

## **A necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, propostas do novo Código de Processo Civil**

The need for reasoning in judicial decisions, the proposal included in the new Code of Civil Procedure

*Gabriela Natacha Bechara<sup>1</sup>*

*Juliana Borinelli Franzoi<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Este artigo apresenta reflexões sobre dois temas contemporâneos que podem ser extraídos da leitura do artigo 499 previsto no texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, que trata do “Código de Processo Civil”: a fundamentação das decisões judiciais e seu reflexo através do papel dos precedentes jurisprudenciais para a construção de um sistema jurídico mais seguro e do debate teórico sobre a colisão entre normas e a aplicação racional dos critérios gerais de ponderação. A intenção do legislador parece ser bem vinda em um momento processual brasileiro em que faz-se necessária a fundamentação da decisão judicial, no sentido mais amplo possível. Por isso, o artigo em exame deve trazer benefícios ao sistema processual brasileiro, pois decisões fundamentadas refletem maior compreensão das normas de conduta e segurança jurídica aos jurisdicionados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentação; Decisão Judicial; Precedentes; Ponderação.

**ABSTRACT:** This paper presents reflections on two contemporary themes that can be drawn from a reading of Article 499 provided for in the substitute text to the Bill n 8046/2010 , dealing with the " Civil Procedure Code " : the reasoning of court decisions and its reflection through the role of precedents for building a safer and theoretical debate about the collision between norms and the rational application of the general criteria weighting legal system. The intention of the legislature appears to be welcome in a Brazilian procedural moment is needed the reasoning of the judgment , in the broadest possible sense. Therefore , the article in question should benefit the Brazilian legal system, because informed decisions reflect greater understanding of the rules of conduct and legal certainty for jurisdictional.

**KEYWORDS:** Grounds; Judicial Decision; Precedent; Weighting.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de Teoria, Filosofia e História do Direito. Bolsista Capes. Endereço eletrônico: gbechara@gmail.com

<sup>2</sup> Mestranda do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de Direito, Estado e Sociedade. Endereço eletrônico: julifranzoi@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional – atualmente na Câmara de Deputados - a atualização do Código de Processo Civil, no intuito de modernizar a condução dos processos cíveis.

Alguns aspectos revelaram a necessidade de um novo diploma. Dentre eles, se pode destacar a falta de uma relação sistemática entre a Constituição e a concepção contemporânea do Processo Civil, bem como a falha sistematicidade interna do atual Código após inúmeras reformas legislativas.

O Código de 1973 viu nascerem alterações substanciais nos institutos do próprio Direito Civil brasileiro, como a lei do divórcio (Lei 6.515/77), uma nova Constituição Federal (1988), o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 9.069/90), as leis orgânicas do Ministério Público (Lei 8.625/93) e da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94), a lei de arbitragem (Lei 9.307/96), um novo Código Civil (Lei 10.046/02) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

Sem dúvidas, a norma processual civil deve estar ajustada ao texto constitucional, uma vez que este é o fundamento de validade de todas as demais normas infraconstitucionais.

Mesmo com um texto legal coeso e moderno, é reconhecido o importantíssimo papel das decisões proferidas pelos tribunais quando da interpretação dos dispositivos legais.

Neste ponto é que se sobressai o relevante o papel da jurisprudência para a uniformização na aplicação das normas. Decisões divergentes geram insegurança jurídica nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. (OLIVEIRA, 2012, p. 681)

Por outro lado, também é importante que as decisões judiciais sejam claras, adequadas, pertinentes, para que a sociedade conheça a norma de conduta a ser seguida.

A par dessas considerações, uma das inovações aduzidas pelo novo texto legal é a de normatizar que as sentenças proferidas pelos magistrados sejam coesas e completas. Para isso, introduz um artigo específico, que trata sobre os elementos, requisitos e efeitos da sentença.

O dispositivo versa da seguinte forma:

Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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 limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Atento a importância das decisões judiciais no preenchimento das lacunas legais, o legislador foi coerente e muito específico, apresentando um verdadeiro manual a ser seguido pelos magistrados quando da elaboração de suas sentenças.

As hipóteses arroladas pelo legislador no parágrafo primeiro, que detalham minuciosamente o conceito de fundamentação das decisões judiciais, demonstram a preocupação de construir a aceitação da decisão judicial pelos jurisdicionados, quando a mesma se mostrar coerente.

Ademais, outros dois grandes temas do direito contemporâneo são facilmente identificáveis no dispositivo acima: o primeiro, sobre a necessidade de unificação da jurisprudência, diante do asoberbamento dos tribunais, com a conseqüente valorização dos precedentes.

O segundo tema vem a partir da leitura do parágrafo segundo, que levanta a preocupação do legislador para que a sentença explicita o manejo dos critérios gerais de ponderação, quando no caso concreto houver colisão entre normas.

No entanto, existe grande discussão sobre o recurso à ponderação ou ao sopesamento como método de decisão, principalmente sobre se é possível aplica-lo de forma racional.

A possibilidade do desenvolvimento de critérios racionais de decidibilidade vem sendo frequentemente abordado pela literatura jurídica. Além disso, a expansão do

método traz a tona a reflexão sobre a inclusão expressa de ideias constitucionais no texto legal ordinário.

Desta forma, interessante abordar algumas linhas sobre a preocupação do legislador em racionalizar cada vez mais as decisões judiciais, e investigar se são possíveis as pretensões de racionalidade ou objetividade de fundamentação dos juízos ponderativos.

Para isso, este artigo examina, a seguir, os dois temas contemporâneos que podem ser extraídos da leitura do artigo 499 do novo CPC: a fundamentação das decisões judiciais e o papel dos precedentes jurisprudenciais para a construção de um sistema jurídico seguro e o debate teórico sobre a colisão entre normas e a aplicação racional dos critérios gerais de ponderação.

## **2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PAPEL DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS**

Mesmo pensando em um texto normativo completo, como antes registrado, quando o juiz soluciona conflitos de normas, supre lacunas ou preenche os claros da lei, também cria regras de direito. (CAMARGO, 2012, p. 574)

No Brasil, a fundamentação legal das decisões judiciais é obrigatória, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”*.

Em análise a proposta no novo texto do Código de Processo Civil, dentre as hipóteses arroladas pelo legislador como não suficientes para caracterizar a fundamentação da decisão, merecem destaque aquelas contidas nos incisos V e VI. Vejamos novamente:

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

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

Sem dúvidas, esses dois incisos revelam a importância que os precedentes judiciais vêm adquirindo no sistema jurídico brasileiro. Explica-se:

O *Civil Law* é o sistema jurídico oficialmente adotado no Brasil, o que basicamente significa que a principal fonte do Direito adotada aqui é o texto normativo - a Lei. Entende-se, portanto, que o direito nasce do Poder Legislativo, e que nesse sistema, podemos falar, basicamente, em influência da jurisprudência na formação do direito, e não na criação do direito.

Mas a complexidade da sociedade contemporânea, somada à ampliação ao acesso à justiça, demonstram com veemência que o direito positivo, pura e simplesmente considerado, não é um instrumento adequado para resolver problemas que se colocam diante do juiz.

A experiência jurídica mostra que o ordenamento possui lacunas e, com alguma frequência, é insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador, e a atuação do intérprete passa necessariamente a desempenhar função integrativa. (TUCCI, 2004, p. 202)

Diante disso, é possível afirmar que é tradição do *civil law* o fato de as decisões judiciais serem fundamentadas em texto legal e, por consequência, que o papel do precedente ficava sempre dissimulado atrás de uma aparente interpretação da lei.

Mas ante as propostas de inovação legislativa como as ora analisadas, nota-se que o sistema brasileiro vem abrindo-se progressiva e rapidamente à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais.

Quanto a diferença entre os termos “jurisprudência” e “precedente”, explica Pedro Miranda de Oliveira (2012, p. 704 e 705), que a jurisprudência explicita o entendimento (consensual, dominante ou sumulado) de determinado tribunal acerca de uma questão jurídica ou sobre a exegese de um texto legal. O grupo de arestos que não refletem a posição dominante dos tribunais é preferível a referência a simples precedentes. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante.

Na mesma linha, Evaristo Aragão Santos (2012, p. 145) explica que enquanto o termo jurisprudência designa a massa de decisões, normalmente em sentido constante, produzida por determinado órgão judicial, o termo precedente judicial, sem sentido amplo, expressa a ideia de uma decisão potencialmente relevante para influenciar no julgamento de outros casos no futuro.

Segundo aponta Tucci (2012, p. 111-119), o direito brasileiro adota um modelo *misto* quanto à eficácia dos precedentes judiciais, a saber: (a) precedentes com eficácia

meramente persuasiva, como as súmulas do STJ; (b) precedentes com relativa eficácia vinculante, como a súmula impeditiva de recurso; e c) precedentes com eficácia vinculante, como as súmulas do STF, decisões do STF e dos Tribunais de Justiça no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, e as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos.

Os precedentes, de forma geral, são um modo, em maior ou menor escala, de persuadir os futuros julgamentos. O precedente vertical, que potencializa a persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores. O precedente horizontal, diferentemente, é emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente. (OLIVEIRA, 2012, p. 704)

Assim, a fundamentação que se refere o novo artigo 499, de uma decisão com base em um precedente, deve guardar absoluta pertinência substancial com o caso sob apreciação, sob pena de incoerência e sobretudo de insegurança jurídica.

Com a possibilidade de decidir fundamentando em precedentes, nos parece que haverá significativo incremento da isonomia, uma vez que casos iguais realmente passariam a receber o mesmo tratamento, o que também acentuaria a previsibilidade dos julgamentos.

Da mesma forma, conclui Evaristo Aragão Santos (2012, p. 153), os advogados não apenas poderiam predizer com muito mais objetividade qual seria a postura do Judiciário antes de iniciarem a demanda; os julgadores exercitariam sua visão prospectiva, pois passariam a ter a objetiva consciência de que suas decisões também serviriam de diretriz para o julgamento de outros casos e, mais do que isso, para estabelecer uma pauta de conduta para o jurisdicionado, incentivando a formação dinâmica do precedente no âmbito do sistema jurídico.

Para atingir estes objetivos, o texto do artigo 499, §1º, V é claro: não basta que o julgador invoque precedente ou enunciado de súmula, sendo necessário que identifique os fundamentos determinantes contidos naqueles e mostre que o caso sob julgamento se ajusta aos mesmos fundamentos.

Da mesma forma, de acordo com o inciso VI, se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, o julgador haverá que demonstrar a distinção daqueles com o caso em julgamento ou a superação de tal entendimento.

Tucci (2012, p. 108) apresenta as causas de superamento de determinada tese jurídica, e explica as hipóteses em o precedente judicial perde normalmente o seu *status*: (a) quando desponta contraditório; (b) torna-se ultrapassado; (c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, (d) encontra-se equivocado.

Por conta disso é que o novo texto processual, mais adiante, no título relativo à sentença, traz um capítulo reservado ao precedente judicial (artigos 520 e 521). E no longo rol de parágrafos e incisos do artigo 521 aparecem regras para a adoção dos precedentes, dentre as quais o escalonamento hierárquico das decisões tomadas como tal, conforme o tribunal de onde se originem:

Art. 521 (...)

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

Algumas orientações gerais para a superação do precedente vêm listadas no parágrafo primeiro do mesmo art. 521, embora as hipóteses dos incisos II e III deixem matéria de suma importância um tanto abertas:

§ 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a VI do caput deste artigo.

Por todo o exposto, podemos concluir que foi positiva a proposta legal trazida no parágrafo primeiro do artigo 499, sobre os precedentes judiciais, que constituirão valiosos subsídios que auxiliarão a hermenêutica de casos concretos.

Caberá aos magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca da definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificção plausível, a função monofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal. (TUCCI, 2012, p. 113)

Muitas vezes, a inexistência de fundamento legal explícito a embasar algum raciocínio decorre no próprio sistema jurídico, já que não há como o legislador prever e normatizar todas as relações sociais. Eis então a importância da normatização e utilização dos precedentes judiciais em nosso sistema processual.

### **3 COLISÃO ENTRE NORMAS E OS CRITÉRIOS GERAIS DE PONDERAÇÃO**

Na mesma linha da preocupação com a transparência do julgado, com a força persuasiva que deve desprender-se das decisões e da contribuição para a paz social que a decisão judicial criteriosamente construída pode oferecer, o texto do parágrafo segundo do mesmo artigo 499 torna lei a necessidade de o julgador revelar o critério de que se valeu para hierarquizar, no caso concreto, as normas conflitantes.

Vejamos novamente:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Com a complexidade social, a regulação jurídica excessiva dela decorrente e a constitucionalização do Direito, tornou-se rotineiro identificar o substrato de conflitos de interesses como colidência entre princípios. Em um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes. Essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si.

Tão comum como o diagnóstico também tornou-se a indicação do tratamento, qual seja, a teoria da ponderação de valores, originalmente proposta por Robert Alexy, mas que já sofreu adaptações, simplificações e variações inerentes a toda popularização.

A teoria da ponderação traz uma ideia de interpretação constitucional, que supera a interpretação jurídica tradicional do método subsuntivo (fundado em um

modelo de regras). Trata-se do desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.

Em uma simples consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal Federal se pode constatar que a nossa Corte Constitucional utiliza a técnica da ponderação em suas decisões, aplicando-a em discussões sobre direitos fundamentais, direito econômico, administrativo, tributário, penal.

Trata-se, pois, de expandir o método do âmbito constitucional, para a segunda e primeiras instâncias julgadoras. A positivação do instituto da ponderação irá influenciar consideravelmente a sua utilização no âmbito específico do processo civil.

A primeira vista, parece que a positivação pretende corrigir a atual ideia de que a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão. Hoje, ao invocar a ponderação, a aplicação da proporcionalidade ou razoabilidade, o julgador parece apenas reforçar a carga argumentativa da sua decisão, e justamente desobriga-se de fundamentá-la corretamente.

A utilização equivocada da ponderação acarreta em decisões irracionais, pouco transparentes, subjetivas, inseguras, uma vez que não se explicita a aplicabilidade do conceito de proporcionalidade ao caso concreto.

A intenção legislativa parece querer combater a falta de coerência teórico-argumentativa das decisões judiciais, porque apesar de justificar-se a colisão de direitos fundamentais e a necessidade de sua consequente relativização, atualmente deixa-se de fundamentar consistentemente a escolha pelo direito que deverá prevalecer na referida colisão.

No entanto, não há como prever se a previsão legal do parágrafo segundo do artigo 499, sobre a obrigatoriedade do magistrado expor os critérios gerais da ponderação efetuada, irá trazer de fato mais benefícios aos jurisdicionados.

Isto porque, permanecem indefinidos os contornos teórico-jurídicos da ponderação de princípios. Não há precisão sobre como racionalizar as regras sobre o sopesamento. (GORZONI, 2011)

Há muita discussão sobre o assunto:

Ao estudar o tema, o alemão Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (2012), iniciou demonstrando a importância da distinção entre princípios e regras, principalmente para se chegar ao entendimento de como se soluciona o conflito entre regras e a colisão entre princípios.

Para o autor, o conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida ela deve ser aplicada ao caso concreto, valendo, dessa forma, também suas consequências jurídicas, pois estão contidas dentro do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2012)

Um conflito entre regras – antinomia – deve ser resolvido pelos critérios da anterioridade (norma posterior revoga norma anterior), especialidade (norma especial derroga norma geral) e hierarquia (norma hierarquicamente superior se sobrepõe à uma norma hierarquicamente inferior). (ALEXY, 2012)

Por outro lado, Alexy define princípios como mandados de otimização. Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens ou valores, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade. É com o sopesamento dos princípios que o órgão jurisdicional conseguirá decidir a intensidade da medida devem estes ser satisfeitos. (ALEXY, 2012)

O raciocínio de Alexy passa pela construção na qual o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). (ALEXY, 2012)

Barroso (2009, p. 334) aponta que a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Gilmar Mendes (1988, p. 38-40) aduz que o princípio da proporcionalidade seria o critério orientador e garantidor que a relação entre o fim que se pretenda alcançar e o meio utilizado seja racional e proporcional.

Mas a teoria dos direitos fundamentais de Alexy tornou-se alvo de críticas por diversos autores. A estrutura interna do raciocínio ponderativo gera muitas críticas relacionadas à racionalidade, estrutura e metodologia, no que diz respeito às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. (GORZONI, 2011)

Os autores Dimoulis e Martins (2012, p. 212-213) explicam que por mais que pareçam rebuscados os modelos de ponderação e sopesamento axiológico apresentados por Alexy, faltam-lhe uma medida objetiva:

Assim sendo, não é suficiente dizer que o método da ponderação é marcado por “limites de racionalidade”, admitindo que a decisão do julgador sempre terá elementos subjetivos e não passíveis de consenso e de controle intersubjetivo. É necessário entender que, a partir do momento em que começa a subjetividade na interpretação (o que sempre ocorre na ponderação

stricto sensu ), o julgador excede os limites de seu poder, pois apresenta como eventualmente inconstitucional uma norma que simplesmente não é de seu agrado.

Outro equívoco dos defensores do modelo principiológico consiste em afirmar que certas cautelas metodológicas permitem encontrar a melhor forma de harmonização dos direitos fundamentais, graças aos conhecimentos, às capacidades técnicas do julgador, à sua vinculação a precedentes e à sua capacidade de promover um diálogo interinstitucional. Na verdade, o controle de constitucionalidade não deve se preocupar com as melhores soluções nem com a identificação da mais capacitada ou eficiente autoridade estatal. A pergunta é tão somente se certa intervenção (ou omissão) estatal é inconstitucional. O julgador que enfrenta essa questão não pode se valer de seu poder decisório para “ajustar” ou “calibrar” decisões, segundo seu próprio entendimento.

Dito de outra forma, a proporcionalidade stricto sensu tem o condão de ferir tanto o princípio da separação de funções estatais quanto o princípio democrático: ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas. E ignorar que, acima das relações empíricas entre intervenção e propósito estatal, está à ponderação stricto sensu do legislador. Tal ponderação cabe somente ao legislador, em se considerado sua legitimação democrática e constitucional organizacional.

Luigi Ferrajoli (2012, p. 46-47) alerta que a ideia de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação ao invés de aplicação gera perigo: parece que a ponderação é o único tipo de racionalidade pertinente aos princípios, em oposição à subsunção, que, ao contrário, caberia apenas as regras.

Ferrajoli (2012, p. 50) questiona se o que os juízes ponderam nos casos concretos são os princípios ou as circunstâncias de fato que, em tais casos, justificam a sua aplicação? A ponderação ocorre em qualquer atividade jurisdicional, onde se dá o concurso de normas diversas, sejam elas regras ou princípios.

Conclui o autor que bem mais do que no modelo principialista e argumentativo – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre os direitos à ponderação judicial, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição -, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. (FERRAJOLI, 2012, p. 53)

Para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 137-138), o princípio da proporcionalidade é o limite dos limites (limitações a que o legislador está sujeito quando estabelece fronteiras ao exercício dos direitos fundamentais) mais significativo do Tribunal Constitucional Federal.

Para esses autores, adequação e necessidade já propiciam um juízo técnico suficiente para resolver conflitos. Na prática, o controle da proporcionalidade é sobretudo um controle de necessidade. Se um bem ou interesse público apenas pode ser, na realidade, alcançado pelo elevado preço de uma ingerência nos direitos fundamentais, então pode-se ver precisamente aí a prova do seu elevado valor. O controle da proporcionalidade em sentido restrito tem o significado de um controle de conformidade. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 142-143)

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 36) se preocupou em demonstrar que a teoria procedimental de Robert Alexy e seu conceito de princípios estruturais, como mandamentos de otimização, não se coaduna com a clássica concepção de que os princípios seriam normas jurídicas dotada de maior grau de generalidade, como acontece no sistema jurídico brasileiro. A tradição do debate no direito alemão sobre restrições a direitos fundamentais, sobre seu conteúdo essencial, sobre seu suporte fático, sobre a distinção entre regulação e restrição não implica em um simples transplante de um debate antigo, como uma forma de “requentá-lo” para o caso brasileiro. Não é possível uma simples importação da teoria de Alexy.

Na opinião de Bruno Silveira Oliveira (2007, p. 14), a indefinição a respeito dos fundamentos objetivos de aplicação da técnica da proporcionalidade implica que cada julgador expresse a sua compreensão teórica sobre o assunto, “sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitiria a utilização da regra) e sobre sua compreensão sobre como a proporcionalidade pode ser utilizada para solucionar um conflito na prática.”

Nesse contexto, para atingir o fim pretendido pelo legislador, no caso de colisão entre normas, parece necessário que o julgador se preocupe em, antes aplicar os critérios da ponderação efetuada no caso concreto, apresente em sua decisão o conceito em que baseia o instituto.

No mesmo sentido também são as conclusões de Dimoulis e Martins (2012, p. 219-220), a fundamentação adequada depende da utilização de todas as normas jurídicas que incidem sobre o tema e não somente dos dispositivos (em particular dos “princípios”) que apoiam a opinião do julgador, e da referência à doutrina e jurisprudência, nacional, estrangeira, sobre o tema sem parcialidade, isto é, sem mencionar ou valorizar tão somente as opiniões em consonância com a opinião de cada magistrado. Somente tal exposição imparcial e completa permite um diálogo crítico,

indicando quais são os melhores argumentos (e por quais razões). Ainda, se possível, o julgador deve aproveitar dados empíricos que permitam fundamentar alegações e prognósticos.

Mesmo uma boa fundamentação não elimina o risco de certas construções doutrinárias distanciarem-se do texto constitucional e permitirem o subjetivismo, transformando-se em reflexões sobre o correto, confundindo a aplicação judicial do direito com a aplicação de receitas políticas ou morais. (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 220)

Portanto, no Brasil, ao aplicar a proporcionalidade como exame de adequação e necessidade, deve o julgador fundamentar sua decisão tendo como base o reconhecimento da prioridade jurídica do legislador, devendo o exame da proporcionalidade respeitar suas próprias limitações.

Faz-se necessária a fundamentação da decisão judicial, no sentido mais amplo possível. Por isso, o artigo em exame deve trazer benefícios ao sistema processual brasileiro.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pretendeu-se com o presente artigo fazer uma abordagem, sem o escopo de esgotar a matéria, sobre dois temas contemporâneos que podem ser extraídos da leitura do artigo 499 previsto no texto substitutivo adotado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, e Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei nº 5.869, de 1973): a fundamentação das decisões judiciais e o papel dos precedentes jurisprudenciais para a construção de um sistema jurídico seguro e o debate teórico sobre a colisão entre normas e a aplicação racional dos critérios gerais de ponderação.

Verifica-se de pronto, que o espírito da norma, ao elencar os elementos essenciais das decisões judiciais, é a de prestar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, e trazer confiança dos mesmos às decisões judiciais.

Não se olvida que emprestar-se maior força e efeito vinculante aos precedentes judiciais é uma patente necessidade da justiça brasileira. Inobstante, não são raras as vezes em que se verifica a oscilação da jurisprudência nos próprios Tribunais Superiores, quase sempre em razão de posições pessoais dos Ministros. Neste ponto,

verifica-se que, a intenção de instituir-se um sistema que empresta maior força aos precedentes, é que deveriam aqueles que os criam respeitá-los.

Desta forma, entendemos positiva a redação dada ao parágrafo primeiro do artigo 499, pois será positivado o respeito aos precedentes, e os magistrados brasileiros deverão respeitar as suas próprias decisões, bem como as decisões hierárquicas dos Tribunais superiores.

A composição dada nos incisos V e VI do parágrafo primeiro merecem destaque, pois a decisão que não aplicar o precedente invocado pela parte ou deixar de segui-lo sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento poderá ser anulada, já que não conterà os elementos básicos do comando legal. Sem dúvidas, tal procedimento obrigará o julgador a enfrentar o caso concreto, evitando decisões genéricas.

No que tange à demonstração dos critérios gerais da ponderação, prevista no parágrafo segundo do artigo 499, avaliamos que a pretensão do legislador de positivizar o instituto como um princípio no processo civil brasileiro poderá ter duas funções nesse ramo de nosso direito: (i) vedar a adoção de posturas judiciais manifestamente infundadas no âmbito de uma relação jurídica processual; (ii) prezar pelo julgamento racional e objetivo aplicando a ponderação fundamentada durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir a uma real colisão entre normas.

Mas, a utilização equivocada da ponderação também pode acarretar decisões irracionais, se não explicita quais são os critérios gerais da ponderação ao caso concreto.

Nesse contexto, como pontuado anteriormente, considerando que não há no direito brasileiro uma definição a respeito dos fundamentos objetivos de aplicação da técnica da ponderação, para atingir o fim pretendido pelo legislador, no caso de colisão entre normas, parece necessário que o julgador se preocupe em, antes aplicar os critérios da ponderação efetuada no caso concreto, apresente em sua decisão o conceito em que baseia o instituto.

Este parece ser o espírito do artigo em exame: a necessidade de fundamentação coesa das decisões judiciais. Um sistema que traga segurança jurídica através do respeito aos precedentes e da ponderação objetiva nos casos de colisões entre normas, atinge o sistema processual como um todo, já que também propicia a eliminação de recursos. Por fim, há reflexo aos cidadãos, que terão claras as normas de conduta.

## 5 REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Substitutivo do Projeto de Lei (PL) 8.046/10. Disponível em:  
[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130719-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130719-01.pdf) Acesso em:  
16/02/2014.

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

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karan. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Posto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial.** Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1988.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. **Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual.** In: Revista de processo nº 146. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O binômio repercussão geral e súmula vinculante.** In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** *In:* WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.