

A FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* COMO TÉCNICA CONSTITUCIONAL DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

THE CONSTITUCIONAL TECNIQUE OF SUBSTANTATION *PER RELATIONEM* TO ACHIEVE RATIONALIZATION OF THE JUDICIAL DECISIONS

Leonardo Alvarenga da Fonseca¹

Resumo: O presente artigo analisa a técnica de fundamentação *per relationem*, especialmente no que utiliza fundamentos de decisões judiciais anteriores na prestação jurisdicional, frente ao dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF/1988, art. 93, IX), procurando demonstrar sua compatibilidade com a Constituição da República. Busca igualmente realçar sua importância no contexto de crescente fortalecimento da jurisprudência e do precedente no hodierno modelo processual brasileiro, erigindo-se assim em técnica capaz de racionalizar a prestação jurisdicional e harmonizar o princípio constitucional fundamental do devido processo legal (CF/88, art.5º, LIV) com a garantia, de igual matiz constitucional, da razoável duração do processo (CF/88, art.5º, LXXVIII).

Abstract: The present article analysis the tecqnique of substantation *per relationem*, especialy concerning the grounds of previous judicial decisions to provide the judicial protection, in the light of the constitutional duty to justify the judicial decisions (Federal Constitution/1988, article 93, IX), seeking to demonstrate its compability with the Federal Constitution. It is also aimed at highlight this importance in the growing context of jurisprudential and court precedents strenghthening of the actual brazilian procedural model, developing a technique able to rationalise the judicial review and harmonise the constitutional due process of law fundamental principle (Federal Constitution/1988, article 5º, LIV) with the ensuring, just as constitutional importantly, of reasonable during of process (Federal Constitution/1988, article 5º, LXXVIII).

Palavras-chave: Fundamentação *per relationem*. Constitucionalidade. Racionalização. Devido Processo Legal. Razoável duração do processo.

Keywords: Substantation *per relationem*. Constitutionality. Due process of law. Rationalization. Reasonable during of process.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela UFES. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo. Leon-alva@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, indelevelmente inserido na estrutura do Estado Democrático de Direito, no qual se constitui a República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, *caput*), é cada vez mais chamado a intervir nas inúmeras quadras da vida nacional.

Superando o estigma de Poder hermético e elitizado, estabilizou-se como referência às instituições e ao cidadão, que dele se socorrem em demandas que perpassam desde os menores interesses pecuniários até as mais complexas e polêmicas causas, impregnadas de elevado potencial de influência e mudança sobre o tecido social.

Para atender o incremento exponencial de demanda gerado por tal realidade - sem que caiba neste trabalho o questionamento sobre suas causas - tornou-se impositiva a formulação de soluções, que sobretudo observem o traçado constitucional dos princípios e garantias fundamentais do processo, entre os quais o resguardo ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (CF/88, art.5º, LV) e, não menos importante, o atendimento à razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

Elevado a nível constitucional e indissociável do ideário de acesso à justiça, o dever de fundamentação das decisões judiciais (CF/88, art. 93, IX), a par de suas já reconhecidas funções técnicas e políticas, pode e deve ser visto como mecanismo apto a concretizar os reclamos sociais por uma prestação jurisdicional a um só tempo rápida e eficiente.

Neste sentido, o presente artigo busca tratar da técnica de motivação *per relationem*, contextualizando-a como meio de satisfazer a exigência constitucional de motivação dos atos judiciais e, *pari passu*, servir de instrumento válido para a racionalização da prestação jurisdicional, se adequadamente utilizada, delimitando assim o objeto de estudo deste artigo.

No decorrer do trabalho não se furtará ao exame da vigorosa oposição que alguns setores da doutrina oferecem ao instituto, e a contraface de seu prestígio reiterado pelos Tribunais Superiores e crescente na legislação que, ao menos em dois dispositivos processuais, positivou a técnica em questão.

Necessário, outrossim, analisar a nítida opção legislativa de fortalecer a jurisprudência, com vistas à criação de um sistema de precedentes, capaz de harmonizar o valor segurança jurídica com a celeridade reclamada pela Lei Maior.

Adverte-se o leitor, todavia, que se fará apenas um bosquejo sobre tal temática, deixando de lado a tentação de incursionar da Teoria do Precedente, pois muito embora fundamentação e precedente se reconduzam no campo teórico da decisão judicial, são institutos

distintos, dotados de terminologias próprias e que inspiram cuidados e tratamentos específicos, incompatíveis nos estreitos limites desta investigação.

No mais, pretende-se contribuir para o debate polêmico que inspira a técnica de fundamentação *per relationem*, despindo-se e conclamando os operadores do Direito a também se despirem de seus preconceitos, e olharem sempre na direção de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, única realmente compatível com o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I).

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS

No longo caminho do Direito, como sistema normativo de correção e pacificação sociais², o dever de fundamentar as decisões judiciais nem sempre constou expressamente das regras e normas que tratavam da prestação jurisdicional.

Há registros muito antigos, que remontam ao período Extraordinário do Direito Romano (27 a.C./476 d.C.), correspondente ao Império, quando a sentença devia ser lida publicamente e era passível de recurso, elementos que induzem abalizada doutrina “[...] não obstante a lacunosidade das fontes, a uma única realidade, qual seja a de que as sentenças prolatadas na órbita do *cognitio extra ordinem* eram fundamentadas!” (CRUZ E TUCCI, 1987, p. 33);

Exceções feitas a algumas raras legislações, na Baixa Idade Média e sequencialmente na Idade Moderna³, o dever de fundamentar as decisões judiciais apenas ganhou foros de irreversibilidade com a Revolução Francesa, guindado a nível constitucional por primeira vez na Constituição do Ano III (1799) e posteriormente plasmado no Código Napoleônico de 1806, como expressão nítida da desconfiança que a Revolução votava aos juízes, dada sua consabida

² Ante a difícil tarefa de apresentar conceito satisfatório para a ciência do Direito, preferimos a definição pós-positivista de Robert Alexy (2004, p. 123): “O direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a que (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão de correção”.

³ Há registros de que a legislação castelhana conhecida como o *Libro Del Fuero/Fuero Real* – 1254 – Afonso X se referia à motivação, mas não como dever. Já na Idade Moderna o dever de motivar resta cristalizado nas Ordenações Portuguesas, a iniciar-se com as Afonsinas, ganhando corpo com Manoelinas (1521) e finalizando com as Filipinas, base do Direito Processual Civil do Brasil Colônia e do Império (CRUZ E TUCCI, 1987, p. 45 e 51).

vinculação ao *Ancien Régime*⁴.

No Brasil, onde já se reconhecia o dever de fundamentar por influência marcante das Ordenações do Direito lusitano, cristalizou-se pela primeira vez na legislação pátria através do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, que regulamentou o processo aplicável ao Código Comercial de 1850.

Proclamada a república e conferida competência legiferante sobre processo aos Estados, continuou a figurar em praticamente todas as legislações processuais dos entes federados, voltando a ser unificado no plano federal pela Constituição de 1937, retornando ao seio do Código de Processo Civil de 1939 em dispositivo de redação muito semelhante ao atual art. 458 do Código de Processo Civil de 1973.

O dever de fundamentar as decisões judiciais havia se encartado em sede constitucional também na Bélgica (1831), Itália (1948), Grécia (1952 e 1968) e praticamente em todos os estatutos constitucionais dos países da Europa Continental e de vários países latino-americanos, movimento que ganhou força com o fenômeno da constitucionalização do Direito, pós Segunda Guerra Mundial, que mudou o marco teórico das Cartas Constitucionais, passando do prisma puramente declaratório, político e programático para “[...] o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições” (BARROSO, 2005).

Afetado pela tendência irrefreável, também o direito processual passou a clamar pela sua elevação a nível constitucional, e a doutrina brasileira a exigir que o dever de fundamentação figurasse dentre as cláusulas a receber tal *status*, a fim de imunizá-la contra alterações restritivas da legislação infraconstitucional, valendo citar como exemplo a reação generalizada à Emenda Constitucional nº 03, de 12 de junho de 1975, que instituiu a Arguição de Relevância da Questão Federal no Regimento Interno do STF, como filtro para conhecimento do Recurso Extraordinário, realizado em sessão secreta e com dispensa de motivação (BARBOSA MOREIRA, 1988. p. 92).

Enfim, vencido o período de exceção e sobrevivendo a Constituição Federal de 1988, o dever de fundamentar todas as decisões judiciais finalmente ganhou assento constitucional, comunicando-se-lhe estatura jurídica compatível com os princípios constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça, cuja salvaguarda reside na sanção de nulidade que o legislador constituinte lhe fez anexar, para o ato produzido ao seu arripio.

⁴ Michele Taruffo via já nesta quadra da história “[...] a segunda ‘alma’ da obrigação de motivar, que não exclui a função racionalizante do sistema, mas a supera, baseia sua concepção de motivação como garantia” (TARUFFO, 1988, p. 38).

Sua natureza jurídica incita debates. Para Cândido Rangel Dinamarco, é exigência técnica que obsequia a garantia-síntese do acesso à justiça, em função da qual a Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual (DINAMARCO, 2009, p. 199).

Muitos desses princípios, garantias e exigências convergem para o núcleo central comum, que é *o devido processo legal*, porque observar padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de ampla defesa, etc.

São perceptíveis e inegáveis as superposições entre os princípios constitucionais do processo, sendo impossível delimitar áreas de aplicação exclusiva de cada um deles, - até mesmo porque nenhum deles se conceitua por padrões rigorosamente lógicos, mas políticos.

Sem espaço para maiores digressões no plano constitucional, e quer se qualifique o dever de fundamentação como princípio (NERY JUNIOR, 2004, p. 215), garantia (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 89) ou exigência técnica, o que realmente explica sua sobranceira localização é a relevância de suas funções para o exercício da jurisdição.

3 AS RAZÕES PARA O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS

A doutrina é unânime em reconhecer relevantes funções endoprocessuais da fundamentação - dentro do processo em que é exarada a decisão - todas de significação notadamente técnica, *v.g.*, delimitar o alcance da coisa julgada, aferir a legalidade na correta avaliação das provas e na definição do direito aplicável à espécie, assegurar o concreto e pleno exercício do direito de ampla defesa e de eventual recurso, tanto pela perspectiva da exercer influência sobre as provas e os argumentos utilizados na decisão quanto pelo conhecimento das premissas que fundaram o raciocínio do juiz e o levaram à conclusão do caso concreto.

Todavia, são as funções extraprocessuais que trazem o dever de fundamentação para o núcleo jurídico do processo constitucional, desde que servem para situar a jurisdição dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido (CF/88, art. 1º, parágrafo único), e que se “[...] caracteriza como *Rechtsfertiger Staat*, é dizer, como forma política que se legitima enquanto justifica o modo pelo qual exerce o poder” (TARUFFO, 1988, p. 41).

Sob esta ótica de justificação, as funções que o dever de fundamentação das decisões

exercem sobre o poder jurisdicional traduzem-se em valores eminentemente políticos, de garantia dos limites da intromissão estatal na esfera jurídica dos cidadãos, onde Barbosa Moreira distingue aspectos material e formal, complementares dessa justificação: “A intromissão estatal é materialmente justificada quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 89).

Inserem-se ainda, como função política de controlabilidade da atividade jurisdicional, realizável pelo dever de fundamentar, os escopos de sindicar a imparcialidade do órgão julgador e radiografar qualquer desvio em sua independência funcional, aferíveis pela forma como aplica a lei ao caso concreto.

De notável relevo, nesta seara, que o controle da jurisdição via dever de fundamentar não deve ficar restrito aos operadores do direito, mas ser cometido à generalidade da sociedade - a qualquer do povo (*quisquis de populo*), na eloquente expressão cunhada por Michelle Taruffo (1975, p. 406) - pois apenas através da dimensão social do controle sobre a administração da justiça é que se adquire confiança na tutela jurisdicional, fator de coesão social e fortalecimento das instituições.

Mediante este controle, e inclusive por efeito desta mesma possibilidade, o povo se reapropria da soberania e a exerce diretamente, evitando que o mecanismo da delegação do poder se converta em uma expropriação definitiva da soberania por parte dos órgãos que exercem esse poder em nome do povo.

Assim enfeixados, ainda que em angusta síntese, o *iter* de constitucionalização do dever de fundamentação das decisões judiciais, sua correlação com os princípios constitucionais fundamentais do processo e as funções - endo e extraprocessuais - que exerce sobre a atividade jurisdicional, passa-se a examinar a técnica de fundamentação *per relationem*, para saber de sua compostura frente a tais requisitos, sem os quais não pode validamente colocar-se como forma legítima de exercício da jurisdição.

4 A TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*: CONCEITO, REQUISITOS E APLICAÇÃO

4.1. CONCEITO

Valendo-nos mais uma vez da insuperável obra de Michelle Taruffo sobre o tema da motivação da sentença, é dele o conceito de fundamentação *per relationem*, “relacional” - em

tradução literal - ou “referencial”, a qual entende presente “[...] quando, sobre um ponto decidido, o juiz não elabora uma motivação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à motivação contida em outra decisão” (1975, p. 422).

A motivação *per relationem* é geralmente apontada como sinônimo de motivação *aliunde*, malgrado seja possível visualizar diferenças entre ambas, pois enquanto aquela consiste em remeter a outras decisões ou pareceres e mesmo a alegações das partes, constantes dos próprios autos, esta consiste em adotar argumentos veiculados fora dos autos, especialmente em precedentes jurisprudenciais, para fundamentar a decisão, em vez de desenvolver originalmente seus próprios argumentos (BANCKE, 2010, p. 43).

Por entender que tanto uma como outra são espécies do gênero de fundamentação que prescinde de motivação autônoma, pouco importando se a motivação incorporada se encontra ou não entranhada nos autos, tratar-se-ão como sinônimos, identificadas pelo gênero e com referência exclusiva à motivação *per relationem*.

Importa distinguir a motivação *per relationem* da fundamentação concisa, expressamente autorizada pelo Código de Processo Civil para as hipóteses de decisão interlocutória e de sentenças terminativas⁵ e sobre a qual não paira qualquer dúvida de legalidade, tranquilamente absorvida pela doutrina.

Por isso ousamos discordar da afirmativa de Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 304) no sentido de que “[...] não se admite a motivação *per relationem* quando é exclusivamente *per relationem*, ou seja, quando o magistrado se limita a remeter a fundamentação à outra decisão, o que significa a renúncia integral do juiz a justificar autonomamente sua decisão”, afinal, ou o julgador encampa a fundamentação produzida pela decisão anterior, e se está diante da técnica referencial, ou adiciona algum conteúdo motivacional à fundamentação já realizada, por mínimo que seja, e já se está diante de fundamentação concisa, descabendo falar em fundamentação *per relationem*.

Há mesmo na doutrina quem duvide da própria existência de fundamentação na técnica *per relationem* (FONSECA, 2011, p. 251), procurando equipará-la à ausência de fundamentação censurada pelo art. 93, IX da Constituição Federal, como também há abalizada opinião que chega a incluir a sentença que utiliza a técnica de fundamentação *per relationem* no rol das sentenças arbitrárias⁶.

⁵ CPC, arts. 165, segunda parte e 459, *caput*, segunda parte.

⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que “[...] os vícios na motivação implicam quase sempre arbitrariedade, como se vê do seguinte rol exemplificativo: [...] (b) a motivação *per relationem*, que ocorre quando o juízo ad

De qualquer sorte, a doutrina majoritária aponta os seguintes casos de fundamentação referenciada: a) o acórdão que confirma a sentença “por seus próprios fundamentos”; b) a decisão que se remete às razões da parte; c) a decisão que se remete ao pronunciamento do Ministério Público; d) a decisão em juízo de retratação; e) a decisão que se remete a jurisprudência ou Súmula (FONSECA, 2011, p. 06).

4.2. REQUISITOS

Sem que seja necessário adentrar na casuística de cada hipótese, importa ressaltar que o ato judicial decisório instrumentalizado pela técnica da fundamentação referencial é motivado, cuja motivação é aquela constante da decisão – ou manifestação - referenciada e encampada pelo julgador, residindo a dúvida apenas em saber se é lícito ao órgão julgador abstrair-se de externar juízo próprio sobre o material cognitivo produzido e as alegações das partes.

Sabe-se que a tarefa de fundamentar compreende uma série de atividades mentais, orientadas pelos princípios do raciocínio lógico – formal ou argumentativo⁷ - esquematicamente enunciadas por Daniel Mitidiero (2012, p.61) em excelente trabalho científico sobre o tema:

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. Em “i” devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.

O momento reclama uma breve incursão sobre as teorias da norma e da decisão judicial no processo de produção das normas individuais e concretas, típicas da atividade jurisdicional, subordinadas às normas gerais e abstratas que servem de fundamento à sua criação.

Ao largo da questão sobre ser a decisão judicial produto de um silogismo, que na

quem deixa de desenvolver uma justificação própria e autônoma em relação às questões decididas” (OLIVEIRA, 2012, p. 33).

⁷ Chaim Perelman (apud STRENGER, Irineu. 1999, p. 60) afirma que “A lógica jurídica, a despeito de toda a especificidade, na medida em que é lógica, não passa de uma aplicação especificamente jurídica da lógica formal, a única que existe, a mesma para todos. Mas, mesmo quando a lógica jurídica serve-se de regras não-lógicas, ou seja, extralógicas, pois, quando ela não é lógica em sentido próprio, mas somente por analogia, ela não deixa de ser direito racional”.

doutrina tem encontrado tanto defensores tenazes como críticos acerbos⁸, é debate que reduz-se de importância na medida em que a estrutura lógica da decisão judicial – na qual a subsunção é o modelo – não resta comprometida pelo conteúdo de suas premissas.

Neste ponto, não se deve perder de vista a lição irretocável de Lourival Vilanova, para quem a lógica jurídica - deontica (normativa) – concebe apenas a teoria formal do direito⁹, deixando o problema do conteúdo para a opção legislativa ou de outro agente autorizado pelo sistema para saturar de valor a norma validamente ingressa no ordenamento jurídico.

Assim, na estrutura formal dos enunciados que o autor lança na petição inicial, inserem-se no antecedente (hipótese) as causas de pedir remota e próxima (fatos e fundamentos jurídicos – CPC, art. 282,II) com as quais pretende relacionar (relação de implicação) a consequência de o Estado Juiz dever impor ao réu uma conduta.

É dever jurídico do Estado, então, como parte da relação processual, por meio do órgão jurisdicional competente e via subsunção silogística, criar a norma jurídica concreta e individual que irá reger a relação jurídica efectual entre os litigantes, sucessivamente **a)** reconstruindo os fatos conforme as regras de repartição de ônus e produção de provas no processo; **b)** criando a norma abstrata específica, derivada da norma abstrata geral (Constituição, lei...) que indicará os critérios que regem o direito subjetivo e o correlato dever jurídico naquele tema de direito e **c)** efetivando a operação subsuntiva de encaixe dos fatos apurados sobre os critérios construídos, produzindo assim fatos jurídicos que importarão em relação jurídica implicacional *inter pars*, sujeita a eventual aquisição da eficácia de imutabilidade típica desta modalidade de manifestação estatal.

Nesta atividade lógica desponta a importância do arquétipo fático, composto pela causa de pedir remota relatada pelo autor – fatos fundantes e fatos contrários –conjugada com os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos trazidos pelo réu (CPC, art. 333, II), cujo accertamento e qualificação jurídicos formam a primeira atividade do processo de criação da norma jurídica concreta consubstanciada na decisão judicial.

⁸ Neil MacCormick desmistifica a questão ao afirmar: “[...] O que precisa ser entendido é que o silogismo desempenha papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que este não seja exaurido por essa estrutura apenas. A lógica formal e a dedução importam no direito. Certamente, reconhecer isso não exige que neguemos o papel imensamente importante desempenhado no Direito pela argumentação informal, probabilística, pela retórica em todos os seus sentidos e modos. Longe de existir negação disso, a apreciação do papel central desempenhado pelo silogismo jurídico é uma condição para entender o papel desses elementos em seus respectivos cenários jurídicos” (MACCORMICK, 2008, p. 44-45).

⁹ O ilustre jurista pernambucano, com a agudez de seu raciocínio, observa que “[...] A lógica jurídica é o formalismo jurídico, quer dizer, é a formalização do ser no direito. Não nos oferta uma ontologia do direito, mas tão-apesas uma capa desse ser do direito, o delicado estrato das estruturas formais” (VILANOVA, 2010, p. 55).

O especial cuidado que o juiz deve ter, então, para a validade normativa da decisão judicial fundada na técnica de fundamentação referencial, consiste sobretudo na conjugação analítica dos fatos recompostos com os da decisão paradigma, pois a etapa seguinte, de extrair as conclusões jurídicas que comporão, em relação implicacional deôntica, o consequente normativo, deve necessariamente observar a regra interpretativa de isonomia cunhada desde o Direito Romano no aforismo *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

Destarte, para atender ao princípio constitucional de fundamentação, é preciso que os passos do raciocínio judicial para construção da decisão estejam perfeitamente identificados, para que as partes possam reconstruí-lo e assim alcancem os motivos do convencimento do julgador, mas não significa que não possam ser extraídos de raciocínio anterior, realizado pelo próprio julgador ou por outro operador do Direito, desde que nesta tarefa de substituição de fundamentos próprios por alheios satisfaçam-se todos os elementos constantes da tarefa de fundamentar a decisão.

É dizer: a decisão judicial - especialmente a sentença - deve, com efeito, ser completa, examinar todas as questões postas pelas partes - embora não precise examinar todos os argumentos das partes, limitando-se aos que possuam relevante influência na solução do litígio - ser expressa ao declinar os fundamentos¹⁰, ser clara na exposição, ser coerente na linha de encadeamento dos fatos e na escolha da regra de direito selecionada para incidir sobre os mesmos, e por fim, ser lógica no desenvolvimento do raciocínio, de forma que demonstre o atingimento da verdade dos fatos através de uma causa suficiente.

Mas o que a decisão judicial não precisa, máxime quando a questão examinada é reprodução idêntica de outras, objeto de prévio enfrentamento e cognição, é ser repetitiva, tautológica ou redundante, como se ao magistrado fosse obrigatório, a cada nova decisão, transmutar em palavras próprias o que já foi decidido em casos idênticos, apenas para satisfazer uma suposta necessidade - que não consta em lugar algum da lei - de decisão autônoma.

Ademais, sobre o próprio conceito de “decisão autônoma” é possível estabelecer alguma controvérsia, pois no exato momento em que o órgão judiciário encampa razões retiradas de outras decisões, de manifestações de outros órgãos ou produzidas em outros autos, deixam de ser alheias e passam a integrar, como suas, a própria decisão que profere naquela

¹⁰ Alfredo Rocco acentua que “Diferentemente das demandas das partes, o ato do juiz pode ser implícito ou genérico, porém que sempre seja possível sua determinação e a reconstrução do pensamento do magistrado [...] Não é, pois, necessário que o juiz se pronuncie expressamente sobre todas as demandas das partes quando, do conjunto da sentença, resulte bastante claro que tenha examinado e decidido o ponto sobre o qual guarda silêncio; nestes casos o pensamento do juiz está indiretamente manifestado, mas está manifestado” (ROCCO, 2003, p. 175).

controvérsia específica, referenciando às partes que seu entendimento coincide integralmente com outro já manifestado em caso análogo, daí porque desnecessário produzir, com outras letras, uma decisão que veicule o mesmo conteúdo da anterior, arcando naturalmente o órgão judiciário com a responsabilidade pelos erros *in procedendo* ou *judicando* que eventualmente maculem as razões replicadas.

Por isso nos parece sem razão a crítica de Flávio Renato Correia de Almeida, ao pontuar que o dever de fundamentação incluiu o da repetição, pois [...] mesmo correndo o risco de ser redundante, deve, sempre, o juiz re-explicar a fundamentação lógica e jurídica de sua decisão, sob pena de estar atingindo frontalmente um direito da parte, agora garantido constitucionalmente (ALMEIDA, 1992, p. 194).

Tais críticas, em nosso sentir, partem de premissa equivocada de que a invalidade da fundamentação referencial decorre da supressão da motivação autônoma, o que não é uma questão de conteúdo – suprido pelas razões constantes da decisão ou manifestação referenciada - e sim de forma da decisão judicial, daí porque desinfluyente para determinar qualquer pecha de nulidade da decisão, pois a própria lei processual civil não traça nenhuma forma especial, tanto para a fundamentação quanto para o dispositivo da sentença (CPC, art. 458, I e II)¹¹, bastando que respeite a forma de relação implicacional de toda norma jurídica, ao contrário do que se passa com a inicial e a resposta do réu, ambas minudentemente tratadas na forma e no conteúdo pelo Código de Processo Civil Brasileiro¹².

Também não se vislumbram razões para sustentar que a técnica de fundamentação referencial leva ao trancamento das vias recursais extraordinárias e ao atraso na prestação jurisdicional (FELISBERTO, 2010, p.131-134), pela necessidade de permanente interposição de embargos de declaração, isto porque não há intrinsicamente qualquer vício na decisão proferida com a técnica da fundamentação referencial, senão os que já carregam a decisão ou manifestação referenciadas.

Assim, se contra aquela caberia recurso extraordinário, por afrontar algum dispositivo constitucional, contra a decisão que a encampa continuará cabendo o aludido meio recursal; de igual forma, se a decisão ou manifestação referenciada apresenta qualquer vício de integração do julgado (CPC, art. 535) ou necessita de prequestionamento das matérias constitucional ou

¹¹ Neste sentido, na obra magnífica sobre o tema, Alfredo Rocco adverte que “A lei prescreve, com efeito, que a sentença deve conter uma parte dispositiva, porém não prescreve nenhuma forma especial para esta parte dispositiva, ao contrário do que faz com relação à demanda” (2003, p. 175). A lição cabe para o momento da fundamentação, pois lei brasileira também não lhe impõe forma típica.

¹² CPC, arts. 282, 301 e 302.

infraconstitucional federal que enseje a interposição de embargos de declaração, por ter sido reproduzida na fundamentação *per relationem* reproduzidos estarão estes mesmo vícios, que continuarão permitindo a interposição dos aclaratórios. São vícios, portanto, de origem da decisão referenciada, e não da técnica de fundamentação referencial.

Mais equivocado ainda é dizer que não satisfaz os requisitos necessários a permitir o controle extraprocessual da decisão, pelos operadores do Direito, jurisdicionados e pela sociedade em geral, pois tratando-se de motivação expressa e pública, ainda que reproduzida de outras manifestações processuais ou precedentes jurisprudenciais, haverá exposição suficiente das razões do julgador, para que sobre elas se exerçam tanto a garantia de integridade da prestação jurisdicional quanto o controle dos delegatários do poder de aplicar o direito ao caso concreto.

Enfim, é um equívoco a tendência pré-concebida de parte da doutrina¹³ em ver na fundamentação *per relationem* um *tertium genus*, e reputa-la arbitrária e nula *ipso jure*, pois se submete aos mesmos requisitos de validade de todos os atos decisórios, e se eventualmente padece de algum vício, este não é o de referenciar os termos da fundamentação a outra decisão ou manifestação processual, mas os que ordinariamente acometem as decisões judiciais no plano da fundamentação.

Não se nega, contudo, haver dificuldades naturais no exercício da técnica de fundamentar por referência, e não por outra razão fizemos inserir a ressalva, na introdução deste trabalho, de que o instituto precisa ser devidamente utilizado para não descambar para a nulidade cominada pela regra constitucional.

Sua aplicação mais rotineira, no campo recursal, ocorre quando a parte simplesmente ataca a decisão judicial reproduzindo argumentos jurídicos já integralmente examinados e rebatidos, quando então ao tribunal, demonstrando sempre haver analisado e considerado as razões do recurso –ressalvada a teoria da dialeticidade recursal - poderá encampar os termos da decisão, se acorde com ela.

Mas no caso da apelação, *v.g.*, se o recurso impugna os fundamentos da sentença inovando na matéria de direito, para se contrapor a outros fundamentos novos utilizados pelo

¹³ De certa forma compreensível, pois é própria da natureza humana – e precípua ao processo – irresignar-se contra decisões desfavoráveis, o que mais se agrava quando a segunda resposta limita-se a reiterar os termos da primeira, transmitindo para alguns a ideia, aliás falsa, de que não se houve por bem analisar os argumentos da parte. Neste sentido, “[...] quando o acórdão faz reenvio à sentença do juízo a quo, o que consegue se verificar é certo desrespeito com o trabalho do advogado que não vê suas argumentações sequer serem analisadas.” (FELISBERTO, 2010, p. 132).

juiz, se se baseia em argumento não examinado pelo juiz, que o teve por irrelevante e portanto prescindível para o julgamento da causa, se ainda a impugnação não é limitada à conclusão, mas também em relação ao método de formação do convencimento judicial seguido na sentença (BADARÓ, 2002, p.130), enfim, tudo que se insere no âmbito de devolutividade do recurso de apelação - horizontal (CPC, art. 515, §3º) e vertical (CPC, art. 515, §§1º e 2º) - e que não tenha sido tratado na fundamentação de primeira instância¹⁴ precisa inelutavelmente de manifestação autônoma do tribunal, não havendo espaço para fundamentação *per relationem*.

Fora do campo puramente recursal, a técnica de fundamentação *per relationem* destina-se sobretudo a combater a litigiosidade repetitiva. Nesta seara, acima de tudo, a verdadeira dificuldade - de resto comum na utilização da jurisprudência na decisão - está na perfeita identificação do arquétipo fático das lides, para concluir pela existência de identidade simétrica entre os fatos alegados e que permita, sem rebuscos, a simples extração e encampamento da fundamentação anteriormente realizada.

No Direito contemporâneo, acentuadamente marcado pelos fenômenos de massa e de judicialização serial, é cada vez mais comum que casos idênticos se reproduzam em número avassalador, mas nunca se pode afastar a hipótese de peculiaridades - por vezes de difícil visualização - que alterem sensivelmente a solução final, de forma que ao julgador, no fundamentar a decisão, é essencial atentar sobretudo para o momento do acertamento das questões de fato, onde deve ser o mais explícito possível, para não incorrer em cabal equívoco ao qualificar juridicamente os fatos e daí retirar consequências jurídicas igualmente equivocadas, que ensejarão um comando decisório completamente dissonante do paradigma adotado.

Por isso inegável o acerto de Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta examinando a temática da motivação *per relationem* contida no art. 285-A do CPC:

Portanto, para a correta aplicação do art. 285-A do CPC (LGL\1973\5), é imprescindível que o juiz explicita as razões pelas quais os casos confrontados são "idênticos". O juiz poderá utilizar-se integralmente das razões contidas na decisão do

¹⁴ Tratando do plano vertical (profundidade) do efeito devolutivo, Flávio Cheim Jorge (2007, p. 242-243) ressalta que "[...] a diferença, portanto, entre os parágrafos primeiro e segundo do art. 515 do CPC reside no fato de aquele regulamentar a apreciação de 'questões' ao passo que este cuida especificamente dos 'fundamentos' do autor e do réu", e que em ambas as hipóteses "[...] objetiva-se colocar o tribunal em idêntica posição do juízo *a quo* quando da prolação da decisão. Como este poderia apreciar os dois fundamentos, e acolheu apenas um deles, o tribunal também poderá examiná-los livremente, tal como o juízo *a quo*" Embora o doutrinador não aceite a hipótese do juiz deixar de examinar um fundamento da parte, na prática comumente acontece e parece reforçar nossa posição, no sentido de que a supressão de análise de fundamento pelo juiz de primeiro grau, se não corrigida por embargos de declaração, deverá ser objeto de motivação autônoma do Tribunal, afastando, por óbvio, a perspectiva de utilização da técnica de fundamentação *per relationem*.

caso "idêntico"; isso, porém, não o exime, de expor pormenorizadamente, na fundamentação da decisão, as semelhanças relevantes entre os casos, que tornem justificável o tratamento jurídico paritário (2006, p. 136)

As dificuldades que se verificam na prática devem-se ao próprio modelo herdado da tradição do *civil law*, onde historicamente nunca se deu maior importância aos fatos da causa posta em juízo.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.254-5) encontra explicação para o fenômeno, esclarecendo que “[...] a tradição do civil law acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor”.

No sentido oposto, o modelo da *common law* - que supervaloriza os fatos a ponto de tornar seu acerto com o precedente o ponto culminante da tarefa de fundamentar a decisão judicial - também não se apresenta simples.

Calha, neste contexto, a lição de Neil Andrews (2011, p. 99), retirada do direito inglês, quanto aos exageros decorrentes da interpretação ortodoxa que naquele país se dá ao dever de fundamentar – incidindo contudo de forma diversa na decisão judicial, dado o sistema de precedentes da *Common Law* - e os malefícios que vêm acarretando para a própria celeridade na prestação jurisdicional:

A House of Lords, comentando a intensa pressão sofrida pela 1.^a instância, protesta sobre o controle exagerado das partes, por ocasião dos recursos, no que tange a ter ou não o juízo *a quo* fundamentado adequadamente suas decisões, pelo menos por respeito ao exercício da sua discricionariedade: ‘As exigências diárias do trabalho nos Tribunais são tamanhas, que fazem sempre com que se possa dizer que a decisão poderia ter sido melhor fundamentada e expressada. A 2.^a instância deve resistir à tentação de subverter o princípio de que não se deve substituir a sua discricionariedade pela do juiz, pois eles leram textos sobre o que aconteceu na 1.^a instância, tendo contacto indireto com os fatos da causa.

É preciso, portanto, equilíbrio dos operadores do Direito, tanto assim dos julgadores quanto de advogados públicos e privados, defensores, membros do Ministério Público etc., os primeiros para evitar a utilização automática e burocrática da técnica de fundamentação relacional, certos de que enseja cuidados para não dar ensejo ao arbítrio e à nulidade, os demais para não deificar a garantia constitucional da fundamentação, evitando preordenar o discurso de nulidade sempre que se deparar com decisão judicial instrumentalizada pela técnica da fundamentação referencial, sem o cuidado prévio de conferir se atende aos requisitos técnicos e assim ao escopo fundamental de assegurar os princípios constitucionais do processo e do Estado Democrático de Direito.

4.3. APLICAÇÃO

Certamente por considerar todos estes apontamentos é que as vozes altivas de Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira¹⁵, Nelson Nery Júnior¹⁶, para citar apenas alguns exemplos na doutrina, bem assim a jurisprudência praticamente uníssona dos Tribunais Superiores, não vacilam em ratificar a constitucionalidade e a adequação da técnica de fundamentação *per relationem*, como bem ilustram os seguintes acórdãos, recentemente extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça :

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – IPI – CRÉDITO PRESUMIDO EM RAZÃO DE OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – INADMISSIBILIDADE – INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL, 2013)

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. NULIDADE. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende possível a adoção, pelo julgador, de motivação exarada em outra peça processual juntada aos autos como fundamento da decisão (*per relationem*), desde que haja sua transcrição no acórdão. 3. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2013)

Também no Direito positivado o instituto vem ganhando espaço, valendo citar o dispositivo do art. 46 da Lei nº 9.099/95¹⁷, que não somente autoriza a técnica de fundamentação *per relationem* como permite que, nesta hipótese, a própria súmula do julgamento sirva como acórdão, medida compatível com os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, informativos do microssistema processual dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95, art. 2º).

Se algumas distorções vêm ocorrendo, comumente exemplificadas pelos críticos da

¹⁵ Afirmam os doutrinadores que "Essa técnica de decidir é louvável quando o juiz do segundo grau nada tem a acrescentar à decisão do juiz *a quo*, repetindo-a, conseqüentemente, com outras palavras e citando mais um ou outro acórdão. Nos tempos atuais, em que o número de processos é assustador, não tem lógica, nem é compreensível, que o juiz *ad quem* assim proceda. A motivação *per relationem*, desse modo, impõe-se não só nos Juizados Especiais, como nos Juízos Comuns". (TOURINHO NETO; FIGUEIRA.2007, p. 651).

¹⁶ Com grande percuência, em sua festejada obra sobre os princípios constitucionais do processo civil, aponta que “De todo modo é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e as questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido ‘adotando as razões do parecer do Ministério Público’, está fundamentada a referida decisão, ser no parecer do *Parquet* houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 218).

¹⁷ Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

técnica referencial de fundamentação, correm à conta de exceções que, como sói acontecer, apenas confirmam a regra de todo salutar para o atingimento das finalidades ínsitas àquela modalidade sintética de prestação jurisdicional.

Cristalizada ainda na legislação se encontra a prefalada regra do art. 285-A do CPC¹⁸, acrescida pela Lei nº 11.277/06 e batizada pela doutrina como sentença liminar de mérito, que permite ao juiz julgar improcedente a ação, sem citar o réu, sempre que houver proferido sentença anterior em casos idênticos, devendo reproduzir o teor da sentença anteriormente prolatada.

Sem pretender adentrar nas muitas questões que desafiam o novel instituto, importa ressaltar que incorpora a aplicação da técnica referencial de fundamentação como móvel da pretendida aceleração processual, valendo anotar que não é ociosa a determinação de reprodução integral da sentença paradigma no corpo da decisão, pois somente desta forma é possível cotejar a simetria fática e confirmar a identidade jurídica dos feitos, satisfazendo ademais o requisito técnico que exige fundamentação expressa, para viabilizar a interposição de recurso e o controle social da atividade jurisdicional.

Por fim, *de lege ferenda* temos ainda as previsões atinentes à fundamentação das decisões judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil¹⁹, onde se vê que o legislador cuida de explicitar – sem exaustividade - as hipóteses em que considera não fundamentada a decisão judicial:

Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa 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 limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

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

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

¹⁸ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁹ Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei nº 5.869, de 1973) - Emenda Aglutinativa Substitutiva Global. Votação do texto base concluída em 26/11/2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com efeito, adotando os cuidados apontados para aplicação da técnica de fundamentação referencial, onde é imperioso demonstrar que o arquétipo fático e a qualificação jurídica autorizam a adoção das razões de decidir de outra decisão, não há como encaixá-la de pronto em quaisquer das hipóteses de nulidade *ope legis* acima referidas.

5 A TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* FRENTE À VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DO PRECEDENTE

Como explanado na introdução, não se pode deixar de contextualizar a técnica de fundamentação referencial, ontologicamente constituída como instrumento para racionalizar²⁰ a atividade jurisdicional, tornando-a mais célere e eficiente, com as claras tendências seguidas pela legislação processual de valorizar a jurisprudência, entendida como pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos, e caminhar pela criação de um sistema de precedentes.

Reitera-se que não consiste objeto deste estudo analisar a Teoria do Precedente, mas apenas sinalizar pelo nítido direcionamento legislativo rumo à adoção deste modelo, em inequívoco movimento de aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*²¹, que ainda não se completou, dada a ausência de tratamento sistematizado do precedente no Direito brasileiro, e que por estranho à nossa tradição jurídica possivelmente se consolidará em moldes distintos dos sistemas que adotam o *common law*.

Isto porque, a despeito dos operadores do Direito no Brasil terem se acostumado com a utilização das decisões judiciais como meio persuasivo de convencimento e de julgamento, “[...] os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis

²⁰ Importante alertar o leitor de que o verbo “racionalizar” e o substantivo “racionalização” não estão sendo empregados em seus sentidos matemáticos, sociológico ou psicológico, mas em seu sentido pragmático, na acepção de “organizar (algo) de maneira lógica, tornando-o mais funcional, prático, eficaz, simplificar” (HOUAISS, 2001, p. 2373).

²¹ O fenômeno tem sido percebido e denominado de commonlawlização ou hibridização dos sistemas, que não tem o sentido “de substituir um sistema por outro, e muito menos de renunciar a princípios, mas de adequar o modo como incidem e com isso caminhar para um processo mais justo e mais efetivo” (DINAMARCO, 2010, p. 123-158).

que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais”, de forma que “[...] a fundamentação - e o raciocínio judiciário que nela tem lugar - diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito” (MITIDIERO, 2012, p. 05), do que se conclui que para a adequada utilização do precedente no Brasil será necessária uma grande mudança de cultura, mentalidade e ensino jurídicos.

Mas na presente quadra, a valorização legislativa da jurisprudência é inquestionável e identificável por sucessivas alterações processuais, comunicando forte carga de observância às decisões reiteradas dos Tribunais Superiores e encaminhando nosso sistema processual para “[...] uma espécie de *stare decisis* legislativo brasileiro, ou seja, uma valorização especial das decisões judiciais emanadas dos tribunais de cúpula, no sentido de que elas traçam a nova interpretação/solução das lides para os graus jurisdicionais inferiores, obrigados a segui-las” (BANCKE, 2010, p. 43).

Nesta linha, podem ser citadas as regras: *i*) que autorizam o relator a decidir monocraticamente recursos quando a matéria discutida se encontra respaldada em súmula ou em jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de Tribunais Superiores (CPC, art. 38 da Lei nº 8.038/90; art. 557 do CPC, com a redação das Leis nº 9.139/95 e 9.756/98; art. 544, §4º do CPC, na redação das Leis nº 8.950/94 e 12.322/10); *ii*) que dispensam a remessa ao plenário ou órgão especial da questão de constitucionalidade quando já houver pronunciamento prévio dos aludidos órgãos ou do Plenário do STF (CPC, art. 481, parágrafo único, na redação da Lei nº 9.756/98); *iii*) que estabelece juízo negativo da prelibação da apelação no caso de apresentar desconformidade com súmula do STF ou do STJ (CPC, art. 518, § 1º); *iv*) que tratam da repercussão geral da matéria no STF, obstando o conhecimento de recursos extraordinários quando já houver pronunciamento anterior sobre a matéria e determinando a aplicação do resultado sobre os recursos em tramitação ou sobrestados nos tribunais locais (CPC, arts. 543-A, §5º e 543-B, §§2º e 3º); *v*) que tratam do procedimento de recurso especial repetitivo, com resultados semelhantes aos da repercussão geral, incidentes sobre os recursos especiais sobrestados, conforme apresentem conformidade ou desconformidade com a decisão quadro do STJ (CPC, art. 543, §7º); *vii*) que dispensam a interposição de recursos quando a decisão a ser objeto estiver em conformidade com decisões reiteradas do STF ou Tribunais Superiores (Lei nº 9.469/97, art. 4º) ou com decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, súmula ou jurisprudência do STF ou Tribunais Superiores (Lei nº 8.213/91, art. 131); *viii*) a prefalada regra que autoriza a prolação de sentença liminar de improcedência (CPC, art. 285-A), que segundo a mais recente jurisprudência do STJ, somente pode ser

aplicada quando o conteúdo da sentença estiver em sintonia com a jurisprudência do STJ e do tribunal local, a denominada “dupla conforme” (BRASIL, REsp 1225227, 2013).

A força vinculante contida nestas regras corresponde ao que Eduardo Talamini (2011, p. 147) denominou de “vinculação média”, numa escala intermediária e gradativa que parte da “vinculação fraca”, decorrente da mera persuasão por utilização do argumento de autoridade do julgado, “[...] eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *common law*”, até a “vinculação forte”, traduzida na força vinculante *strictu sensu* própria das decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações típicas do controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos e da súmula vinculante (CF/1988, arts. 103, *caput* e 103-A, *caput*).

Esclarece o autor o *modus operandi* de tal efeito:

De todo modo, pode-se falar em uma ‘vinculação média’ nos casos ora em discurso: há, além da força persuasiva a que se aludiu antes, um regime jurídico que expressamente atribui consequências especiais ao precedente ou à orientação jurisprudencial. Além disso, a ampliação de tais hipóteses, no curso dos anos, retrata a intensificação da importância atribuída à jurisprudência em nosso sistema, em prol da economia processual e da segurança jurídica. Os valores subjacentes e os fins visados são em larga medida os mesmos da eficácia vinculante propriamente dita. (TALAMINI, 2011)

A opção legislativa de fortalecimento da jurisprudência dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, em perspectiva de ampliação no Projeto do novo CPC, com a provável introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas²², claramente busca atender a litigiosidade repetitiva de massa, e se não é de todo imune a críticas²³ também não é destituída de méritos, cujo aperfeiçoamento certamente trará benefícios não apenas quantitativos, mas também qualitativos para a prestação jurisdicional, prestigiando o valor segurança jurídica com o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, de que decorrem melhorias na estabilidade do sistema jurídico, na isonomia de tratamento jurídico das partes, na confiança depositada pelo jurisdicionado e na celeridade e eficiência do Poder Judiciário.

É neste contexto que se insere e reforça a técnica de fundamentação *per relationem*, pois a fixação de paradigmas hermenêuticos em decisões-padrão naturalmente levará os juízes

²² Emenda aglutinativa substitutiva global ao PL 8.046/2010, arts. 988 a 999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

²³ Relevante o apontamento de Dierle Nunes, no sentido de que “Essa questão em relação à diferença entre casos ‘idênticos’ e ‘semelhantes’ é de suma importância, na atualidade, em face da existência destas técnicas de repercussão geral e recursos especiais repetitivos e do modo como elas vêm sendo aplicadas, por vezes, pelo STF e STJ. Ambas as técnicas nascem com déficits de aplicação preocupantes, entre eles, a verificação se os recursos escolhidos (representativos da controvérsia) abrangem somente os casos idênticos, ou se estão também sendo utilizados erroneamente, obstando o prosseguimento de casos semelhantes” (NUNES, 2011, p. 52).

de primeira instância a um necessário alinhamento, senão por reconhecimento de que é parte integrante de um sistema jurídico que precisa de coesão - ainda que com ressalva pessoal de seu entendimento - ao menos para evitar alimentar falsas expectativas aos jurisdicionados que demandem em sentido contrário aos nortes jurisprudenciais previamente estabelecidos.

Para racionalizar um sistema jurídico cada vez mais baseado na vinculação impositiva à jurisprudência, por óbvio que ganha relevo a técnica de referenciar a fundamentação àquela constante de decisões dotadas desta força vinculativa, o que se mostra não apenas racional como adequado, capaz de atender à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais e harmonizar o princípio constitucional do devido processo legal com a garantia da razoável duração do processo, prestigiando os valores da segurança jurídica, da celeridade e da eficiência, imprescindíveis para cumprimento da missão cometida pela Constituição ao Poder Judiciário brasileiro.

6 CONCLUSÕES

De todo o exposto, é possível concluir que:

- a) O dever de fundamentar as decisões judiciais, visto como princípio, garantia ou técnica relevante, é regra constitucional obsequiosa aos princípios constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal, os quais presta salvaguarda pela sanção de nulidade dos atos judiciais decisórios proferidos ao seu arripio;
- b) Tal dever atende tanto às funções endoprocessuais, de natureza técnica, como extraprocessuais, de natureza política, as primeiras destinadas assegurar a ampla defesa, possibilitando às partes influenciar na decisão judicial e exercer os meios recursais previstos na legislação, e as segundas vocacionadas a justificar a intromissão estatal na esfera jurídica dos cidadãos, garantir a imparcialidade e a independência do juiz e permitir o controle social da legalidade e da legitimidade da função jurisdicional;
- c) A técnica de fundamentação *per relationem* ou referencial, que consiste em fundamentar a decisão judicial através do reenvio a conteúdo motivacional de outra decisão ou encampamento dos motivos constantes de outra decisão ou manifestação processual, pressupõe a existência de motivação da decisão referenciada e apresenta conformidade com a Constituição

da República, não podendo ser automaticamente equiparada à decisão judicial não fundamentada e nula (CF/88, art. 93, IX);

d) A utilização da técnica de fundamentação *per relationem*, que encontra chancela na jurisprudência praticamente uníssona dos Tribunais Superiores e de expressiva parcela da doutrina, bem assim se encontra tipificada nos arts. 46 da Lei nº 9.099/95 e 285-A do CPC, ganha força perante a tendência legislativa de valorização da jurisprudência e dos precedentes dos Tribunais Superiores, devendo ser adequadamente aplicada para consolidar-se como instrumento apto a atender a litigiosidade serial, repetitiva e de massa, funcionando como poderoso meio processual para harmonizar o princípio constitucional do devido processo legal com a garantia constitucional da razoável duração do processo.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El Concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da fundamentação das decisões judiciais. In: *Revista de Processo*. n. 67, p. 194-213, jul. 1992.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar a experiência inglesa. In: *Revista de Processo*. n. 192, p. 99-217, fev. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 38, p. 122-141, abr. 2002.

BANCKE, Sara Rodrigues. *Motivação aliunde sob a perspectiva da dimensão estrutural do precedente: critérios de escolha*. Monografia apresentada à Escola de Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE/PR, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Prof^a. Orientadora Ms. Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornall. Curitiba, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

BARROSO, José Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-Direito>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1314518/RS. Recorrente: Cláudio Froes Fernandez Pena. Recorrido: União Federal. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, julgado em 07 maio 2013. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 ago. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1225227/MS. Recorrente: BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento. Recorrido: Luiz Felipe da Cruz. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 28 maio 2013. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 jun.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 496694 ED-segundos/RS. Embargante: Gazola S/A Indústria Metalúrgica. Embargada: União. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 28 maio 2013, Acórdão Eletrônico DJe-118, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 ago. 2013

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada*. Revista de processo, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 220-225, jan./mar. 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. tomo I.

_____. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. *Revista de Processo*. n. 190, p. 127-153, dez. 2010.

FONSECA, Vítor. Fundamentação Per Relationem. *Revista de Processo*. n. 129, p. 251-268, nov. 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença*. Revista de Processo, n. 29, p. 79-81, jan. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*. n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.39

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In: *Revista de Processo*, n. 199, p. 41-82, set. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença arbitrária. In: *Revista de Processo*. n. 204, p. 33-50, fev. 2012.

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Buenos Aires. El Foro, 2003.

SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. n. 133, p. 136-149, mar. 2006.

STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle de constitucionalidade e força vinculante (ou devagar com o andor que o santo é de barro). In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 135-166.

TARUFFO, Michelle. Il Significato Costituzionale Dell’obbligo di Motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-50.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Barletta: CEDAM, 1975.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A fundamentação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.