdição, elaboraram algumas máximas para orientar a interpretação e a aplicação dessas normas. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considera motivada decisão mesmo que dela não conste exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas



suscitadas e produzidas pelas partes.<sup>24</sup> De acordo com essa orientação, para o Supremo Tribunal Federal, também deve ser considerada motivada decisão que se limita a se reportar aos fundamentos de outra decisão, a chamadamotivação *per relationem*.<sup>25</sup> O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, não considera nula a decisão motivada de maneira sucinta ou deficiente. Da análise que se faz dessas máximas e das decisões que as originaram, constata-se que os tribunais brasileiros ao julgarem adequada ou não determinada motivação preocupam-se por sobremaneira em não sobrecarregar os magistrados no exercício de sua função judicante. Afinal, uma fundamentação exauriente de todos os elementos da controvérsia demanda tempo e dedicação do magistrado à causa.

Merece ser analisada a adequação da motivação, não sob essa perspectiva, preocupada com o gerenciamento do Poder Judiciário, mas sim sob a ótica dos jurisdicionados, com o propósito de demonstrar o seguinte teorema: *não pode ser considerada motivada decisão que de alguma forma impossibilite o exercício do contraditório*.<sup>26</sup> Ciente de que deve explicitar seu convencimento, o julgador é levado a não decidir com base em motivos que não podem por ele ser expostos, sob pena de se caracterizar como arbitrária sua decisão. Se essa lógica se aplica em qualquer âmbito de poder, com maior razão isso ocorre nos casos em que se estabelece uma relação que revela determinada forma de manifestação do poder estatal.<sup>27</sup> Os agentes públicos

---

(<sup>24</sup>). Ver: STF, Repercussão Geral na QO no AI n. 791.292/PB, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 23.6.2010; STF, RE n. 418.416/SC, rel. Min SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 10.5.2006; STF, MS n. 26.163/DF, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 24.4.2008. Cumpre, no entanto, registrar entendimento divergente do Min. MARCO AURÉLIO externado quando do julgamento do AI n. 791.292/PB QO-RG: “Presidente, reporto-me ao voto proferido no caso antecedente e ressalto cumprir ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão judicante não está compelido a fazê-lo apenas quando o que articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial. Lembro-me de que certa vez me deparei, em nota de rodapé de uma publicação do Código de Processo Civil, com um precedente que considerei perigosíssimo. Segundo assentado, o juiz não é um perito e, portanto, não precisa se manifestar sobre todas as matérias de defesa veiculadas pela parte. *Digo que o juiz é um perito na arte de proceder e na de julgar e que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte.*” (grifo nosso)

(<sup>25</sup>). Ver: STF, AgRg no RE n. 628.511/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 26.8.2014; STF, EDcl no AgRg no AI n. 825.520/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 31.5.2011; STF, AgRg no AI n. 738.982/PR, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. em 29.5.2012; STF, AgRg no AI n. 816.840/RS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 2.12.2010.

(<sup>26</sup>). Ver, a respeito da motivação no Código de Processo Civil de 2015: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC”, in *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, mai/2015, pp. 169-174, esp. pp. 172-174.

(<sup>27</sup>). Ver: “(n)ella societa piu progredita l’imperium non ama scendere ai cittadini con la veste rude d’una volonta che se impone violentamente, ma in ogni campo dell’attivita dello Stato cerca l’aiuto d’un ragionamento che gli dia un imponderabile forza di natura ben diversa, una forza che parla all’anima e la convince e le fa riconoscere giusto il provvedimento dell’autorita” (FRANCESCO MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano: Giuffrè, 1963, p. 31). Nesse mesmo sentido: “la motivazione è prima di tutto la giustificazione, che vuol essere suasiva, della

em um Estado Democrático de Direito devem não só atuar segundo os ditames de sua Constituição como também tornar público o porquê de agirem dessa maneira. Essa tarefa, contudo, torna-se cada vez mais complexa nos dias atuais diante de contexto marcado por uma hiperinflação legislativa e, em especial, pela utilização de termos jurídicos indeterminados ou conceitos vagos para regulamentação de condutas sociais. A investigação sobre as causas desses fenômenos extrapola os limites deste ensaio, o que faz apenas com que se analise seu impacto na atividade judicial de justificativa das decisões.

Instado a aplicar dispositivos versados em termos indeterminados, o magistrado não mais passa a dispor da subsunção como técnica por excelência de seu raciocínio. A mera aplicação da lei ao caso concreto, a exigir do julgador a explicitação do nexo de pertinência entre as *fattispecie* abstrata e concreta, é então substituída por uma atividade complexa de justificação em que o magistrado deve, dentre outras atividades, (I) demonstrar o significado por ele atribuído a cada um desses termos indeterminados, (II) realizar juízo de ponderação, quando diante de conflito entre normas com caráter de princípio, e (III) indicar o estado ideal de coisas a ser promovido com a sua decisão. Caso assim não proceda, o magistrado tende a justificar suas decisões com base em expressões vazias que bem poderiam ser empregadas em casos diversos.<sup>28</sup>

Diante desse contexto normativo, o maior desafio dos juízes, em especial daqueles que compõem os Tribunais Superiores, é o de utilizar em suas decisões fundamentos universalizáveis, não particularistas, que possam ser replicados em decisões futuras,

---

bontà della sentenza. Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umano e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perchè è giusta: e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione” (PIERO CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, p. 96).

(<sup>28</sup>). Ver: “a observação de FRANZ NEUMANN no *Behemoth* [1942: 360-361] é primorosa: as frases ‘são nulos os contratos contrários à ordem pública, ou que sejam contrários à razão ou à moral’ e ‘será punido quem pratique um ato que a lei declara punível ou que, de acordo com os princípios de uma lei penal e de acordo com um saudável sentimento popular, merece punição’ não são regras jurídicas. Não são racionais e representam uma universalidade falsa, apesar do caráter geral de sua expressão. É frequente que a sociedade contemporânea não possa chegar a algum acordo quanto a determinada ação ser contrária à moral ou não razoável, se uma punição corresponde ou não ao saudável sentimento popular. Em outras palavras, esses conceitos carecem de conteúdo inequívoco. E conclui: ‘um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas a partir dos chamados princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um escudo que oculta medidas individuais’ (EROS ROBERTO GRAU, *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 11, pp. 22-23).

promovendo-se, com isso, a dispensa de tratamento isonômico aos jurisdicionados.<sup>29</sup> Esse reconhecimento dos Tribunais Superiores como Cortes de Precedentes, responsáveis também pela criação de direito na medida em que dão concretude aos dispositivos legais,<sup>30</sup> implica dever correspondente imposto aos magistrados das instâncias inferiores de justificar de maneira adequada a aplicação da *ratio decidendi* de um julgado anterior aos casos em análise. A aplicação desarrazoada de um precedente judicial produz decisões tão injustas como aquelas que aplicam a lei para fatos nela não previstos.<sup>31</sup>

Independentemente desses novos desafios impostos aos magistrados, algumas noções a respeito da atividade de justificação das decisões judiciais possuem caráter atemporal, como, por exemplo, a necessidade de a motivação ser (I) expressa, sendo vedada motivação implícita, por conta da violação que isso representaria ao imperativo da publicidade dos atos estatais; (II) clara, ou seja, desprovida de ambiguidades e contradições; e (III) logicamente sustentável.<sup>32</sup> Na motivação deverão constar, portanto, os fundamentos pelos quais o julgador decidirá desta ou daquela forma os pedidos deduzidos pelo autor na petição inicial. Isso significa que a motivação tenderá a espelhar o convencimento do julgador sobre o caso concreto, devendo ela, portanto, abranger (I) a interpretação das normas legais e jurisprudenciais aplicadas; (II) o reconhecimento dos fatos; (III) a qualificação jurídica da *fattispecie* e (IV) a declaração das consequências jurídicas derivantes da decisão.<sup>33</sup> Atendidos esses requisitos mínimos pode-se afirmar que a motivação cumpre as funções que dela são esperadas.

A motivação, sob o aspecto político de legitimação do poder estatal, é exigência fundamental do Estado Democrático de Direito e uma garantia contra o arbítrio judicial.<sup>34</sup> se os

---

(<sup>29</sup>). Ver: NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the rule of law*, New York: Oxford, 2005, pp. 78-100.

(<sup>30</sup>). Ver: LUIZ GUILHERME MARINONI, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014. DANIEL MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, São Paulo: RT, 2013.

(<sup>31</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. v. 51. n. 2. p. 315-28, 1997.

(<sup>32</sup>). Ver: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 18-21

(<sup>33</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, n. 5, e, esp. p. 450.

(<sup>34</sup>). Ver: é possível afirmar que essa função extraprocessual da motivação só se manifesta em um Estado de Direito. Tanto é assim que a obrigatoriedade da motivação somente passou a ser prevista na legislação dos países europeus a partir da segunda metade do século XVIII no arvorecer do iluminismo (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, n.1, pp. 1 e ss.). Ver: “A exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, hoje em dia, responde a duas necessidades. Uma delas é prestar contas à sociedade, nos Estados de Direito. Esta necessidade absorve a possível subjetividade da decisão e é um meio de se evitar a arbitrariedade. A outra é técnica: possibilita-se que da decisão se recorra. No recurso, ataca-se justamente a

casos submetidos aos órgãos jurisdicionais devem ser julgados com base em fatos provados e com a correta e imparcial aplicação do direito vigente, só podem assim ser por meio da exposição clara do caminho lógico que se percorreu para chegar à decisão.<sup>35</sup> A função precípua da motivação, portanto, sob essa ótica, consiste em tornar possível o controle externo, exercido pela opinião pública e pela sociedade em geral, sobre a correção da decisão judicial. Essa é a chamada função extraprocessual da motivação.<sup>36</sup>

Sob o ponto de vista endoprocessual, a motivação é reconhecida como um instituto que assegura um funcionamento mais racional dos órgãos jurisdicionais. Isso porque, ao persuadir as partes da justiça da decisão, a motivação reforça a autoridade da decisão tomada e com isso, desestimula a parte sucumbente a impugná-la<sup>37</sup> ou torna a irrisignação uma forma inaceitável de procrastinação e como tal, deve ser sancionada pelos meios que a legislação processual põem à disposição do julgador. Se isso não ocorrer e a parte decidir se insurgir contra a decisão que lhe é prejudicial, é a motivação que permitirá sejam individuados os vícios a respeito dos quais versarão as razões recursais. Por isso, não deve ser considerada motivada decisão que subtraia da parte que sucumbiu informações necessárias ao exercício do contraditório. Se o direito de ação, compreendido como o direito de praticar todos os atos processuais previstos em lei para obtenção de tutela jurisdicional definitiva, não comporta restrições de qualquer ordem, não pode o Poder Judiciário limitar o exercício desse direito deixando de fornecer informação necessária à parte que deseja se insurgir contra decisão que lhe foi desfavorável.<sup>38</sup> Se ao recorrente é imposto

---

fundamentação” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova ...” in *Desvendando o novo CPC*, Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim org., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 157-166).

(<sup>35</sup>). Ver: ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença*, Teresa Alvim (trad.). Revista de Processo, v. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 80.

(<sup>36</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, p.334.

(<sup>37</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, pp.374-375. A respeito dos escopos da motivação - subjetivo, técnico e público -, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, n.5, pp. 21-24.

(<sup>38</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, pp. 375-379; FRANCESCO PAOLO LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, 6. ed., Milano: Giuffrè, 2011, p. 43 e ss. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI assim resume todas as funções desempenhadas pela motivação das decisões judiciais: “a motivação deve ser expressa, clara, coerente e lógica, para demonstrar que o julgamento é legítimo, válido e justo. No plano subjetivo, o órgão dotado de jurisdição, evidenciará a *ratio scripta* que se construiu em sua mente. Persuadirá, outrossim, a parte sucumbente, mostrando-lhe que o decisum é resultado de verdadeira atuação do ordenamento jurídico. Os motivos da sentença, já quanto à vertente de natureza técnica, propiciam a análise crítica dos horizontes do julgado, ensejando, desse modo, a correta interposição de eventual recurso, bem como melhor exame, pelo órgão ad quem, da justiça e legalidade das decisões a ele submetida. Do ponto de vista constitucional, e, portanto, extraprocessual, vimos que a obrigatoriedade da motivação da sentença, sob controle generalizado e difuso, pressupõe a efetividade

o ônus de explicitar os motivos para que seja proferida nova decisão, sob pena de o recurso não ser conhecido, dele não pode ser cerceado o acesso às razões determinantes do julgamento que lhe foi desfavorável, ou então, estaria o jurisdicionado submetido a uma verdadeira situação kafkiana, já que não lhe seriam fornecidas condições de ele se ver livre do jugo estatal.<sup>39</sup> Como decorrência natural para o exercício do contraditório, quando do julgamento de regularidade da petição inicial, estabelece-se que referida peça será considerada inepta se ela não contiver elementos imprescindíveis à formação da controvérsia (descrição dos fatos, dos fundamentos jurídicos e dedução de pedido). Aplicando-se essa mesma lógica à sistemática dos recursos civis, tem-se que não será conhecido o recurso desprovido de razões. Ocorre que o julgamento negativo de admissibilidade só pode ocorrer se essa irregularidade formal do recurso for de responsabilidade exclusiva da parte. Caso, por outro lado, se constatar que referida irregularidade tem origem na ausência de fundamentação adequada da decisão impugnada, o julgamento lógico que se impõe é a declaração de nulidade dessa decisão.

A motivação suficiente e adequada, assim, é garantia apta a permitir um contraditório efetivo, capaz de, por um lado, tutelar a parte beneficiada de maneira adequada e por outro, possibilitar uma reação da parte contrária com fundamentos mais sólidos, se eles existirem. Apenas pontos colaterais ao litígio, não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa é que podem deixar de ser analisados pelo magistrado em seu exercício de justificação. O que não se tolera, contudo, são as omissões no essencial, naquilo que poderia inverter o resultado do julgamento. Isso viola os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença, chocando-se de frente com a garantia político-democrática do devido processo legal.<sup>40</sup>

Fixadas essas premissas respeitantes ao conteúdo da motivação e do contraditório, cumpre relacionar esses institutos a fim de identificar aquelas decisões que devem ser consideradas imotivadas segundo o Código de Processo Civil de 2015. Como visto, não se pode considerar motivada a decisão que de alguma forma impeça o exercício regular do contraditório. Com

---

das normas que garantem o direito de defesa e a imparcialidade e independência do juiz” (*A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 147)

(<sup>39</sup>). Ver: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, Rio de Janeiro, 1968, pp. 103-107.

(<sup>40</sup>). É de ENRICO TULLIO LIEBMAN: “non sarà necessario che la motivazione si soffermi su tutti i punti discussi dalle parti, ma dovrà dare sufficiente e convincente ragione della conclusione a cui Il giudice è per venuto nella decisione della causa” (*Manuale di diritto processuale civile*, II, 4a ed., Milão, Giuffrè, 1981, n. 270, p. 221).



relação à motivação, o legislador brasileiro adotou técnica peculiar de estabelecer hipóteses em que não se considerará fundamentada a decisão. Esse o teor do art. 489, §§1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015. A seguir serão analisadas cada uma dessas hipóteses a fim de demonstrar o quanto elas limitam o exercício do contraditório.

O art. 489, §1º, inc. I do Código estabelece que não será considerada fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. No afã de cumprir com a celeridade processual a todo o custo, muitas decisões reportam-se apenas ao texto normativo aplicável ao caso, seja por meio de mera indicação, reprodução literal, ou então, nos casos de maior sofisticação, por simples paráfrase. Não é levada à decisão qualquer informação significativa a respeito da incidência ou não de referido dispositivo legal ao caso concreto. De maneira didática, pode-se afirmar que os direitos são deduzidos no processo por meio da alegação de fatos que, se subsumidos na previsão da norma jurídica abstrata, são considerados aptos ou não a produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. A decisão judicial deve constituir, portanto, o ponto de chegada de uma atividade cognitiva do juiz que se debruça sobre estes três elementos em conjunto: fato, norma e efeito jurídico. Em linha de máxima é possível distinguir as decisões sobre uma questão de fato das decisões que envolvem uma questão de direito.<sup>41</sup> Enquanto as primeiras pressupõem uma atividade de caráter cognitivo, fundada sobre provas, que visa a declarar a verdade ou falsidade dos fatos da causa, as do segundo tipo pressupõem uma atividade hermenêutica, cujo escopo é individuar o significado de uma norma e as consequências jurídicas que dela derivam no caso concreto.<sup>42</sup> Uma decisão judicial não pode versar apenas sobre uma questão de fato ou sobre uma questão de direito, pois ambas não são merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico.<sup>43</sup> Em realidade, porém, o fundamento maior da vedação às justificativas

---

(<sup>41</sup>). Ver: “[a]ffermare che tale distinzione esiste non significa affermare che essa sia sempre facilmente individuabile, ne tanto meno che la complessa attività che va sotto il nome di 'giudizio' sia topograficamente separabile in due zone al loro interno omogenee, l'una corrispondente al giudizio di fatto e l'altra al giudizio di diritto. Al contrario, i due tipi di giudizio si connettono ed intersecano in vari modi secondo uno schema dialettico, soprattutto nella decisione finale, e non sempre è agevole la distinzione tra l'uno e l'altro; tuttavia, osservare che giudizio di fatto e giudizio di diritto sono intrinsecamente connessi e dialetticamente interdependenti non significa che il primo coincida col secondo, ne tanto meno che entrambi si confondano in un tertium genus indeterminato ed indefinibile sul piano razionale” (MICHELE TARUFFO, Giudizio (teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1988).

(<sup>42</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, Giudizio (teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1988.

(<sup>43</sup>). Ver: “oggetto (...) di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale contenziosa, possono essere solo diritti, situazioni giuridiche soggettive concrete (anche se future) e non meri fatti (anche se giuridicamente rilevanti) o norme: i fatti e



que se limitam a analisar as questões de fato ou as questões de direito de maneira isolada e estanque não é qualquer incompatibilidade de caráter lógico. O que se pretende com essa vedação nada mais é do que tutelar o direito de defesa e o exercício do contraditório. Um único fato, como se sabe, pode ser subsumido em mais de uma *fattispecie* legal e desse modo originar diversos efeitos jurídicos. Se o juiz não indicar precisamente qual é a *fattispecie*, a parte que sucumbiu não saberá quais desses efeitos é que atingirão a sua esfera jurídica. Por outro lado, também será violado o direito de defesa e o contraditório se o conteúdo da motivação se limitar a análise de uma simples norma jurídica, geral e abstrata. Normas desse tipo, como se sabe, por definição, podem ser aplicadas em uma série indefinida de *fattispecie* concreta. Se o juiz, ao justificar sua decisão, se limitar a indicar a norma aplicável ao caso e não indicar o porquê da sua incidência ao caso concreto, a parte que sucumbiu não terá condições de conhecer qual é o bem da vida efetivamente outorgado à parte vitoriosa, não conhecerá qual o fato principal que levou àquela decisão nem tampouco a prova que foi determinante para esse resultado.<sup>44</sup>

Segundo o art. 489, § 1º, inc. II do Código não se considera motivada decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Torna-se cada vez mais rotineira a utilização pelo legislador de termos jurídicos indeterminados ou conceitos vagos para a regulamentação das condutas sociais.<sup>45</sup> Isso desloca a

---

le norme sono elementi indispensabili che devono essere conosciuti dal giudice per potersi pronunciare sulla esistenza o inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma l'accertamento contenuto in ogni provvedimento giurisdizionale ha ad oggetto unicamente i diritti.” (ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5. ed., Napoli: Jovene, 2006, pp.138-140).

(<sup>44</sup>). Ver: “assim, se na decisão se diz: a decisão é x, porque a norma diz y, esta decisão carece de fundamentação, pois não se fez o *link* entre o texto da lei dito de outra forma – e os fatos da causa ((TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova ...” in *Desvendando o novo CPC*, Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim org., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 157-166)

(<sup>45</sup>). Ver: “o uso da norma jurídica que contém conceito vago ou indeterminado gera a necessidade de explicação mais densa, minuciosa e esclarecedora sobre os porquês de se aplicar justamente aquela norma ao caso concreto. Sabe-se que conceitos indeterminados (ou vagos) são aqueles que ensejam discussão, cujo referencial não é nítido no mundo dos fatos. Assim, e por isso, é necessário que se explique por que ‘José é um *bom pai de família*’, porque se está, em certo caso concreto, ‘atendendo ao *interesse público*’, porque ‘a marca X é notória’ etc. Sabe-se que legislar por meio do uso de conceitos vagos, nublados, indeterminados é técnica típica dos nossos dias. Às vezes, a lei se serve de conceitos precisos (por exemplo = um ano) mas, cada vez mais frequentemente usa conceitos que, linguisticamente, têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo = união estável, bom pai de família, interesse público etc.). Esses conceitos aparecem, aliás, na formulação de princípios jurídicos e de cláusulas gerais. Os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos. A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela

competência decisória do Poder Legislativo para o Judiciário que passa, portanto, a ter o dever de materializar esses termos à luz das especificidades de cada caso concreto que lhe é submetido.<sup>46</sup> Por exemplo, o art. 422 do Código Civil brasileiro estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Referidos princípios manifestam-se de maneira diversa em cada espécie contratual, por isso incumbe ao magistrado em sua justificação explicitar cada um dos deveres de conduta esperados em função da incidência desses princípios. Se não for explicitada a materialização atribuída pelo juiz ao termo jurídico indeterminado, a parte que sucumbiu não terá, em suma, conhecimento da conduta reputada reprovável pelo magistrado.<sup>47</sup>

---

imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais, como já se comentou antes. Conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Embargos de declaração e omissão do juiz*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, pp. 277-278).

(<sup>46</sup>). Ver: CARLOS ARI VIEIRA SUNDFELD assim resume o desafio do julgador diante da necessidade de aplicar os princípios jurídicos: “ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*. Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de *elementos especiais de ordem institucional* que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (*ônus da competência*). Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que se vai aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e ainda de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*)” (Princípio é preguiça, in. *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287 e ss).

(<sup>47</sup>). Ver: “Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória – e não podem fazê-lo superficialmente. Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial. Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria. É preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar; é soltar fumaça” (CARLOS ARI VIEIRA SUNDFELD, Princípio é preguiça, in. *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304 e ss.). Ver: “Não é possível se entender que esta regra já não exista no sistema. O que o NCPD faz não é senão deixá-la absolutamente clara ... mas evidentemente não se pode fundamentar com simplicidade uma decisão em que se considera, por exemplo, que certo contrato não cumpre a sua função social” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova ...* in *Desvendando o novo CPC*, Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim org., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 157-166)

O art. 489, § 1º, inc. III estatui que não será considerada motivada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Apenas frases de efeito na fundamentação merecem total repulsa, porque nada esclarecem e dão a impressão de que o julgador não examinou nos autos. Algumas decisões são, infelizmente, compostas por frases que poderiam estar em todo e qualquer ato decisório e nada trazem de novo. Daí a necessidade da inteireza da motivação (completezza) com o exame das peculiaridades de cada caso. É de TARUFFO: “o parâmetro com base no qual deve ser avaliada a inteireza da motivação é constituído pelas exigências de justificação surgidas em relação à decisão, sendo pois um parâmetro cujo significado varia sensivelmente em cada caso concreto, o que conseqüentemente torna pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato”.<sup>48</sup>

Segundo o art. 489, §1º, inc. IV, não é fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Tal vício de motivação representa negativa de prestação da tutela jurisdicional e acarreta violação direta ao princípio do contraditório, pois este também deve ser compreendido como o direito das partes de obterem manifestação judicial a respeito das alegações que elas reputam sustentarem suas pretensões jurídicas. De nada adianta consagrar constitucionalmente o acesso à justiça, se os juízes deixarem de cumprir a sua missão de resolver os conflitos com justiça, respondendo motivadamente sim ou não aos anseios das partes. Fragilizado resta assim o escopo social da jurisdição de pacificar com justiça, pois a parte que não teve seu argumento apreciado tende a manter a sua litigiosidade em relação ao seu adversário.<sup>49</sup>

O art. 489, §1º, incs. V e VI do Código trata da motivação das decisões que aplicam manifestações dos Tribunais. De acordo com o mencionado inc. V, não se reputará fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus

---

(<sup>48</sup>). Ver: MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, n. 5, e, esp. p. 450.

(<sup>49</sup>). Ver: “não se trata, em absoluto, de exigir que o juiz ou o tribunal respondam a um ‘questionário’. Trata-se, isto sim, de mostrar ao juiz o seu dever, que é o de OUVIR as partes, o que deve demonstrar ter feito na fundamentação da sentença. São os contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório e nada mais. O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido de terem a oportunidade de afirmar e demonstrar o direito que alegam ter. Elas têm o direito de ser ouvidas! De fato, o contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial, que assista ao diálogo entre as partes (alegações + provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ver consideradas as suas alegações, ainda que estão não sejam acolhidas, se se tratar de alegações que poderiam ter levado a uma decisão diferente daquela que foi proferida”. (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova ...*” in *Desvendando o novo CPC*, Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim org., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 157-166).

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, já consoante o referido inc. VI não é considerada motivada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Costuma-se fazer a distinção entre os ordenamentos de *common law* e de *civil law* com base na diversa autoridade que seria conferida por cada um deles aos precedentes judiciais. Enquanto nos ordenamentos de *common law* os precedentes seriam vinculantes, de acordo com a regra do *stare decisis*, nos ordenamentos de *civil law* eles possuiriam apenas um caráter persuasivo. A jurisprudência, nos ordenamentos de *civil law*, portanto, não costuma ser considerada uma fonte primária de direito, a ponto de não se considerar adequada a motivação de uma sentença em que apenas se faz referência a um precedente judicial aplicável ao caso, sendo necessária também a indicação do dispositivo legal que o embasa.<sup>50</sup> Essa distinção, contudo, não representa mais do que um antigo estereótipo.<sup>51</sup> Isso porque, por um lado, os juízes de *common law*, ao decidirem uma controvérsia, não são obrigados a se ater sempre ao teor de um precedente. São, aliás, por todos conhecidas as técnicas que eles utilizam para evitar tal vínculo quando consideram que o precedente seja injusto ou já tenha sido superado (*distinguishing, overruling*). Não bastasse isso, por outro lado, nada impede que um precedente de *civil law* tenha caráter formalmente vinculante com expressa previsão legal inclusive. Em algumas hipóteses essa previsão está contida até mesmo no próprio texto constitucional. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, possuem essa característica. Para as decisões definitivas de mérito proferidas nessa sede, o art. 102, §2º da Constituição Federal brasileira estabelece que elas produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos órgãos e entidades da Administração Pública em todas as esferas da Federação. Independentemente dessa discussão a respeito da natureza jurídica das manifestações judiciais, sejam elas consideradas fontes de

---

(<sup>50</sup>). Ver: NICOLA PICARDI, Appunti sul precedente giudiziale, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1985, ano XXXIX.

(<sup>51</sup>). Ver: “constata-se realmente que, considerando o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo de *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*.” (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 25).

direito ou não, fato é que cada vez mais a elas se faz referência nas decisões judiciais, seja porque, por um lado, isso diminui o esforço argumentativo dos magistrados, seja porque, por outro lado, agindo assim, maior é a probabilidade de ser dispensado tratamento isonômico aos jurisdicionados. Ademais, observar a chamada *ratio decidendi* de um julgado anterior no julgamento de novos casos tem sempre grande relevância, na medida em que isso assegura benefícios para o sistema, como, por exemplo, a previsibilidade de uma determinada interpretação jurisprudencial, outra forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.<sup>52</sup> Os magistrados, contudo, para que suas decisões sejam reputadas como justas, ao utilizarem determinada norma jurisprudencial, têm o ônus de demonstrar as razões da sua aplicação ou não ao caso concreto, o que implica a necessidade de analisar as particularidades de cada caso, do precedente e do caso em exame, para demonstrar que em função da similitude fática entre eles é justificável a aplicação da mesma razão de decidir. Além disso, caso se considere que o entendimento jurisprudencial aplicável a princípio ao caso encontra-se superado, tem o magistrado o ônus de demonstrar, no caso de superação do entendimento, quais as razões que o levaram a não aplicar a regra jurisprudencial ao caso concreto. Só assim, a parte que sucumbiu terá condições de se insurgir contra essa decisão para demonstrar que a superação apontada pelo magistrado não encontra correspondência na realidade e, portanto, não se justifica.<sup>53</sup>

---

(<sup>52</sup>). Ver: “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*). Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. (...) Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada a *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como *precedente vinculante* em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”. (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, pp. 171-175).

(<sup>53</sup>). Ver: “O peso do ônus do afastamento de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte foi, felizmente, levado em consideração pelo CPC projetado. Não podem, como hoje, usualmente se faz, ser pura e simplesmente ignorados, como se aquele caso estivesse sendo posto à apreciação do Judiciário pela primeira vez. Deve, o magistrado, juiz, desembargador ou ministro do tribunal superior, demonstrar que o caso a ser julgado apresenta peculiaridades em relação àquele sobre o qual versa o precedente ou a jurisprudência, e àqueles que deram origem à súmula. Pode, em vez disso, demonstrar que o afastamento da tese contida na súmula ou dos fundamentos



Por fim, o art. 489, §2º do Código determina 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”. É ínsito aos princípios jurídicos, independentemente da teoria que se adote para explicar a natureza dessas normas jurídicas, um estado latente de tensão e de conflito uns com os outros. A opção pelo predomínio de um princípio sobre o outro, contudo, não pode se dar de maneira arbitrária, conforme a conveniência do magistrado. É preciso que ele explicita cada um dos passos por ele realizados no juízo de ponderação para optar por um ou outro dos princípios em conflito. Esse juízo, como se sabe, compreende uma análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida adotada. Sob a ótica da adequação, o juiz deve demonstrar em síntese que a medida por ele adotada é apta a realização do fim almejado e sob a ótica da necessidade, ele deve analisar as medidas alternativas a essa e que possam promover o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais em conflito. Por fim, ao realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deve responder em síntese às seguintes perguntas para que sua decisão possa ser considerada motivada: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”.<sup>54</sup>

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

A atividade de justificação das decisões judiciais acompanha o contexto sociocultural em que inserido o procedimento estatal de resolução de controvérsias. Na atual configuração dos Estados Democráticos de Direito, típicos da civilização capitalista ocidental, em que estão consagrados direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, não se pode conceber a figura de um juiz que resolva os conflitos jurídicos que lhe são submetidos sem explicitar de maneira adequada os motivos determinantes que o levaram a agir dessa maneira. Em tal ambiente, por conta da função bloqueadora desempenhada pelo princípio do contraditório, não deve ser considerada motivada a decisão que de alguma maneira impossibilite a insurgência da parte que sucumbiu porque dela foi suprimida informação relevante de convencimento judicial. É correto, portanto, afirmar que não será considerada motivada a decisão que não se atenta às

---

determinantes (*ratio decidendi*) do precedente ou da jurisprudência estão superados” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Embargos de declaração e omissão do juiz*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 283)

(<sup>54</sup>). Ver: HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.3, pp. 175 e ss.



peculiaridades do caso concreto, porque isso implica violação ao princípio do contraditório. Atento a isso, o Código de Processo Civil de 2015 bem tutelou o contraditório com a positivação no art. 489 de hipóteses em que não se considerará fundamentada a decisão. O contraditório, além disso, conforme se procurou demonstrar também é tutelado de maneira adequada pelo novo Código com a vedação às decisões-surpresa e com o seu reconhecimento como requisito para extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2. Ed., Lisboa: Ediforum, 2014.
- ATTARDI, ALDO In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1990, v. 44, n.2.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, Rio de Janeiro, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- CALAMANDREI, PIERO. *Processo e democrazia*, Padova: CEDAM, 1954.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1936.
- COMOGLIO, LUIGI PAOLO *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino: Giappichelli, 2004.
- FAZZALARI, ELIO *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996. p. 29.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- GRAU, EROS ROBERTO. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 11.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4a ed., Milão, Giuffrè, 1981, n. 270,
- LOPES, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS “Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC”, in *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, mai/2015.

\_\_\_\_\_. Garantia do tratamento paritário das partes, in *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 5, pp. 102-108.

\_\_\_\_\_. Novas Tendências na Estrutura Fundamental do Processo Civil, in *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 88, p. 145-172, nov. 2006.

LUISO, FRANCESCO PAOLO *Diritto processuale civile*, vol. I, 6. ed., Milano: Giuffrè, 2011.

MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*, New York: Oxford, 2005.

MARINONI, LUIZ GUILHERME *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014.

MENESTRINA, FRANCESCO *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano: Giuffrè, 1963.

MITIDIERO, DANIEL *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, São Paulo: RT, 2013.

PERROT, ROGER. SOLUS, HENRY. *Droit judiciaire privé*, vol. I, p. 22.

PICARDI, NICOLA. *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1985, ano XXXIX.

PISANI, ANDREA PROTO *Lezioni di diritto processuale civile*, 5. ed., Napoli: Jovene, 2006.

RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA. *O novo processo civil. Os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

STF, Repercussão Geral na QO no AI n. 791.292/PB, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 23.6.2010.

STF, RE n. 418.416/SC, rel. Min SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 10.5.2006.

STF, MS n. 26.163/DF, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 24.4.2008.

STF, AgRg no RE n. 628.511/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 26.8.2014.

STF, EDcl no AgRg no AI n. 825.520/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 31.5.2011.

STF, AgRg no AI n. 738.982/PR, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. em 29.5.2012.

STF, AgRg no AI n. 816.840/RS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 2.12.2010.

SUNFELD, Carlos Ari Vieira. *Princípio é preguiça*, in *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, MICHELE *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, n. 5.

\_\_\_\_\_. Giudizio (teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1988.

\_\_\_\_\_. Idee per una teoria della decisione giusta, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. v. 51. n. 2. p. 315-28, 1997.

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E A *motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 18-21

\_\_\_\_\_. *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova ...” in *Desvendando o novo CPC*, Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim org., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 157-166.

\_\_\_\_\_. *Embargos de declaração e omissão do juiz*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2014.