

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Lucas Del Mora do Nascimento



www.conteudojuridico.com.br

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Lucas Del Mora do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Ms. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP
2017

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Trabalho de Curso (ou Mono-
grafia) aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato
(Orientadora)

Vinícius Marin Cancian
(Examinador 1)

André Freitas Luengo
(Examinador 2)

À meu Deus, autor de minha fé, e
a minha família, sustentáculo em todas ocasiões.

AGRADECIMENTOS

Ao final deste trajeto acadêmico, diversos agradecimentos são merecidos, não só aos acadêmicos que conviveram ao meu lado, mas também quem forneceu o suporte externo.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado gratuitamente o discernimento a coragem e decisão, que foram imprescindíveis para chegar onde estou.

Agradeço a minha família (pais, irmãos, avós, tios), que sempre torceram e contribuíram para a minha vitória em todas as áreas de minha vida.

Agradeço o Centro Universitário Toledo, e a todos os seus professores, que contribuíram para o meu crescimento profissional e intelectual, foi uma honra aprender com pessoas tão competentes e decididas em suas missões.

Agradeço imensamente a minha orientadora, por ter me acolhido e orientado neste árduo trabalho monográfico, me concedendo sua atenção e um pouco de suas valiosas lições, foi um privilégio ser seu orientando.

Agradeço ao professor Vinícius Marin Cancian e ao brilhante analista do Ministério Público André Freitas Luengo, que aceitaram prontamente o convite, para compor a banca, sinto-me honrado.

Agradeço por fim, a todos os amigos e amigas da turma E, que tornaram cada dia de aula como se fosse o último.

Se precedentes devem controlar razão e justiça, [...]

*Eu aconselharia cavalheiro muito seriamente
considerar o perigo em que estamos, e examinar quais
precedentes existem de cada lado da questão.*

*[...]. Além disso, deve-se lembrar que
os precedentes, em alguns casos, não vão desculpar um juiz.*

Jonathan Swift, Drapier's Letter, 1724.

RESUMO

Gradativamente o sistema *common law* tem se aproximado do sistema *civil law*, ocorrendo uma miscigenação entres estas tradições. Isto é, a cada dia mais, vemos o sistema americano e inglês regulamentando matérias por leis e códigos, e o direito continental utilizando-se de precedentes judiciais. Indubitavelmente, o sistema brasileiro adotou a tradição *civil law*, porém, vem constantemente atribuindo maior valor aos precedentes judiciais, sem observar os institutos e técnicas inerentes a esta ferramenta de aplicação do direito. Desse modo, considerando as influências trazidas pelo atual diploma processual civil, o presente trabalho monográfico visou dar uma singela contribuição para o debate sobre o sistema de precedente brasileiro, expondo os pontos controvertidos do sistema de precedentes judiciais brasileiro, tecendo críticas quanto a sua aplicação e constitucionalidade, e ainda, a mudança que estes acarretaram na racionalidade das decisões judiciais. Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro pontos, que embora sejam diferentes, se associam entre si. Primeiramente, se assentou as premissas conceituais e metodológicas que cercam a decisão judicial, dentre as quais, ressalta-se a lógica formal e as teorias da argumentação jurídica. Em um segundo momento, se realizou a análise das duas grandiosas tradições do *civil law* e *common law*, e suas diferença e aproximações, com o fim de se aferir os vários sistemas de precedentes e a nova racionalidade das decisões, ou seja, o modo de julgar. A partir do cotejo das tradições jurídicas e seus aspectos na cultura racional jurídica brasileira, se empreendeu o estudo do terceiro momento, abordando-se o sistema de precedentes brasileiro, analisando-se sua conceituação no atual CPC e sua duvidosa constitucionalidade, e seus aspectos controvertidos, tecendo-se as críticas pertinentes, e ao final retratou-se sobre o modo de sua operação. Por fim, em um quarto momento, se pesquisou a aplicação dos precedentes nas cortes de vértice. Em face destes quatro pontos, se procurou demonstrar as adequações necessárias à adoção de um sistema de precedentes vinculantes brasileiros, e os cuidados inerentes a sua aplicação.

Palavras-chave: Decisão Judicial, Argumentação Jurídica, Racionalidade das Decisões, Sistema de Precedentes, Precedentes Vinculantes.

ABSTRACT

Gradually the common law system has approached the civil law system, occurring a miscegenation between these traditions. That is, every day, we see the American and English system regulating matters by laws and codes, and continental law using judicial precedents. Undoubtedly, the Brazilian system has adopted the civil law tradition. However, it has consistently attributed greater value to judicial precedents, without observing the institutes and techniques inherent in this tool of law enforcement. Thus, considering the influences brought by the current civil procedural law, this single-graph work aimed to make a simple contribution to the debate about the Brazilian pre-assignment system, exposing the controversial points of the system of Brazilian judicial precedents, criticisms regarding their application and constitutionality, and also, the change they have brought about in the rationality of judicial decisions. For this, the work was divided into four points, which, although different, are related to each other. Firstly, the conceptual and methodological premises that surround the judicial decision were established, among which the formal logic and theories of legal argumentation stand out. In a second moment, the analysis of the two great traditions of civil law and common law, and its differences and approximations, was carried out in order to assess the various systems of precedents and the new rationality of decisions, that is to say, the way of judging. Based on the comparison of legal traditions and their aspects in the Brazilian legal rational culture, the study of the third moment was undertaken, approaching the Brazilian pre-transference system, analyzing its conceptualization in the current CPC and its doubts constitutionality, and its controversial aspects, weaving the pertinent criticisms, and in the end it was portrayed on the way of its operation. Finally, in a fourth moment, the application of the precedents in the vertex cuts was investigated. In view of these four points, it was tried to demonstrate the necessary adaptations to the adoption of a system of Brazilian binding precedents, and the precautions inherent in its application.

Keywords: Judicial Decision, Legal Argumentation, Rationality of Decisions, System of Precedents, Binding Precedents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A DECISÃO JUDICIAL	14
2.1 Lógica Formal e Decisão Judicial	16
2.2 Interpretação e Argumentação	20
2.3 Casos simples e casos difíceis (Easy end Hard Cases)	25
2.4 As Teorias da Argumentação Jurídica	28
3 O PRECEDENTE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	33
3.1 A técnica do precedente e common law	35
3.2 A técnica do precedente e civil law	45
3.3 Diferenças e Aproximação das Tradições Ocidentais.....	49
3.4 Os Diversos Sistemas de Precedentes.....	55
3.5 A Racionalidade e a Fundamentação com Precedentes	60
4 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	64
4.1 Os Precedentes no Atual Código de Processo Civil	65
4.2 (In) Constitucionalidade dos Precedentes a Moda Brasileira.....	71
4.3 Aspectos Controvertidos e Crítica a Nova Jurisdição	76
4.4 Operação com Precedentes no Sistema Brasileiro.....	81
5 PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL.....	88
5.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal – STF.....	89
5.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça – STJ	93
6 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
ANEXOS.....	104

1 INTRODUÇÃO

Por vários anos foram disseminadas ideologias no sentido de absoluto desmembramento entre as teorias do *civil law* e da *common law*. No entanto, com o passar do tempo e a eminente necessidade de um sistema célere, ocorreu a miscigenação das duas teorias, com a criação de mecanismos semelhantes aos precedentes, porém não iguais, sendo um deles a súmula vinculante.

Merece crédito aqueles que defendem uma fusão gradativa das tradições, (dentre eles Thomas da Rosa Bustamante) pois uma complementa os problemas da outra, mas, ambas possuem pontos positivos e negativos.

Ocorre que, o nosso sistema jurídico é esquematizado e montado sobre a premissa da tradição romano-germânica, ou seja, do direito positivado, assim não deve o ordenamento se adequar aos precedentes, mas sim, estes se adequarem aquele.

Conforme a música “Autor Desconhecido” da banda Rosa de Saron, quem não conhece a própria história está condenado a repeti-la, pois se não olharmos para o passado, não saberemos o nosso futuro. Essa mesma regra aplica-se ao universo da jurisdição, ou seja, é quase que obrigatório sabermos o porquê das coisas, afastando-se a apavorante resposta “porque sim”.

Nesse interim, o presente trabalho monográfico buscou a análise das tradições do *common law* e *civil law*, tendo como pano de fundo o atual Código de Processo Civil, com o fim de se interpretar e compreender a intenção do legislador ao criar o Código de Processo Civil de 2015, assim como, o funcionamento do sistema do sistema de precedentes e sua aplicação prática, e a mudança de racionalidade que o mesmo causará nas decisões judiciais.

A nossa Constituição Federal, por algumas vezes, atribuiu efeito vinculante a algumas decisões do STF, notadamente, as de controle concentrado e as Súmulas Vinculantes.

Com o decorrer dos tempos, a jurisprudência, súmulas não vinculantes, os incidentes de uniformização, os recursos repetitivos e repercussão geral, ganharam força, surgindo-se uma dúvida estremeceadora em nosso sistema jurídico, qual seja, esses institutos são de observação obrigatória? Há diversas contendas doutrinárias e

jurisprudenciais sobre o assunto.

O debate ganhou força com a entrada do atual Código de Processo Civil, que modificou substancialmente o sistema jurídico brasileiro, em razão da preocupação com a celeridade e segurança jurídica. Isso porque, no Anteprojeto do código, restou claro a precaução do legislador em garantir a coerência interna e externa das decisões.

Entre as mudanças, o código criou o notável artigo 927, que será objeto de análise no presente trabalho. Neste artigo há um rol de institutos que deveram ser observados pelos juízes e tribunais, sendo eles: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; as sumulas vinculantes; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais; os enunciados das sumulas do STF e STJ; a orientação do plenário ou órgão especial que estejam vinculados.

Não se olvide, que o sistema de precedentes vinculantes brasileiro, possui certa semelhança com o sistema de precedentes norte-americano, como a nomenclatura e principalmente a ideia de se utilizar decisões passadas, para embasar casos futuros. Porém, trata-se de sistemas completamente distintos, e portanto, se buscará analisar ambos os sistemas com o fim de se realizar a devida diferenciação de cada um.

O simples traslado de tradições jurídicas, sem observar as particularidades culturais e normativas, tanto do país que recebe, como do país que envia, não causará o efeito aguardado pelo novo Código de Processo Civil. Por isso, o nosso sistema merece um estudo aprofundado, tendo sempre em vista que temos uma Constituição de amplo alcance e princípios inofismáveis a serem respeitados.

Embora haja muitas críticas ao sistema brasileiro, é de salutar que o mesmo confrontará contra a arbitrariedade estatal que atinge os cidadãos. Dessa forma o legislador se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático, para combater o descaso do Poder Judiciário.

Em suma, o presente trabalho teve como finalidade demonstrar o cenário geral do sistema brasileiro de precedentes vinculantes, tendo como base de estudo e

fundamento o atual Código de Processo Civil, o direito comparado entre *common law* e *civil law*, a decisão judicial e as teorias da argumentação jurídica. No mais, se fará um estudo crítico acerca dos aspectos controvertidos na utilização dos precedentes, especialmente quando se tem o objetivo de sedimentar conceitos, e aferir a intenção legislativa com os dogmas jurídicos.

A pesquisa possui relevante importância acadêmica e prática, em razão da já mencionada miscigenação das tradições jurídicas em que vivenciamos, visando clarear o nebuloso sistema de precedentes em território brasileiro.

Buscou-se, por meio do método comparativo, estabelecer as principais diferenças e semelhanças entre os sistemas *common law* e *civil law*, com o fim de descobrir a natureza do sistema que o atual CPC deseja implantar.

Ademais, se utilizou do método dedutivo, por meio de uma análise da teoria geral do processo, bem como do método indutivo, com o estudo de casos concretos julgados pelos nossos tribunais. Utilizou-se ainda, de pesquisa legislativa, em especial a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.

O referencial teórico foi Teresa Arruda Alvim, que afirma que adotamos um sistema de precedentes a moda brasileira, e que o mesmo é benéfico para nossa justiça, e Lenio Luiz Sreck, que alega que os precedentes são decisões prontas.

Visando alcançar os objetivos do presente trabalho, partiu-se com a análise da decisão judicial, expondo suas características e elementos fundamentais, com o fim de se descobrir o papel dos precedentes em uma decisão judicial.

Em seguida, analisou-se a racionalidade das decisões judiciais, explicando de forma abreviada a estrutura do Judiciário norte-americano e inglês, a fim de se descobrir a racionalidade dos juízes de *common law*, para posteriormente se aprofundar na racionalidade dos juízes brasileiros, sendo importante deixar claro, que nesta oportunidade, se estudou também as diferenças e semelhanças das tradições ocidentais, e os vários sistemas de precedentes que cada país adota.

Após, abordou-se o estudo do sistema de precedentes nacional vigente, tendo como pano de fundo o atual CPC. Neste capítulo abordamos sua (in) constitucionalidade, aspectos controvertidos de sua aplicação, e no final o seu modo de operação.

Por fim, no ultimo capitulo, se concentrou em um breve estudo da aplicação dos precedentes nos tribunais superiores, buscando compreender como as cortes devem se manifestar frente aos precedentes.

2 A DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é descrita por Holmes como um acontecimento póstero certo, e impreterivelmente previsível¹. Essa antecipação confere às partes, segurança jurídica, dando as ferramentas para ciência de como será o julgamento.

O atual sistema concebe um extenso cenário para que o intérprete do direito reconstrua caso a caso, utilizando-se de normas, costumes, princípios e valores, o direito cabível conforme a demanda. Porém tal cenário deu ensejo a arbitrariedades nas decisões judiciais, tendo em vista que os julgadores decidem conforme suas próprias convicções, cooperando para uma enxurrada de recursos nos tribunais.

Acontece que, no seio de um Estado Democrático de Direito, sob a luz da Constituição Federal, não podemos admitir que juízes decidam conforme a consciência, já que exercem um poder republicano, e são autênticos representantes da soberania popular, tornando-se apenas anunciadores do texto legal.

Sobre esse aspecto, o erudito Código de Processo Civil de 2015, buscou readquirir o perfil republicano dos magistrados brasileiros, como base fundamental para um devido processo pautado pela legalidade, justiça e rapidez, no mandamento de que o processo civil será organizado e baseado em conformidade com os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Nesse contexto, não há mais como consentir a figura do juiz autoritário, proibindo-se o ativismo judicial irresponsável, resguardando dogmas históricos, citando um deles, a repartição dos poderes, onde o Legislativo, Judiciário e Executivo devem atuar de forma harmônica e independente.

Não obstante, com o advento do novo Código de Processo Civil, sobreveio mais um discurso no contexto da decisão judicial, o precedente, que até então era somente a fundamentação. Cada um cumpre um papel fundamental na decisão, sendo que o precedente, supostamente, assegura a utilidade do direito observando a

¹ The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts" (MARKE, 1955, p. 59)

segurança jurídica e coerência normativa, já a fundamentação constitui direito fundamental da parte e promove o processo íntegro. Ambos são discursos jurídicos, porém cada um com suas respectivas funções e endereços.²

O *busilis* consiste em verificar a eficácia dos precedentes como discurso judicial, ou seja, o sistema de precedentes judiciais seria o ideal para tornar as decisões precisas e justas? Ocorre que a maioria dos juizes não possuem as ferramentas necessária para trabalhar com um sistema totalmente diferente daquele que estão acostumados a manusear, colocando toda a atual ciência jurídica processual em risco. Portanto, é preciso compreender o desiderato do legislador do atual código, a fim de chegar a um consenso sobre o que seria um precedente, e como deve ser utilizado em uma decisão, tarefa nada fácil, já que há uma divergência doutrinária acerca do assunto.

Outro ponto que se discute seria os efeitos de uma decisão já transitada em julgado em relação a um processo futuro, ou seja, o uso de julgados teria sido alterado com o novo diploma processual? Para o ministro Roberto Barroso e a professora Patrícia Perrone Campos, os julgados possuem eficácia normativa em sentido forte, devendo ser observados sob pena de reclamação³. Se considerarmos que tal afirmativa está correta, teríamos um problema, tendo em vista que o poder judiciário estaria tecnicamente legislando, com licença do código de processo civil, uma lei meramente ordinária, sem levar em conta o princípio do livre convencimento motivado, implantando um sistema de precedentes judiciais, fazendo com que o uso de um julgado seja modificado para uma nova finalidade, qual seja, fundamentar uma decisão futura.

Assim deve se ter em mente que o direito não é uma ciência exata como a matemática onde se utiliza de formulas, e sim uma ciência humana, devendo-se analisar o caso em concreto para descobrir a prestação jurisdicional adequada, ou

² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, p.62, 2012.

³ BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU, Brasília-DF*, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.

seja, é inimaginável desmembrar de forma simétrica o caso concreto e o direito, compreendendo o fato e a norma⁴, impondo um resultado pré-definido para os casos semelhantes, que carecem de individualização.

De todas as mutações históricas que sofreu as decisões judiciais, denota-se que nos dias de hoje, é fundamental que se preze a hermenêutica como sistema de freio a arbitrariedade do juiz, ou seja uma grande vitória, no ponto de vista técnico. Nessa conjuntura, ganharam força as teorias da argumentação, direcionada para um esteio jurídico onde se decida com atratividade⁵. Em razão disso, e com amparo nas novas propostas do novo código de processo civil, e conforme o artigo 489, § 1º, as decisões judiciais devem conter um fundamento compatível com o pedido e a causa de pedir, garantindo a justiça buscada pelas partes. Com essas substanciais modificações no tange as fundamentações nas decisões judiciais, nos parece que a intenção do legislador ao elaborar o artigo 927, foi de consolidar os entendimentos dos tribunais e dar maior previsibilidade a partes.

2.1 Lógica Formal e Decisão Judicial

A natureza do presente trabalho científico, não concede uma investigação minuciosa do estudo da lógica, que somente servirá de sustentáculo para o tema central do trabalho.

De um modo geral, os provimentos judiciais não devem ser apenas legais, mas admissíveis por não obstaculizarem preceitos fundamentais reconhecidos⁶. Além disso, não se pode consentir em um Estado Democrático de Direito, um poder judiciário que decide por suas próprias razões, uma vez que, a obrigação de fundamentação possui amparo na Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX, portanto, há uma lógica que deve ser aplicada conforme os parâmetros legais, em um raciocínio estruturado.

A lógica é uma ciência de origem filosófica. O raciocínio organizado é a declaração do conhecimento, buscando de forma precisa a verdade. Para descobri-

⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica a Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, pg.47,2010.

⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 134 e 151-153.

⁶ Compreendendo-se valores sociais e políticos como o respeito, verdade, diálogo e a Justiça Social.

la, é preciso observar vários critérios para que essa finalidade possa ser obtida. Assim, a lógica orbita na área da filosofia, cuidando das regras do raciocínio, ou do pensamento organizado, sendo um sistema que se compõe de axiomas e regras, visando representar um raciocínio verídico.

Utiliza-se a lógica não como um fim, mas, um meio. Ela se revela necessária somente por um meio que vise garantir que o pensamento chegue a informações e conhecimentos verdadeiros⁷.

Ao se fazer um panorama histórico sobre a lógica, se faz necessário voltarmos a Grécia clássica, no século VI a.C., onde os filósofos primaciais pré-socráticos viveram, nesse período elaboraram um discurso que contraria à atitude mítica dominante nos poemas de Hesíodo e Homero. A nova forma de pensar e reconstruída por Aristóteles – um expoente no assunto- na obra *Analíticos*. Como o próprio nome revela, cuida-se de uma análise do pensamento. Posteriormente outras obras relevantes do mesmo assunto surgiram, contribuindo para um melhor jeito de pensar, como por exemplo, a obra *Órganon*, que em português significa instrumento. Apesar de outros autores redigirem sobre o tema como Sócrates e Platão, nenhum deles se aprofundaram como Aristóteles, razão pela qual, até nos dias de hoje permanece a lógica aristotélica.

Aristóteles divide a lógica em material e formal. No aspecto da lógica material, se procura adequar a argumentação à realidade, é a genuína operação do pensamento, de acordo com a matéria, definindo os métodos do direito da matemática, da química e entre outras, ao passo que, a lógica formal se expressa em um jeito de pensar, de conhecer, e raciocinar, sem levar em conta o conteúdo⁸. Trata-se de uma atuação de reflexão sobre a veracidade das ideias e propostas, ou seja, apenas premissas.

⁷ SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

⁸ MARTINS, Dayse Braga. Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

Observa-se que a palavra lógica, advém do grego *logos*, que quer dizer “razão”, na seara filosófica tal palavra se revela na capacidade humana da linguagem e do raciocínio, observando a percepção cognitiva da realidade.

É por meio da lógica que se atribui qualidade aos argumentos, sendo assim, justificar uma decisão utilizando-se apenas de precedentes é no mínimo equivocado, já que é um fundamento utilizado somente pelas semelhanças entre um caso e outro, omitindo-se da verdadeira hermenêutica, e aplicando de prontidão a tese cabível ao caso, independentemente de sua qualidade, já que é obrigatório sua presença na fundamentação.

O motivo de não poder aplicar a lógica formal nas decisões judiciais, é exatamente porque os juízos jurídicos, são juízos de valores advindos de motivos culturais, sociais, ideológicos, que consiste em simplesmente dizer “cada caso é um caso”, não se permitindo que se reduza a capacidade interpretativa e a aplicação do direito a sistemas pré-concebidos de lógica formal, um exemplo deles é o sistema de precedentes judiciais.

O direito é um ramo de controvérsias, e possui uma alta dinâmica, com valores e finalidades específicas, não admitindo uma lógica do certo e errado, sempre tem o “depende”. Por isso o direito deve ser reconstruído conforme o caso concreto.⁹ Dessa maneira, a lógica jurídica deve resistir e organizar o confronto de argumentos contrários relacionados a um mesmo caso. Com isso, se dá a possibilidade para que cada uma das partes exponha seus argumentos da melhor forma possível a atingir o convencimento do juiz¹⁰.

Não é de hoje que os tribunais alertam no sentido de que o direito não se desvincula da justiça, ou seja, não é simplesmente um exercício da lógica formal, utilizando-se de enquadramento de teses genéricas para solucionar conflitos¹¹.

Em tempos de positivismo jurídico, a justiça era um ideal irracional, existindo a lei posta estada por meio de regras, ou seja, para o positivismo, o juiz exerce

⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 501.

¹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231.

¹¹ REsp 57395 MG 1994/0036471-7 (STJ) / REsp 35615 SP 1993/0015511-3 / AC 52676 PE 95.05.17560-4 (TRF-5)

uma atividade simplesmente declarativa e reprodutiva do texto legal. Assim, resta claro que esse modelo apresentado pelo positivismo, está calcado na lógica formal, com pensamentos simplesmente dedutivos, e não está apto para solucionar os conflitos jurídicos. Para Perelman, isso ocorre porque o papel do juiz é apenas ser a boca da lei, sendo que a lei não representa o universo jurídico, é meramente o instrumento chave que auxilia o juiz em suas funções jurisdicionais¹².

Com o decorrer dos anos, a maneira de pensar o direito foi modificada por diversos fatores, o mais importante deles foi a Segunda Guerra Mundial¹³, o positivismo clássico já não tinha capacidade de produzir uma resposta justa para as questões jurídicas, em especial as de maior complexidade. Desse modo, nasceu um novo pensamento jusfilosófico, chamado de pós-positivismo, dando azo a aplicação de princípios.

E foi exatamente nesse cenário que se levantou contra o positivismo clássico a Teoria da Argumentação Jurídica, impondo um modo de pensar prático em todos os momentos das decisões jurídicas.

A visão Kelseniana, por sua vez, tem como ponto neurálgico o rigor metodológico, baseado na incessante busca pelo descobrimento do objeto e o método a ser aplicado, visando construir uma teoria pura do direito, assim Kelsen afirma que uma decisão judicial não advém de uma operação lógica, tratando-se de um ato de aplicação da lei. Ademais, Kelsen afirma que o discurso lógico formal deve ser aplicado somente às proposições doutrinárias, sendo que, nas normas não seria possível sua aplicação¹⁴.

Do todo o percorrido, denota-se que o campo do direito é o do razoável, e não do irracional como sugere Kelsen, uma estrutura dedutivista não consegue explicar a real expressão e aplicação do direito, principalmente a tomada de uma decisão. O pensamento jurídico atual passa então a se opor contra a lógica formal, primando pela dialética e a lógica do razoável. E é exatamente nesse cenário que a

¹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 221.

¹³ Podemos citar também o pluralismo e a diversidade da sociedade contemporânea, e a falência do positivismo.

¹⁴ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *Lógica jurídica, argumentação e racionalidade*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Pg.01 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

Teoria da Argumentação Jurídica cumpre um papel fundamental, fazendo com que o Direito não seja aplicado de forma mecânica e metódica, porém, deve o magistrado adotar argumentos contundentes e razoáveis em suas decisões, construindo por meio de um raciocínio lógico. Assim, se permite dar um grande passo a democracia e controlar eventuais arbitrariedades, cumprindo o disposto no art. 5º da LICC, que prima pelo atendimento dos fins sociais em que a lei se destina¹⁵.

2.2 Interpretação e Argumentação

De início, cumpre especificarmos as diferenças terminológicas entre “interpretação” e “argumentação”, a fim de determinar a conexão conceitual destas.

Interpretar se revela na ideia de esclarecimento, entendimento e assimilação de um determinado conteúdo, para que se extraia de um texto a sua aplicação e alcance. Nessa esteira, Karl Engisch aduz que “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais”¹⁶.

A argumentação, por sua vez, e o ato de relacionar pesquisas, textos, estudos, teses, respostas, com a finalidade de defender determinada ideia ou pensamento. Uma escrita argumentativa sempre tem um destinatário, no ramo jurídico, por exemplo, o advogado ao juiz, o juiz as partes, sempre tentando provar algo e fazer com que o leitor ou ouvinte aceite uma linha de raciocínio.

A partir deste momento, aprofundaremos na ceara da interpretação, e posteriormente na da argumentação. Tudo é passível de interpretação, inclusive o silêncio, pois, toda coisa ou fato possui algum significado. Trata-se de um ato de vontade, logo todos nós, a cada minuto do nosso dia realizamos várias interpretações. Toda vez que nos sentimos inseguros frente a um determinado texto ou situação, nos esforçamos para interpretar e obter uma resposta.

¹⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Decreto Lei nº 4657 de 1942.

¹⁶ GULBENKIAN, Calouste. Introdução ao pensamento jurídico, 6º ed., pg.127, *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.pg.102.

No contexto jurídico, é por meio da interpretação que conseguimos tirar a venda de nossos olhos, e enxergar aquilo que realmente o texto deseja transmitir, mesmo que de primeiro momento não se saiba o que o texto está dizendo. O juiz não pode atuar como uma cartomante, ou um clarividente, ao julgar as lides, pelo contrário, deve caso a caso esgotar sua capacidade interpretativa, para que se obtenha a verdade real.

A ciência responsável por estudar os métodos e princípios e fornecer os conteúdos necessários para interpretação, é a hermenêutica. Para alguns a palavra hermenêutica se origina de um verbo grego “*hermeneuein*”, que significava declarar, interpretar. Outros defendem que a origem está baseada no nome de um deus da mitologia grega *Hermes*, incumbido de interpretar as mensagens divinas¹⁷.

Na utilidade prática, interpretar significa ler a norma e buscar sua finalidade, ao passo que a hermenêutica vai dar para o interprete o suporte necessário para realizar essa tarefa interpretativa. Portanto, a hermenêutica é o monopólio da ciência jurídica que se presta a formular e organizar as técnicas que subsidiarão a interpretação¹⁸.

Sabendo disso, cumpre ressaltar ainda a diferença entre interpretação e aplicação do direito. Há correntes que defendem que aplicação e interpretação são as mesmas coisas, e outros que dizem que são termos diferentes. É possível constatar que se trata de atividades similares conforme passa a se expor abaixo.

Há um componente na tese daqueles que afirmam que um sistema de precedentes seria a solução as problemáticas processuais contemporâneas, que é a fragmentação entre interpretação e aplicação. Há vários equívocos nessa afirmação. Como dito a ciência jurídica não é uma simples racionalidade instrumental. Em suma, interpretar e compreender e compreender é aplicar, já não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar¹⁹.

Assim, na atual dogmática não há cisão entre aplicação e interpretação, uma vez que, a atribuição de sentidos leva-se em conta os fatos do caso em concreto

¹⁷ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2007, pg. 51.

¹⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*.2008. Pg.57.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pg.75.

e a realidade subentendida, de forma que, a norma jurídica não é passível de interpretação, pois esta já está extraída do texto legal, portanto ela é o resultado final da interpretação. Em certos casos (*hard cases*) o interprete tem um papel fundamental, pois seus conceitos jurídicos serão determinantes para dirimir a causa.

Ocorre que em muitos casos o juiz já possui uma decisão antes mesmo de analisar os fatos. Esse tipo de interpretação está cheia de vícios, pois é hermética, se sustentando apenas na subjetividade do interprete. Assim deve-se utilizar uma interpretação especializada, buscando-se princípios concretos e pertinentes a causa, julgados com o mesmo parâmetro, e métodos razoáveis, evitando-se a arbitrariedade do juiz.

Um ponto importantíssimo que nos auxilia na ideia de que interpretação e aplicação são funções similares, é exatamente o caso em concreto, visto que nele segue-se um caminho para se chegar ao final da interpretação do direito²⁰. O caso em concreto é um dos principais motivos para se criar os tribunais superiores, e estes são incumbidos de ratificar ou anular a interpretação, que posteriormente será aplicada pelos juízes que prolataram a sentença recorrida.

É necessário que se extingue do âmbito jurídico todo e qualquer decisão construída sobre uma lógica indutiva, estabelecendo-se critérios que limitam a interpretação subjetiva. A vista disso apoiamos o pensamento crítico na fundamentação das decisões, devendo o juiz pautar-se na persuasão, e na busca da verdade real para cada caso em concreto, e não naquilo que ele considere sua verdade.

Em se tratando de interpretação genérica ou superficial, é imprescindível que comentemos o princípio da *in claris cessat interpretatio*. Tal brocado sintetiza o entendimento de que quando a lei for clara fica dispensada a interpretação. A doutrina é harmoniosa quanto a inaplicabilidade deste princípio no ordenamento jurídico.

Porém, com a chegada dos precedentes, que foram introduzidos pelo novo Código de Processo Civil, é reintegrado parcialmente no nosso ordenamento o princípio em testilha, tendo em vista que o precedente possui força de lei, um exemplo

²⁰ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 608.

claro disto é a sentença rudimentar do Ministro Luiz Barroso proferida em setembro de 2016²¹.

A decisão acima seria adequada em algumas décadas passadas, onde a lei era supervalorizada. E é exatamente assim que os defensores deste princípio esperam que se utilize a interpretação, ou melhor, em casos simples não a utilize, realizando apenas uma comparação simétrica da lei e o caso em concreto, que para nós seria o precedente.

Há tempos o processo civil exige das decisões judiciais, uma fundamentação válida, ou seja, o juiz motivar o seu entendimento, pode se constatar tal afirmação no artigo 118 do CPC de 1939²², artigo 131 do CPC de 1973²³ e artigo 371 do CPC de 2015²⁴.

Mesmo diante de uma lei clara, é imprescindível a interpretação, pois o conceito de lei clara vai depender de cada julgador, ademais, os tempos e contextos de cada caso mudam, tornando-se obrigatória uma excelsa atuação do interprete. Portanto, resta claro a inaplicabilidade do princípio da *in claris cessat interpretatio*, tendo em vista que o verdadeiro sentido da hermenêutica é a percepção de todas expressões jurídicas, seja elas claras ou não, conforme ensinamento de Maximiliano²⁵

Em tempos de neocostitucionalismo (movimento de revalorização do direito constitucional) e pós-positivismo (busca a reaproximação de direito e ética, resgatando os valores e direitos fundamentais e sobejando o conceito de legalidade estrita), a principal ferramenta para concretizar estes movimentos é a argumentação, como dito no subtópico acima.

²¹ Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte. No mesmo sentido: RE 814.204-RG, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 945.513-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, e ARE 845.907-AgR, da minha relatoria.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se.

²² Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

²³ Art.131. O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento

²⁴ Art.371. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento

²⁵ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano Op. cit. pg.55.

Já é sabido que toda decisão judicial deve ser fundamentada para que as partes conheçam as razões que levaram a ganhar ou perder uma causa. O ato de decidir pode se basear em fatores lógicos e fatores eventualmente de justiça, ou que não digam propriamente a justiça, mas que tenham influência na decisão final, sobre o viés da efetividade. Esses fatores passam pelo prisma da argumentação, citando um deles, é o critério da razoabilidade, que é um paradoxo semântico, inviabilizando que a decisão sobre razoabilidade seja a mesma para vários julgadores, neste caso a lógica formal não seria suficiente para trabalhar esse tema²⁶.

Portanto, a lógica por si só não resolve o problema de decidir, como também a justiça, já que os julgadores possuem formações e conceitos diferenciados, entra nesse rol também a eficiência pelos mesmos motivos da justiça, pois não são parâmetros objetivos.

Com essas premissas em mente, há de se realizar uma argumentação enquanto ao caso, sendo que esta última se diferencia da fundamentação, que é apenas o itinerário que o juiz lança em uma sentença, para demonstrar a sua aferição entre matéria fática e de direito para chegar a uma conclusão. A argumentação vai além, pois explica a metodologia, e expõe os argumentos, seja eles dedutivos, indutivos, e qual foi a premissa considerada²⁷.

Não se quer aqui simplesmente acabar com a lógica nas decisões judiciais, pois ela nos fornece mecanismos interessantes, como a análise de premissas e regras de inferência, inclusive, grande parte das teorias da argumentação, como a do Robert Alexy²⁸ que trabalha o raciocínio lógico a partir de perspectivas argumentativas, com análise das premissas. Afinal de contas deve-se respeitar o direito posto, mesmo que o juiz trabalhe com a carga valorativa por traz da lei. A lógica não atravessa o ponto do conteúdo axiológico, a algo mais a ser considerado, e esse algo passa pela argumentação.

²⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivista. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.2 45, pg.357.

²⁷ CAVALCANE, Marcos de Araújo, Op. cit. pag.360.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo, pag.33.

A ideia de se julgar com base em precedentes, retira do juiz a possibilidade de uma argumentação clara, é notório que o judiciário se encontra abarrotado de processos, e os juízes certamente utilizaram deste sistema para se livrarem da pilha de processos, induzindo o julgamento liminar do mérito por improcedência.

2.3 Casos simples e casos difíceis (Easy end Hard Cases)

Na tentativa de controlar a discricionariedade dos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tendo como base para sua teoria o positivismo de Herbert Hart, idealizou a dicotomia de casos fáceis e difíceis, não obstante, atribuiu um modo de interpretar para cada caso. Nos fáceis se interpretava por subsunção do direito posto, e nos difíceis utilizando-se de princípios, este último de modo contrário a interpretação de Hart, que sugere a utilização da discricionariedade, devendo os juízes tomarem a decisão mais razoável.

A teoria contemporânea conceitua o caso difícil como aquele que paira incerteza, seja pelas diversas normas concomitantemente aplicáveis, ou a inexistência delas. Ao passo que o caso fácil é possível se realizar uma subsunção de fatos, e a regra é suficiente para dirimir a problemática das partes.

Pretende se discorrer abaixo, que esta distinção é indevida e prejudicial, logo traz consequências à hermenêutica e a aplicação do direito, tal equivoco e praticado pelo positivismo de Hart, e pelas teorias discursivas de Alexy e Habermas. Não podemos pressupor que os vultuosos dilemas da interpretação estejam apenas nos casos difíceis²⁹.

Primeiramente, deve-se deixar claro que distinguir casos simples de casos difíceis, não é a mesma coisa de cindir casos simples de casos difíceis. Não é possível cindir o inseparável, isto porque antes de cindir já há um prévio entender do que seria um caso fácil e um caso difícil, caso contrário estaríamos inserindo o direito em uma plenitude lógica. Não se quer dizer aqui que não existem casos fáceis, a problemática se encontra na institucionalização de *hard cases* e *easy cases* no Brasil.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz, Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, pag.297.

Robert Alexy, ao contrário das correntes positivistas, em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, narra que o interprete ao se ver diante de um caso supostamente fácil, não teria como esgotar todas as teorias jurídicas, até porque – para ele – isso seria impossível³⁰.

Por esta razão, é que Alexy busca seu refúgio argumentativo nos princípios, porém não consegue escapar da discricionariedade dos juízes, sedo que estes escolhem qual princípio deve ser aplicado ao caso em concreto, tendo em vista a ponderação dos princípios.

Já Hart milita no campo do positivismo jurídico, pois este se preocupa com as limitações do julgamento nos contornos das normas. Para o jusfilósofo, não existe ligação entre direito e moral e o juiz não fica adstrito aos princípios do ordenamento, em um caso difícil³¹.

Por outro lado, Dworkin defende o pós-positivismo, tendo em vista que é contrário as teses positivistas, sendo um delas a desconexão entre moral e direito. A sua teoria afirmar e reaproxima o direito a moral e os princípios, sua teoria centraliza na resolução de casos fáceis e difíceis, sem deixar de lado os parâmetros do ordenamento jurídico, podendo invocar os princípios quando não houver norma para certo caso³².

A ideia positivista de que o direito é composto de uma moldura, e que o interprete escolhe a que melhor lhe apraz, se consolida com a cisão entre casos fáceis e difíceis, ainda mais que, o conceito de fácil e difícil pode ser alterado dependendo de cada juiz que está diante do caso.

Pode ocorrer de os precedentes serem moldados apenas para encaixarem no caso em que se julga isso porque os motivos favoráveis de sua aplicação são maiores de que os desfavoráveis. Mas não podemos buscar a coisa certa, pela maneira errada. Assim quando o juiz recebe um caso difícil em suas mãos, não se tem o trabalho de analisar as particularidades do caso e realizar a hermenêutica sobre ele, pelo contrário, o juiz procura na cadeia de jurisprudência, e o julgado que tiver maior

³⁰ ALEXY, Robert Op. Cit. Pag.54.

³¹ HART, H.C.A.O conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, pag.75.

³² DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, pag.42.

semelhança deve ser aplicado, dessa maneira encontra-se uma solução para o *hard case*, mesmo que o caso passado contenha contornos diferentes do caso presente.

Nem mesmo Hart, confiaria que um sistema de precedentes modificaria os casos difíceis em casos fáceis, como narra Waluchow³³. Ou seja, não há como ter respostas antes das inquirições. Sendo assim, os precedentes supostamente classificariam os casos futuros como fáceis, que por outro lado, para alguns, continuaria sendo difíceis.

No âmbito hermenêutico, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, resta prejudicada, tendo em vista a capacidade e ferramentas que o julgador possui para interpretar cada caso. Ademais, esta divisão ocasiona problemas que a teoria discursiva não consegue responder. Um deles é que casos fáceis exige uma resposta correta, ou seja, dentro dos parâmetros do direito. Mas como decidir o que está ou não está dentro do parâmetro do direito? A resposta da teoria discursiva é que os raciocínios são abstratos³⁴.

Um caso não é fácil e nem difícil, todo caso tem sua possibilidade de compreensão, podendo ser incompreensivo, só há um caminho para chegar a esta conclusão, que é descascando o método hermenêutico.

Apesar de ser da ceara penal, um exemplo que corrobora a afirmação anterior, é o caso de um furto qualificado mediante escalada, e gravado por vídeo. A princípio parece fácil e obvio a condenação do indivíduo, e não teria como argumentar em segundo grau. Porém ao se analisar a origem da palavra escalada, vê-se que na elaboração do Código Penal de 1940, não existia muitos bancos por isso se fechava as casas, onde se guardava o dinheiro, e as protegia com grandes muros, portanto quem escalasse para furtar, teria que receber o dobro da pena, para que não furtassem o dinheiro. Foi com esse argumento, que na segunda instancia, após analisar o vídeo em que ocorre o crime, verificou-se que o muro não era alto suficiente ao ponto de se escalar, assim a sentença em segundo grau, desclassificou o furto qualificado para furto simples.

³³ WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. Marcial Pons, 2007, pag.208.

³⁴ STRECK, Lenio, Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009.

2.4 As Teorias da Argumentação Jurídica

No cenário atual, onde os juízes julgam de forma arbitrária – um exemplo disto é o uso demasiado de princípios - as Teorias da Argumentação, se valem a conferir uma maior racionalidade e legitimidade das decisões judiciais, combatendo o subjetivismo no julgamento, e as tornando mais justas³⁵.

Não há dúvida que a prática do direito consiste principalmente em argumentar, e que um bom operador saiba construir um esteio argumentativo com maestria e inelidível. Pretende-se expor neste tópico, de maneira inacabada, o significado da argumentação jurídica.

As teorias da Argumentação Jurídica têm como escopo desvendar as obscuridades da argumentação. Vale salientar que estas teorias são utilizadas em três áreas. A primeira é na confecção de normas jurídicas (como exemplo a despenalização da maconha). A segunda área em que se utiliza essas teorias, é na aplicação de normas, e solução de casos. E a terceira e última área é da dogmática jurídica³⁶. Limitaremos-nos apenas a segunda área. Para tanto, percorreremos sobre cada pensamento de autores expoentes acerca do tema, sendo eles Viehweg, Perelman, Alexy, MacCormick, e ao final irá se expor uma singela opinião dos traços fundamentais que deveriam nortear a elaboração de uma tese produzida por meio da argumentação jurídica, com enfoque na aplicação dos precedentes judiciais.

Theodor Viehweg, em 1953, deu início ao questionamento sobre a função da lógica formal. Foi ele quem atribuiu relevância na aplicação dos *topoi*, que consistem em argumentos que possui uma probabilidade de verdade, na relação entre fato e norma, quebrando assim o modelo positivista, a resultar de cada *topoi* aplicado³⁷.

³⁵ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther, 2013, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017, pg.03.

³⁶ ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006. Pag.21.

³⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 83

Segundo Viehweg a tópica³⁸ é destinada para casos onde se admite diversas soluções, ensina que a problemática consiste no fato, ou seja, a questão advinda do mundo dos fatos, e exposta ao interprete da lei, afim de que seja solucionada, assim concentra-se mais nos problemas práticos. Desse modo, a tópica se afasta do positivismo, e funciona como uma bussola para guiar o operador em suas decisões. Porem esta teoria se mostra superficial, pois não se aprofunda no discurso argumentativo como outras teorias³⁹.

Chaïm Perelman, no ano de 1958, focou em seus estudos na argumentação, e a sua propulsão para o convencimento, criticando a lógica formal, devida a sua ineficácia frente aos casos concretos, principalmente os mais difíceis (hard cases). Preconizava uma lógica jurídica, abandonando sua formação neopositivista, defendendo o uso de juízo de valores na ceara argumentativa, assim conforme sua concepção a lógica da argumentação deve possuir valores, como a razoabilidade e proporcionalidade, e não apenas uma lógica preposicionada⁴⁰.

No entendimento de Perelman, a resposta dos dilemas enfrentados cotidianamente, é encontrada por meio da arte da discussão. Por isso seu pensamento se direciona nas técnicas discursivas, que tem por objetivo induzir o leitor a aderir as teses expostas, utilizando-se de um argumento forte⁴¹. Nessa esteira quanto maior a possibilidade de se refutar o argumento, menor será o seu poder de convencimento. A crítica que se faz a esta teoria, consiste na falta de diafaneidade conceitual, sobre uma perspectiva pratica.

Já a teoria de Robert Alexy é um pouco mais desenvolvida e aprofundada do que as anteriores, possuindo uma grande semelhança com a teoria de MacCormick. Os dois perfazem o mesmo caminho, porem em direções opostas. A diferença é que este último se utiliza dos argumentos presentes nas decisões judiciais, ou seja, um estudo empírico para alcançar teoria da argumentação, ao passo que Alexy, buscou respaldo na teoria geral do direito e nos ensinamentos de Habermas, fazendo

³⁸ Segundo Manuel, “ a tópica é um procedimento de busca de premissas (de tópicos), que na realidade não termina nunca, devem ser entendidos como um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”. (ATIENZA, Manuel. Op. cit., p.49).

³⁹ Cf. VIEHWEG, Theodor. Ob, cit.p.27.

⁴⁰ Cf. PERELMAN, Chaïm.Ob, cit.,p.85.

⁴¹ “Um bom argumento (um argumento forte) é o que valeria diante do auditório universal – que seria a humanidade ilustrada”. (ATIENZA, Manuel, Ob, cit., p.80).

com que sua teoria tenha um alcance mais amplo do que a do MacCormick, dado o seu perfil analítico que permite adentrar na estrutura da argumentação⁴².

Tal como Habermas, Perelman e Toulmin, Alexy considera que as decisões judiciais são passíveis de ser racionais, desde que motivadas racionalmente⁴³.

Acredita que os precedentes judiciais não têm *status* de uma norma positivada, mas de uma regra de argumentação, integrante do “código da razão prática”. Nesse giro, pretende fundamentar conforme as regras da “pragmática transcendental” de Apel ou da “pragmática universal” de Habermans, regras segundo as quais mencionam que sempre que existir um precedente, ele tem que ser considerado e sempre que alguém pretender afastar-se de um precedente, deve justificar uma razão para tal afastamento⁴⁴.

Em suas lições Alexy expõe diversos modos de discussão jurídica (dentre elas estão presentes o debate jurídico, e debates de questões legais) das quais cada uma possui suas particularidades e nuances. Ensina que o discurso jurídico é mais específico do que o discurso geral, argumentando que as discussões jurídicas se destinam a casos práticos. Em seu livro Teoria da Argumentação Jurídica⁴⁵, leciona que justificação revela as razões que embasam uma decisão, dividindo-as em interna e eterna.

No que tange à justificação interna, deve se observar os critérios gerais da lógica deontica⁴⁶, em especial o silogismo jurídico. Essa etapa é meramente formal, e está ligada com a coesão lógica da argumentação aplicada, dessa maneira não se trata de uma argumentação jurídica específica, por fim, deve ser observado ainda que a decisão deva ser fundamentada no mínimo em uma norma universal, ou seja, de aplicação universal⁴⁷, assim tal justificação visa esclarecer porque uma norma se aplica a certo caso.

⁴² Cf. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p.159.

⁴³ AGUIAR, Marcos de. A interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica, 2014. Disponível em: < <http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo015.pdf/>>. Acesso em 01 de abril de 2017. Pg.20.

⁴⁴ APEL, Karl-Otto, Transformação da filosofia, Vol.2: O “ a priori” da comunidade de comunicação. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, pg.201.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit.,p.32.

⁴⁶ Trata-se de um tipo de logica formal, usada na análise das proposições que tratam acerca das normas.

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 173.

Por outro lado, a justificação externa não está relacionada ao esqueleto do argumento, mas sim as justificativas das ideias iniciais que permeiam o discurso jurídico. Alexy afirma que nesta etapa pode conter os seguintes fundamentos: regras de direito positivo; enunciados empíricos; premissas que não são nenhum dos fundamentos anteriores⁴⁸.

O precedente é uma forma de justificação externa, que na visão de Alexy, podem ser utilizados com respaldo na teoria do discurso, e pelo princípio da universalidade⁴⁹. Trata-se de mais um procedimento de argumentação dentre vários outros.

Neil MacCormick se apegou ao fato da necessidade de se provar que determinado enunciado está de acordo com os fatos e as normas em vigência, ou seja, sua teoria é calcada quase por completa na justificação. De modo contrário à de Hart, acredita que os princípios são fundamentais na construção de uma teoria jurídica, e contraria também Dworkin, pois discorda que as regras são aplicadas segundo o “tudo ou nada”, cabendo assim como nos princípios a utilização de ponderação. Sua teoria não se desvincula do positivismo, pois atribui força aos textos normativos, aos argumentos linguísticos, as vezes não dando a devida importância aos valores de cada caso⁵⁰.

Por fim, do exposto conclui-se que as teorias mais clássicas como a de Perelman e Viehweg, não se aprofundam na argumentação em torno dos fatos, dando-se mais valor ao aspecto normativo, o que prejudicaria a análise aplicativa dos precedentes. Nota-se ainda que todas as teorias levam em conta a aplicação da norma ao fato, porém não levam em conta o crescimento das soluções alternativas de conflitos, como a conciliação.

Por outro lado, as teorias de MacCormick e Alexy, estabelecem parâmetros para correção da argumentação, para que esta seja racional e adequada. Assim

⁴⁸ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Op. Cit., p.12.

⁴⁹ Para maior completude do estudo, necessário se faz mencionar tal princípio idealizado por Habermas, neste princípio para que o aplicador do direito utilize um predicado a um determinado objeto, deverá também aplicá-lo aos demais, trata-se de uma regra expressa do direito: princípio da isonomia. (ALEXY, Robert Op. Cit., p.267)

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 249.

é possível que um determinado tribunal decida que certa decisão é correta, e em essência primária uma decisão contrária no mesmo sentido esteja correta.

Porém a teoria mais apropriada, contudo não perfeita, para a adequada aplicação dos precedentes é a de Alexy⁵¹, tanto para o sistema de precedentes genuíno da *common law*, como para o sistema que o CPC visa implementar. Contudo, apesar do esforço descomunal jurisprudencial para tentar descobrir a teoria mais adequada para a perfeita argumentação, há um vasto caminho a ser percorrido, já que a lógica formal é falha, e não existir resposta única. O rumo a ser seguido se encontra na lógica informal, na racionalidade prática, e na justificação externa.

⁵¹ Confira Alexy Robert, Op, cit., p.271. Na sua concepção o uso dos precedentes se mostra como um procedimento de argumentação dentre vários outros, destaca-se que devem ser usados de modo racional, e com argumentos adicionais.

3 O PRECEDENTE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Quando se menciona decisão judicial, logo vem em mente a palavra “justiça”, que possui sentido vago, pois o que pode ser justiça para um, pode não ser para outro⁵².

No afã de afastar este termo genérico, muito se comenta acerca da racionalidade das decisões judiciais, referindo-se a uma forma capaz de inibir que o julgador contamine a decisão com seus sentimentos e concepções pessoais, como, por exemplo, a religião e a moral.

Assim, será objeto de análise da presente pesquisa o propósito da racionalidade na construção de uma decisão judicial, sob a influência dos precedentes judiciais, tendo em vista o conteúdo discorrido no tópico “As Teorias da Argumentação Jurídica”, e o que será discorrido a seguir.

Para compreender a correta construção racional e qual é o lugar dos precedentes nesta, é preciso desvendar como funciona o atual sistema de precedentes. O que não é nada fácil, pois muitos dizem que vivenciamos uma commonlização em nosso sistema, outros afirmam que o NCPC instituiu na verdade provimentos vinculantes, e há ainda quem defenda que se trata de um sistema de precedentes com particularidades brasileiras.

E é exatamente por este motivo, que iremos nos aprofundar nas técnicas do precedente no *commom law* e as técnicas do precedente no *civil law*, e ainda as diferenças e aproximação dos diversos sistemas de precedentes, a fim de se desvendar qual é o novo paradigma da racionalidade das decisões judiciais sob o enfoque do atual CPC, bem como o dever de fundamentação utilizando os precedentes.

Sobre esse giro, é necessário comentar, ainda, a importância da jurisprudência – conjunto de interpretações de leis feitas por tribunais superiores- pois há quem diga que o atual CPC transformou a jurisprudência orientadora, em uma jurisprudência vinculativa, sendo equiparada a lei, e portando também passível de controle de constitucionalidade. Se essa afirmativa for negada, voltaremos então a situação

⁵² Conforme Bruce Ackerman, a justiça é aquilo que se encontra na alma das pessoas, que funciona como uma bússola para distinguir o que é certo e o que é errado (ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo brasileiro: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg.18.)

inicial antes da vigência do novo código, ou seja, se não é vinculativa é uma jurisprudência como outra qualquer.

A jurisprudência possui uma diferença quantitativa em face dos precedentes. Enquanto a primeira possui uma monta de decisões referentes a vários casos concretos, extraindo-se um entendimento, o precedente é um julgado de um caso individual, podendo ou não se transformar em jurisprudência⁵³.

Conforme Hermes Zaneti Jr. A jurisprudência não é precedente, embora a recíproca não seja verdadeira, mencionando que para compreender a mudança ocorrida com os artigos 926 e 927 do CPC, deve se deixar de usar a expressão “direito jurisprudencial”, pois é incompatível com a teoria dos precedentes judiciais, e ainda possui problemas de cunho teórico, sendo o jusnaturalismo e juspositivismo⁵⁴.

É importante mencionar ainda os três níveis de eficácia de uma decisão judicial⁵⁵. A primeira é chamada de eficácia meramente persuasiva. Tal eficácia era atribuída antes do advento do NCPD, em razão de nossa raiz romano-germânica. Nestes casos uma decisão judicial com esse tipo de eficácia, os seus efeitos vinculam apenas as partes de forma restrita, tal decisão poderá no mínimo servir para apoiar uma interpretação ou argumento, mas não significa que o tribunal seja obrigado a acata-la. Serve para incutir no legislador a criação de uma nova regra, e quando proferidas de modos semelhantes e repetitivamente produzem o que é chamado de jurisprudência. Portanto é fonte secundária do direito.

Lado outro, há a eficácia em sentido forte, onde os entendimentos constantes nas decisões dos tribunais devem ser respeitados e reaplicados em primeira instância, cuja a não observação enseja reclamação. Em terra brasileira, a força vinculante dos precedentes tem ocasionado calorosas discussões, pois há quem diga que este sistema fere o princípio do livre convencimento motivado, e a repartição dos três poderes, tema que será analisado mais adiante no subtópico: “Os Precedentes

⁵³ Não há uma quantidade exata de decisões para se tornar uma jurisprudência, podendo ser dezenas ou centenas (TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, n.199, ano 36, set. de 2011. Pg.144.)

⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. O valor Vinculante dos Precedentes. Salvador: Jus Podvim, 2015, pg.147.

⁵⁵ Estes níveis de eficácia são classificados conforme o magistério de Patrícia Perrone Campos, em: MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.63-114.

no Atual CPC”. Assim, tal eficácia atribui as decisões judiciais poderes semelhantes a lei positivada, sendo que o magistrado estaria praticamente criando o direito.

Por fim, há a eficácia intermediária. É assim chamado, pois não é dotada de eficácia persuasiva, tendo em vista que o próprio legislador lhe atribui efeitos além daqueles de uma decisão que atinge apenas as partes, ou, o texto legal prevê de forma explícita que serão obrigatórios. Porém não é possível afirmar que tais decisões possuem eficácia em sentido forte, pois nestes casos não há previsão normativa mencionando o uso de reclamação.

Expostas estas considerações introdutórias do presente capítulo, passaremos a analisar abaixo a sistemática do *common law* e *civil law* sobre o ponto de vista dos precedentes judiciais, utilizando-se do direito comparado, a fim de verificar as técnicas específicas de cada sistema e como eles funcionam, para que se possa distinguir os vários sistemas de precedentes, em especial aquele introduzido pelo atual CPC, e conseqüentemente a mudança que este sistema acarretara na forma de julgar, ou seja, na racionalidade das decisões judiciais.

3.1 A técnica do precedente e common law

O direito espelha a manifestação cultural de cada país, sendo influenciado por religiões, costumes e culturas diversas presentes em seu berço. No mundo existe uma multiplicidade de sistemas jurídicos, sendo que estes guardam características que aproximam ou distanciam uns dos outros, sendo que dentre vários sistemas, permite-se um destacamento de alguns, podendo ser agrupados em uma mesma categoria, sendo denominada de tradição jurídica.

A tradição jurídica consiste em um conjunto de atitudes historicamente condicionadas, com raízes profundas, em relação ao direito frente ao seu papel na sociedade, no âmbito político, na operação do sistema legal e principalmente como um direito deve ser produzido e aplicado⁵⁶.

Há um reconhecimento por parte do direito comparado de duas tradições que prevalecem no Ocidente, sendo elas a *common law* (de tradição anglo-saxônica)

⁵⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p.23.

e a *civil Law* (de tradição romano-germânica). Neste tópico nos atentaremos somente na primeira tradição, esmiuçando seus fundamentos e características primaciais.

Na tradição da *common law*, há uma predominância do direito costumeiro e uma forte jurisprudência em que é aplicada rigorosamente, embora também estar presente a lei, dá-se mais valor aos casos passados, por motivos culturais e também devido ao respeito que os julgadores tem entre eles.

Tal tradição, para Mauricio Ramires⁵⁷ é no mínimo antiética, pois se baseia no empirismo, valorizando a experiência histórica, o método indutivo, e o pensamento pratico, fazendo com que as vezes certa decisão não reflita a realidade levada a juízo.

De outro giro, tal tradição traz consigo alguns benefícios que seriam bem-vindos em terra brasileira, como a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Benéfica ou não, é inegável que alguns dos institutos da família anglo-saxônica se revelam presentes em nosso ordenamento como o controle difuso de constitucionalidade, instituído pela Constituição de 1891, a clausula geral do devido processo legal, e por fim o crescimento dos precedentes judiciais tendo em vista que a produção legislativa reflete claramente esta intenção, como visto no atual CPC. Com isso conclui-se que, no mínimo, há uma miscigenação entre as características típicas da *common law* e *civil law*.

A tradição jurídica da *common law*, tem sua origem na Inglaterra medieval, em tempos de feudalismo, se iniciando entre os períodos de 1066 e 1485⁵⁸. Naquele tempo o direito era fundamentado conforme os hábitos ingleses (*law of the land* – lei da terra) sendo aplicado sobre todo o território inglês, pelas Cortes Reais de Justiça.

Salienta-se que no direito Inglês não há uma constituição escrita como a brasileira. A normatividade constitucional e ordinária é construída com o decorrer da história, com a atuação do judiciário, podendo se afirmar que está presente o direito jurisprudencial (*case law*). Portanto, no sistema inglês a fonte primaria são as decisões

⁵⁷ RAMIRES, Mauricio. Op. Cit p.89.

⁵⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes Vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pg.36.

judiciais⁵⁹, sendo que as normas confeccionadas pelo poder Legislativo (*statute law*) possuem apenas status complementar, aplicadas de maneira autônoma.

Já em terras americanas, há uma constituição escrita, classificada como costumeira e diretiva, que impõe direções a serem seguidas. Atribui ao judiciário fortes poderes, fazendo com que suas decisões possuíssem uma estimada relevância, pois estas seriam incumbidas de garantir os direitos individuais e fundamentais do cidadão americano descritas na constituição. Com isso se adotou as regras do *stare decisis*, as quais impõem que as decisões judiciais consistem em precedentes de eficácia vinculante ou persuasiva.

O sistema common law utiliza técnicas de decisão, conceitos e categorias próprias, exigindo-se um estudo aprofundado destes elementos, para compreender a técnica do precedente. Assim, serão expostos abaixo os conceitos, fundamentos, bem como a natureza das técnicas de aplicação do precedente neste sistema, sendo que já foram exaustivamente debatidos pela doutrina internacional, sendo eles: *ratio decidendi* ou *holding*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

Sem dúvida alguma, um dos principais elementos é a *ratio decidendi*, pois sua noção é fundamental na aplicação dos precedentes. Trata-se de um tema amplamente discutido havendo várias controvérsias sobre a delimitação deste instituto. Sua terminologia pode ser mudada a depender do local da aplicação, assim no direito inglês de forma predominante a nomenclatura mais utilizada é a citada acima, já no direito norte-americano é mais utilizado o termo *holding*, porém ambos retratam a mesma coisa. No direito brasileiro, nas instâncias superiores é utilizado como razões de decidir, ou ainda, motivos determinantes⁶⁰.

A *ratio decidendi* ou *holding* compreende o raciocínio jurídico adotado em um precedente, que vinculará as decisões futuras. Em outras palavras, é a parte obrigatória do precedente judicial. Desse modo, o juiz da causa futura deve responder as questões conforme o entendimento anteriormente fixado. Eis então a definição desta regra jurídica, sendo que a doutrina entra em colisão quando o assunto é o

⁵⁹ PUGLIESE, Wiliam Soares. Teoria dos precedentes e interpretação legislativa. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. pg.31.

⁶⁰ MACEDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi*, na teoria brasileira dos precedentes judiciais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, Pg.215; coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

alcance desta regra dentro de uma decisão judicial, ou seja, o que pode ser considerado *ratio decidendi* em uma decisão?

Para responder esta pergunta, necessário se faz, analisar critérios e métodos a fim de descobrir sua identificação em uma determinada decisão, tarefa esta que não é nada fácil, tendo em vista que não é todo o conteúdo da decisão que se torna vinculante.

Conforme o primeiro método, chamado de fático-concreto, a razão de decidir deve espelhar uma regra retirada de um conjunto fático, de modo que retirando um fato irrelevante, a decisão será X. Para este método, é importante o que os juízes decidirem acerca das provas trazidas, e não os fundamentos invocados para justificar a decisão. Entretanto, para identificar quais os fatos importantes de um caso, deve-se considerar as decisões de uma corte⁶¹.

Já o método abstrato normativo, aduz que quando uma instância superior julga determinada ação, ao mesmo tempo em que soluciona o caso concreto, decide também o caso futuro semelhante. Assim a decisão funciona como uma norma, que deverá ser aplicada nos casos em que houver similaridade. Nesta esteira, os argumentos utilizados na decisão, são fundamentais para compreender como foi o caminho percorrido pelo magistrado para chegar a tal decisão, e assim descobrir o alcance da *ratio* afirmada pelos tribunais.

Portanto, a *ratio decidendi* pode abranger diversas ou poucas decisões, a depender de sua delimitação acerca do caso, podendo ser muito ampla ou restrita, conforme o clássico exemplo abaixo.

Certa vez na Inglaterra, fora submetido a *House of Lords*, no século XX, o caso de uma empresa metalúrgica que havia ajuizado uma ação de cobrança contra uma outra empresa que fabricava armas ilegais e vendia para o mercado de consumidor⁶². Para julgar esse caso, a câmara dos *Lords*, invocou um precedente do século XVIII, ou seja, 200 anos atrás em relação ao caso submetido, de um caso em que uma prostituta encomendou uma carruagem de um famoso artesão, com entradas laterais, para mostrar seu corpo aos clientes. Naquela oportunidade, a prostituta não

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. Op. Cit. Pg.20.

⁶² ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg.148.

pagou o artesão, que moveu uma ação de cobrança. A solução dada foi que ao vender a carruagem, o artesão sabia que a origem daquele objeto era para fins ilícitos, já que naquela época prostituição configurava crime, assim foi julgado improcedente portando a ação do artesão. Assim, no caso atual, a *ratio decidendi*, fixada foi que aquele que vende uma coisa a outrem sabendo que será destinada a fins ilícitos, não merece ser reembolsado. Note-se que a *ratio* poderia ser ampliada para: aquele que não age de boa-fé, não merece ser ressarcido, ou restrito apenas nos casos em que há uma relação de consumo.

Por mais que pareça fácil determinar que a razão de decidir é a parcela do precedente que vincula, a delimitação de forma concreta é um dos grandes dilemas dos países de tradição anglo-saxônica. Diversos autores buscaram contribuir com a criação de métodos para extração da *ratio* em uma decisão. O assunto é bastante controvertido, pois não há um método preponderante, assim mencionamos os métodos mais tradicionais idealizados por Goodhart e Wambaugh⁶³.

É de relevante prestígio o método criado por Arthur Goodhart, conforme seu método, para descobrir a *ratio decidendi*, é importantíssimo delimitar quais fatos foram considerados fundamentais pelo tribunal, ou seja, é preciso que o interprete descubra os fatos analisados pelo juiz, e logo após, identificar quais deles foram cruciais para a decisão. Desse modo, a definição da *ratio*, de um precedente, é dirigida pelo reconhecimento dos fatos imprescindíveis para a tomada de uma decisão.

Já a proposta de Eugene Wambaugh, conceitua a razão de decidir em uma regra geral, utilizada pelo julgador para chegar ao resultado final. Para encontrá-la em um precedente, primeiramente deve-se elaborar uma tese jurídica. Após, é preciso introduzir na tese uma palavra que a reverta. Em seguida é preciso perguntar se, o tribunal tivesse concedido a nova tese e colocada na decisão, o resultado seria o mesmo. Desse modo, se a resposta for positiva, a tese original não é a razão de decidir do precedente. Se negativa, a tese é a norma geral que deve ser extraída do precedente.

Isto posto, conclui-se, então, a análise acerca da *ratio decidendi*, passando a expor abaixo as demais técnicas para trabalhar com precedentes.

⁶³ MACEDO, Lucas Buril. Op.Cit. Pg.220.

O *obiter dictum*, é uma opinião emitida pelo magistrado, mas que não tem influência sobre a decisão final, é totalmente contrário da *ratio decidendi*, pois se trata da parcela de determinada decisão que não possui poder vinculante para as decisões futuras. São considerações que margeiam uma decisão judicial que não possuem relevância para o caso futuro. A tradução jurídica para esta expressão, ajuda a clarear o entendimento, pois significa “dito para morrer”⁶⁴.

Trata-se de uma passagem na motivação dentro de uma sentença, contida de uma argumentação simples, mas é importante para o andamento da causa, porem somente naquele feito passado. Assim o *obter dictum* não se presta a ser um precedente em um caso semelhante, mas pode ser utilizado como uma ferramenta de persuasão em um caso futuro.

Embora o *obter dictum*, tenha certa parcela de persuasão, de maneira alguma possuirá efeito vinculante como a *ratio*, porém não é por este motivo, irrelevante, tendo em vista que futuramente pode se tornar uma forte orientação, podemos citar como exemplo o voto de uma decisão nos tribunais que foi vencido, além do mais, o *obter*, é uma importantíssima base para mencionar em um recurso, e ainda apontar uma futura tendência de determinado órgão julgador.

Uma terceira categoria importante para a operação com precedentes é denominada de *distinguishing*, que compreende na distinção entre casos. Em certos feitos o precedente não será aplicado, quando haver uma particularidade que afasta a regra, ou seja, a decisão pode ser proferida sem esta particularidade.

Ocorre a distinção, quando o tribunal decide que o entendimento jurídico de um caso precedente, não será aplicado quando há fatos materialmente diferentes entre os casos. Nesta ocasião, a decisão feita pelo juiz deve se basear não somente nas provas apresentadas, mas também nos precedentes que deseja aplicar. Um exemplo pode vir a calhar, no caso *Balfour v. Balfour* no ano de 1919 e *Merritt v Merritt* no ano de 1970, que relacionam uma esposa que faz um reclamo contra o esposo por violação contratual . O magistrado de *Balfour* julgou que uma reclamação não poderia ser aceita porque não havia o objetivo de gerar regulamentos legais, e que o contrato não era legalmente vinculativo. Porém, no ano de 1970, o juiz do caso

⁶⁴ ANDREWS, Neil.Op. Cit. Pg.19.

Merritt, entendeu que os fatos do caso passado não tinham semelhança, pois o acordo foi feito depois da separação por escrito, diferentemente do caso de Balfour.

Trata-se de uma ferramenta utilizada pelos interpretes do sistema *common law*, em que há um confronto entre o suporte fático do caso passado com o caso presente, e com o resultado, poderá ou não ser aplicado o precedente, devendo o magistrado apontar o motivo da distinção.

É imprescindível que na comparação entre os casos, o interprete observe os principais fatos que orbitam cada qual, os valores e normas e a relevância de cada uma delas no caso em concreto, a questão de fato e de direito, e principalmente os fundamentos exarados na decisão passada, sendo que estes devem ser no mínimo compatíveis com o caso presente. Saliencia-se que em um mesmo caso pode-se aplicar mais de um precedente a depender da extensão dos argumentos utilizados⁶⁵.

Há de se falar ainda em duas técnicas para superação de um precedente, sendo elas: *overruling* e *overriding*. A primeira ocorre nas hipóteses de superação integral do precedente, sendo este afastado do caso concreto por haver uma mudança na regra adotada, quando a parte apresenta novos argumentos. Já o segundo, ocorre quando o tribunal realiza uma limitação na incidência de um determinado precedente, em razão da superveniência de um princípio ou regra. Assim são regras que impedem a cristalização do direito, sempre mantendo o sistema atualizado.

No *overruling* o precedente perde sua força vinculante e é trocado (*overruled*) por outro precedente, quando o próprio tribunal que fixou o precedente o abandona em um julgamento futuro, podendo essa substituição ser expressa (*express overruling*) ou tácita ou implícita (*implied overruling*).

Já a *overriding*, ocorre nas hipóteses do tribunal impõe limites na incidência de um precedente, em razão de uma regra ou um princípio. Portanto, não se fala em superação total do precedente, mas sim, uma superação parcial. Para uma melhor aplicação, deve-se ter em mente que o entendimento novo, não está relacio-

⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 274.

nado ao posicionamento do núcleo do precedente judicial, mas há uma influência daquele neste, reduzindo as hipóteses e alcances de sua incidência, ao contrário do *overruling*, onde o que é alterado é a própria *ratio*, que é superada, formulando-se uma nova norma jurisprudencial substituindo-a⁶⁶.

Neste momento se faz digno de nota, o emblemático caso de superação de entendimento que culminou na edição da sumula vinculante nº 10 do STF⁶⁷ em torno do artigo 97 da CF. Trata-se da questão da efetiva aplicação da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo anterior, que aduz que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros de seu órgão especial, o tribunal estará autorizado a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Dessa maneira poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o tribunal como um todo, e não um órgão fracionário ou relator. Essa regra vinha sendo ignorada por alguns órgãos fracionários de tribunais, declarando a inconstitucionalidade de várias leis de maneira indireta, deixando de aplica-las, e por consequência não as apresentando ao plenário do tribunal.

Com isso o STF anulava as decisões dos órgãos fracionários ou de relatores, submetendo a análise do plenário. Em razão da insegurança jurídica, e os excessivos casos, o STF formulou um entendimento e editou a sumula vinculante nº10, determinando a todos os tribunais que apliquem a cláusula de reserva de plenário, seja para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja para negar a incidência de determinada lei.

Apesar da sumula praticamente repetir o dispositivo constitucional, foi suficiente para estabelecer a segurança jurídica e pôr fim a problemática, sendo a sumula dos precedentes que a embasou⁶⁸.

Apresentado o conceito e finalidade das técnicas utilizadas na operação com precedentes, cumpre ressaltar o tipo de eficácia dos precedentes no sistema

⁶⁶ Cf. DIDIER JR. Fred, SARNO BRAGA, Paula, ALEXANDRE DE OLIVEIRA, Rafael, Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pg.521.

⁶⁷ Teve como precedentes propulsores o RE 482890, AI 472897, RE 544246 e RE 240096.

⁶⁸ Marcelo Barroso Mendes, afirma que a sumula vinculante nº10 diz a mesma coisa do artigo 97 da CF, só que com palavras diferentes, sendo esta sumula importante para impedir a chegada de casos repetitivos no STF. (MENDES, Marcelo Barroso, Súmula Vinculante 10 do STF: Novidade ou um pouco mais da mesma coisa? Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5318>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.)

common law, o caminho para uma decisão se tornar precedente, e ainda, a técnica do precedente no *common law*.

No direito inglês não havia norma expressa que obrigasse a vinculação do precedente, sendo que prevalecia apenas a tradição que consistia no respeito entre as cortes, ou para com as cortes superiores. Foi assim até o século XIX, quando o precedente passou a ter eficácia vinculatória (*binding precedente*), após o julgamento do caso *Beamish vs. Beamish*⁶⁹ no ano de 1861, onde ficou consolidado que as cortes estariam obrigadas a acatarem suas próprias decisões, sendo que este entendimento ganhou força em 1895, no caso *Bradford vs. Pickles*. Com isso dentro do sistema *common law*, se aplica aos precedentes judiciais a eficácia em sentido forte⁷⁰, comportando exceções como no caso de *distinguishing*, e ainda levando-se em conta que há precedentes em sentido persuasivo.

Na sistemática do *common law*, um precedente não nasce precedente, ele se torna um precedente. Se uma determinada decisão judicial conter coerência, ser íntegra no ponto de vista material e formal, e sua racionalidade for adequada, é o juiz futuro que dirá se vai ou não se tornar um precedente. Portanto, primeiramente o precedente nasce como uma regra em um caso particular vinculando apenas as partes, e adiante, poderá ou não, se tornar a regra em vários casos semelhantes⁷¹.

Por mais que as decisões judiciais tenham extrema relevância, no *common law* o precedente não está acima da lei. Nesse sistema os costumes, bem como, os precedentes estão vinculados à legislação, tendo em vista que as regras consuetudinárias e do direito comum podem ser restritas de seus estatutos jurídicos por uma lei parlamentar⁷².

⁶⁹ Neste famoso caso, o reverendo Samuel Swayne Beamish queria se casar com Isabella Frazer, sendo que estes eram integrantes da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda. O reverendo não teve a autorização do pai de Isabella para casar, e assim celebrou ele mesmo o casamento de forma informal em 1831. Com o falecimento do reverendo, iniciou-se uma disputa pelos seus bens entre os seus filhos Henry e Benjamim. A corte irlandesa considerou válido o casamento. Já a *House Of Lords*, invocou o precedente do caso *The Queen v. Millis*, o qual estabeleceu que um casamento só seria válido quando celebrado por um clérigo, reformando a decisão da corte irlandesa, e ainda estabeleceu que suas decisões são vinculantes para ela e também para os demais tribunais inferiores (ANDREWS, Neil. Op. Cit, pg.98).

⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério, precedente judicial como fonte de direito, 2004, p.159.

⁷¹ CRUZ E TUCCI, Op. Cit.Pg.13.

⁷² Cf. Hart, Herbert, Op. Cit, pg.115.

O *stare decisis*⁷³ (doutrina do *commom law*) pode ser conceituado como um precedente de vinculação obrigatória devendo ser respeitado pelas instâncias inferiores, sendo nesta hipótese o caso de *binding authority*. Há ainda a hipótese do *persuasive precedente*, apresentando uma força meramente persuasiva dos precedentes.

A convicção de que os precedentes são vinculantes e são operados com força peremptória sobre os seus operadores levou a um rigoroso mecanismo de delimitação da *ratio decidendi*, separando os outros elementos que não a compõe. Desse modo, se o precedente é vinculante, de tal forma que o juiz não tem outra opção, a não ser que reanalise seu conteúdo ou negar a força vinculante a ele inerente, mesmo nos casos em que estiver convicto da injustiça ou da falta de proporcionalidade da decisão, parece compreensível aceitar a interpretação da *ratio*, de modo a limitar a força vinculante dos contornos de certos precedentes aos casos semelhantes a decisão ao qual foi relacionada a autoridade do precedente⁷⁴.

A grande dificuldade daqueles que operam o direito costumeiro, nos dizeres de Slapper e Kelly⁷⁵, é justamente a necessidade de assegurar a validade e coerência da analogia utilizada, para que a decisão seja válida. Indubitavelmente é benéfico para qualquer sistema jurídico tratar casos semelhantes de jeitos semelhantes, mas há o empecilho da falta de precisão que está presente em qualquer raciocínio por analogia. A idealização do “*from case to case*”, na cultura anglo-saxônica, requer uma prática interpretativa com cautela, pois existem várias regras judiciais que são passíveis de novas exceções, a serem acrescentadas por juízes, quando distinguirem o caso a ser decidido. A aplicação dos precedentes sob o âmbito da sistemática do *commom law*, só possui fluidez pois há uma fecunda e genuína cultura argumentativa para os precedentes judiciais, o mesmo não se pode dizer sobre o sistema brasileiro.

A técnica do precedente no sistema *commom law* induz o aplicador do direito a realizar uma reflexão jurídica, levando se em conta a moral, a justiça, os costumes e a proporcionalidade, a dar cumprimento à regra argumentativa já exposta

⁷³ No latim significa “ficar com as coisas entendidas”. É proposta conforme o princípio “*stare decisis et non quieta movere*” – ficar com as coisas decididas e não perturbar as estabelecidas.

⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas. Op. Cit, pg.20.

⁷⁵ GARY, Slapper; DAVID, Kelly. The English Legal System, 8 ed., New York, Routledge-Cavendish, 2006, p.189.

de Robert Alexy⁷⁶, que requer a integral justificativa das razões e dos passos argumentativos para se chegar até a decisão final. Tal técnica exige ainda, que sejam levados em conta todas as circunstâncias e acontecimentos do caso, para que sejam identificados os fatores e as circunstâncias específicas daquele caso *sub judicis*.

Ante o demonstrado, resta possível concluir que o sistema *commom law* possui características próprias, construídas em torno das culturas locais, e que para chegar aos seus conceitos atravessou vários séculos, e ainda foi analisada por diversos doutrinadores, a fim de se estabelecer a sua aplicação. Fixadas essas premissas conceituais e técnicas, é possível avançar no exame da técnica do precedente no *civil law*.

3.2 A técnica do precedente e civil law

A tradição do *civil law*, tem origem anterior a da *commom law*, sendo que surgiu aproximadamente no século XIII, no interior das universidades romanas. O estudo do direito romano era complexo, e de uma compreensão dificultosa para quem era leigo no assunto. O direito não era composto apenas pelo romano, mas também pelo direito feudal, comercial e canônico⁷⁷.

Em determinado momento, objetivando a segurança jurídica, se unificou e organizou a legislação, para que toda a população fosse submetida ao direito imposto pelo Estado, que em alguns países era controlada pelo catolicismo, com regras abstratas e de caráter geral, sendo a lei a principal fonte do direito. Existia, portanto, uma obsessão pela lei, principalmente após a Revolução Francesa, onde o estado ganhou amplos poderes, apostando no positivismo jurídico.

A Igreja Católica teve um importante papel para a evolução deste sistema na idade média, que com suas tradições contribuiu com a segurança jurídica e a previsibilidade. Prova disso é que até nos dias de hoje ainda existe resquícios do sistema comandado pelos católicos, como as vestimentas utilizadas no tribunal do júri.

⁷⁶ Sobre a teoria de Robert Alexy, vide tópico As Teorias da Argumentação Jurídica.

⁷⁷ David René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins fontes, 2002. Pg.36.

Após vários séculos sob a influência da igreja católica, surgiu a necessidade de libertação de todas as leis divinas impostas pela igreja, para que se eliminasse os aspectos sobrenaturais dentro do ordenamento jurídico. Com isso, os movimentos contra a igreja no poder ganharam força e amparo, lutando para a conquista de um direito racional e universal, sendo as normas aplicadas com justiça sob os olhos da sociedade e não de Deus⁷⁸.

Como resultado, o direito romano foi empregado no século XII, para a edificação de um direito universal e positivado, que com o transcorrer dos tempos foi se alterando com as deficiências da época, principalmente porque o Corpus Juris Civilis⁷⁹ não poderia regulamentar *ad eternum* uma sociedade futura que nem participou da criação do documento, tanto é que os próprios romanos o alterou alguns anos depois de sua alteração, com o escopo de adequar seus dispositivos conforme o direito canônico vigente naquela época.

A aplicação desta tradição jurídica varia de país para país, tendo uma aplicação mais acentuada na Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, Holanda e Bélgica. Nestes países, assim como no Brasil, os ramos do direito são divididos por código, como é o caso do Código Civil francês e o alemão.

A definição de *civil law* forma-se com base no sistema romano aplicado nos países da Europa Continental e suas respectivas colônias. Naquele tempo, o direito local abriu as portas por inteiro aos princípios do sistema romano, dando azo a criação das constituições, leis e os códigos. É por esta razão que a expressão *civil law* quando utilizada nos países de língua inglesa, se refere ao direito de Ramo na antiguidade, que vem evoluindo cada vez mais desde o período medieval, e por esta razão é chamado de romano-germânico⁸⁰.

Pondera-se que a tradição da *civil law* caminha em constante transformação deste seu surgimento, que se desenvolve gradativamente ao longo dos tem-

⁷⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, pg.71.

⁷⁹ Que em português significa: "Corpo de direito civil". Foi uma importante obra jurídica publicada no ano de 529 e 534, sob o comando do Imperador bizantino Justiniano I, com o objetivo de expandir seu império, criando-se uma legislação harmônica.

⁸⁰ VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007. Pg.273.

pos, baseando-se em diversos sistemas jurídicos, cujo os quais também vivem corriqueiras modificações. A *civil law* é um direito vivo⁸¹ de conclusão inacabável e indefinível.

De modo contrário a *common law* – a qual os precedentes são considerados fonte de direito – a *civil law* é orientada pela jurisprudência, que geralmente não é fonte primária do direito, mas desempenha apenas um papel de orientação, ou seja, de persuasão. Na tradição romano-germânica, as decisões dos tribunais quando decididas de maneira repetidamente semelhantes, formam-se jurisprudência, mas não se sobrepõe a lei (code-based legal system).

Nessa senda, a concepção de direito nesta família se baseia na ideia de que a regra do direito não é elaborada pelo juiz para a solução do caso apresentado, mas de uma regra de caráter geral e abstrato, criada em regra pelo Poder Legislativo, onde se baseia no conceito de justiça ética e moral, bem como em casos práticos. Tais regras descrevem uma conduta a ser seguida, ora criando obrigações, deveres e proibições⁸².

É digno de nota, que no sistema *civil law*, não abarca problemas práticos, pois suas leis possuem caráter geral e abstrato, ou seja, as leis não preveem todos os casos, não sendo possível fornecer todas as respostas aos magistrados, até porque é inimaginável o legislador adivinhar todas as situações futuras a serem submetidas pela lei. Desse modo, o arcabouço legal não é suficiente para pôr fim em todos os conflitos, fazendo com que os magistrados do *civil law* interpretem muito mais do que os do sistema da *common law*.

Nesse interim e conforme o atual CPC, os precedentes judiciais nesta tradição não têm a finalidade de substituir as leis, e nem as depreciar como fontes do direito, uma vez que deve ser respeitado o princípio da separação dos poderes, onde cada um tem sua função específica, sendo que a do judiciário é interpretar e aplicar as leis criadas pelo Legislativo. Desse modo existindo omissão legal, não cabe ao

⁸¹ Expressão utilizada por Rene David, que aduz que a tradição romano germânica se adequa a realidade social e jurídica vivida, se transformando constantemente para atender as necessidades que vão surgindo através dos tempos, como é o nosso caso da problemática quantitativa de demandas judiciais por exemplo (DAVID, Rene, Op. Cit. Pg.74)

⁸² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente judicial à sumula vinculante. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, Pg.24.

magistrado ou o tribunal invadir a função do legislador produzindo nova lei, mas aplicar própria solução que a lei traz, como é o caso do artigo 4º da Lei 4.657/42⁸³.

O alcance ampliado das normas obriga os juristas a realizarem uma atividade interpretativa, concedendo uma liberdade maior do que no sistema *common law*. Dessa forma a lei é estática e necessita de interpretação para aplicá-la, haja vista que ela não prevê todas as situações futuras, ao passo que no direito americano os interpretes devem analisar se o caso passado possui pertinência no caso presente.

A grande preocupação que incomoda aqueles que defendem o sistema romano-germânico, é a segurança normativa, fazendo com que defendam a restrição da interpretação ou criação dos magistrados, pois acreditam que para consolidar a segurança jurídica deve haver uma submissão do juiz a lei, surgindo-se a famosa frase de Montesquieu, em que dizia que o juiz deve ser boca da lei.

Não obstante o caráter geral e abstrato das normas, pondera-se que neste sistema, em regra os precedentes e a jurisprudência têm efeito meramente persuasivo, já que somente pode vincular a jurisprudência que é sumulada especialmente para essa finalidade.

No sistema vigente no Brasil aduz que a lei pura e simples tem aplicação plena, restringindo as interpretações que não estão em conformidade com estas leis, nos casos concretos. A vinculação entre juiz e lei pode ser extraída da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso II, estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, o sistema brasileiro tem o direito entrelaçado à produção legislativa⁸⁴.

Sobre a aplicação de precedentes no sistema *civil law*, o jurista italiano Sergio Chiarlon⁸⁵, aduz que com a dispersão decisional ocasiona uma quebra de isonomia, e por isso, devem ser os precedentes observados, independentemente de quem as proferiu. Nota-se, contudo, que tal pensamento não se aplica ao sistema brasileiro, pois não é qualquer juiz que vai criar o precedente, cabendo aos nossos

⁸³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸⁴ RAMIRES, Mauricio. Op., Cit. Pg.59.

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op., Cit. Pag.57.

tribunais superiores a tarefa de delimitar o que deve ou não ser vinculado em uma decisão.

Outra característica própria em nosso ordenamento jurídico se encontra no controle de constitucionalidade, que pode ser aplicado por qualquer juiz ou um tribunal, seja ele constitucional ou não. Dessa forma o juiz de primeiro grau possui o poder de não aplicar uma norma desde que comprove que está se encontra em desconformidade com a Constituição, sendo esta uma exceção em que o juiz não estará vinculado a aplicar a lei inconstitucional.

Ocorre que da mesma forma de outros países que aderem a *civil law*, o judiciário brasileiro passa por problemas como a incongruente jurisprudência, e a insegurança jurídica, forçando o legislador a pensar de maneira diferente, de modo a criar mecanismos semelhantes à *common law*, como se verá no próximo tópico. Isso porque, com o avanço dos tempos a sociedade se aprimora no âmbito jurídico e político, exigindo uma igualdade isonômica nos tribunais.

Por fim conclui-se que os precedentes dentro do sistema *civil law* tem a finalidade de apenas robustecer a segurança jurídica buscada no seu nascimento, com uma jurisprudência orientadora, visando barrar os recursos no mesmo sentido direcionados aos tribunais superiores bem como contribuir para a previsibilidade jurídica.

Colocado o pano de fundo dos sistemas *common law* e *civil law*, e a aplicabilidade dos precedentes nestes sistemas, passa-se a análise das diferenças entre os sistemas, e ainda a tendência de aproximação do mesmo, em especial com o advento do atual CPC.

3.3 Diferenças e Aproximação das Tradições Ocidentais

É compreensível que em todos os sistemas jurídicos haja a presença dos precedentes judiciais, pois equivale a natureza humana. O clássico exemplo disse é o pai que concedendo um benefício para uma filha, deverá também conceder o mesmo benefício para a outra. Assim os precedentes não são uma peculiaridade específica apenas da *common law*, sendo que há vários traslados de ferramentas entre este e o *civil law*.

Outrora, havia uma rígida diferenciação entre os sistemas *civil law* e *common law*, sendo que o primeiro é oficialmente adotado pelo Brasil, e tem como fonte de direito a lei, já o segundo é a estrutura adotada nos países de ascendência anglo-saxônica como os EUA e a Inglaterra. A principal diferença é lá se dá mais importância a jurisprudência que no texto legal.

Em *terrae brasilis*, é inegável que o sistema jurídico adotado é o *civil law*, em razão da colonização portuguesa, e a inspiração das leis no Código de Napoleão. Por outro lado, é inegável também que este não esteja sofrendo mutações com aspecto de *common law*, tendo o legislador do atual CPC levado em consideração estas mudanças pragmáticas, inserido em nosso ordenamento um sistema de precedentes, porém a pergunta que fica que sistema é este? Pergunta que será esclarecida no próximo tópico.

Hodiernamente não há como fazer uma separação direcionada entre os sistemas, eis que nos últimos tempos a globalização tem contribuído para a comunicação dos mesmos, em virtude do rompimento de barreiras entre as nações, e ainda a facilidade de comunicação. No universo em que vivemos as divisas são aniquiladas pela internet, onde as pessoas não se contentam com o que veem na televisão ou no jornal, fazendo com que as sociedades se evoluam de maneira aberta e não mais fechada, ao ponto de não poder mais separar os sistemas jurídicos.

Nos dias atuais, verifica-se que ocorre uma aproximação entre os sistemas romano e anglo-saxônico, sendo que ambos se influenciam sob a luz da globalização judicial. Esta mescla de sistemas, resultado de uma troca de experiências concretas, leva a interferências no modo tradicional de nosso direito, onde há uma nova onda daqueles que defendem a importância da interpretação das decisões judiciais, ao passo que nos EUA e na Inglaterra, ocorre uma crescente elaboração de leis, como é o caso da criação do código de processo civil inglês. Não obstante, permanece ainda uma diferença fundamental entre os sistemas, qual seja, a importância dos códigos e leis dos mesmos.

Para ilustrar a diferença entre os sistemas jurídicos citados, invoca-se as ideias do parlamento inglês (*common law*) e o francês (*civil law*). Os parlamentares ingleses criaram várias restrições ao poder monárquico com a Revolução de 1688, mas não elaborou um plano para desmontar o poder dominante. Trouxe a ideia de

seguimento dos entendimentos jurídicos com o passar dos tempos, atribuindo as decisões judiciais proferidas importância e respeito. Já no direito francês, a Revolução Francesa rompeu o paradigma da concentração de poder, fazendo com que o legislativo aprovasse continuamente várias leis. Note-se, portanto, que diante de um poder absoluto, cada país procurou uma solução diversa para o problema, um na confiança e respeito aos julgados passados e o outro nas leis⁸⁶.

Salienta-se que o fato de um país adotar o sistema da codificação não necessariamente ele será adepto ao sistema romano-germânico. Nos países de origem anglo-saxã também elaboram leis escritas, porém, a diferença entre estes sistemas reside na força que dão as suas leis. Assim pode-se definir um determinado sistema jurídico de um país, analisando o conceito de código de cada um adota. Na Inglaterra por exemplo, havendo conflito entre lei de um código, e um precedente judicial, caberá ao juiz por meio de interpretação, escolher qual delas deve prevalecer.

É evidente a existência dos resquícios do sistema *common law*, podendo citar a título de exemplo o julgamento com base em costumes, o dever de observar as sumulas vinculantes, as decisões com efeito *erga omnes* e o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo juiz. É possível que nossa matriz jurídica comporte institutos importados de outras, desde que bem aplicados e com autorização constitucional⁸⁷.

Opera-se desse modo os Códigos não mais de uma maneira centralizada como única fonte de direito, o que vem sendo dito como descodificação. É que apenas a mera aplicação do texto legal se revela insuficiente para pôr fim aos casos complexos que aparecem de forma costumeira na rotina dos operadores do direito, com isso entendeu-se que a flexibilização da lei é uma atitude imprescindível para que os direitos sejam concretizados⁸⁸.

Nessa toada, podemos mencionar os casos emblemáticos que envolviam a prisão civil do depositário infiel que adquiria o bem em alienação fiduciária,

⁸⁶ PEREIRA, Hugo Filardi. Decisões coerentes: Valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória. 2016. 197f. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de SP. São Paulo, 2016. Pg.130.

⁸⁷ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. O sistema jurídico nos Estados Unidos – Common law e carreiras jurídicas: o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? Revista de Processo: REPRO, São Paulo, RT, n251, 2016. Pg.354.

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, março 2010. pg.37.

sendo a prisão deferida por vários magistrados, mesmo com a existência, na época, de robustas e contínuas decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmando ser incabível a espécie de prisão em nosso ordenamento (REsp 7943/RS e REsp 2230/RS). Os magistrados fundamentavam suas decisões com base no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que afirmava a legalidade da segregação pessoal nestes casos (RE 206482/SP), mesmo que sendo contrariados por tratados retificados, como o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana. Todavia o Supremo ainda considerava que a legislação onde a prisão civil era fundamentada, era constitucional. Permaneceu assim até que o plenário do STF julgou os Recursos Extraordinários sobre o tema, e se posicionou contra a prisão civil dos depositários infieis, dando improcedência aos pedidos de prisão requeridos pelas instituições financeiras. Quando se pergunta qual foi o fundamento utilizado para dar improcedência, a resposta é simples, utilizou-se dos julgados da própria corte.

O caso exposto acima revela que o sistema jurídico brasileiro calcado na origem romana, está totalmente sujeito a intervenção de precedentes judiciais na racionalidade das decisões judiciais. Há muitos motivos para isso, um deles é que nos casos que guardam semelhanças, deve haver respostas semelhantes. Outro motivo colaborativo para tal feita, são os meios de se acessar jurisprudências recentes de diversos tribunais por meio de um computador, bastando apenas colocar palavras-chaves no campo de pesquisa e apertar uma tecla.

Dessa forma, a prática jurídica processual brasileira conversa em vários pontos com a da *common law*. Nesse ponto, aborda-se sobre o preparo técnico dos operadores brasileiros, pois os precedentes no Brasil seguem o raciocínio aleatório que não se aplica no sistema *case law*, correndo-se o risco do sincretizar de maneira improvisada as tradições, sem o devido diálogo entre elas.

Fica evidenciado o narrado acima ao se analisar o sistema norte-americano, onde os precedentes nascem dos tribunais, seja dos estados ou da federação, e ainda se exige que seja uma decisão da maioria, pois de modo contrário a decisão não se transforma em um precedente, mas em uma decisão com efeito meramente persuasivo sem eficácia vinculatória. Além do mais, o precedente vincula a corte que o criou e as demais instâncias subordinadas, exceto o precedente criado pela Suprema Corte, onde vinculará todas as instâncias.

Insta salientar que no sistema norte-americano o juiz não fica obrigado a aplicar um precedente, desde que fundamente, ao contrário do sistema inglês, que é muito mais enrijecido, não tendo o juiz essa escolha de aplicar ou não determinado precedente, tendo em vista que o *stare decisis* no sistema inglês é o mais conservador, chegando a aplicar precedentes de 400 anos atrás⁸⁹.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência encontrava os seus limites dentro da própria lei, vigorando o direito escrito. Foi assim até a chegada do atual CPC, que em seu artigo 927, segundo Hermes Zaneti Jr., apresenta um rol de precedentes vinculantes⁹⁰, se assemelhando ao sistema inglês no tocante a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes.

Outra diferença entre os sistemas ocidentais se encontra na possibilidade de interpretar. Como dito no tópico anterior, no sistema *common law*, o magistrado tem um campo interpretativo limitado, pois para vários casos, há vários precedentes, sendo que a *ratio decidendi* de um caso pode ser aplicado em muitos outros. Já no Brasil, o magistrado tem uma vasta gama interpretativa, pois a lei não prevê todas as situações futuras, criando-se normas de caráter geral e abstrato.

Nesse ambiente de liberdade interpretativa, ganham força o constitucionalismo, os direitos humanos, e o postulado da proporcionalidade, que possuem um relevante e estimado papel, pois possibilitam um melhor enquadramento da lei ao caso concreto. Ganhou força ainda o conteúdo doutrinário, que está presente em várias petições e sentenças.

A depender do sistema adotado, muda-se o raciocínio empregado pelo juiz na hora de julgar, em outras palavras altera-se o modo de julgar, o modo como um juiz chega a sua decisão final. Sobre esse ponto Frederick Shauer, ensina que a grande diferença entre os juízes do *common law* e do *civil law* está na preocupação dos magistrados. No primeiro sistema os juízes se preocupam com o caso concreto *sub judice*, e não com as normas positivadas em vigor. Na segunda tradição os juízes se preocupam com qual norma será aplicada, para elas a norma é mais importante frente a um caso concreto. Assim a diferença chave é o modo usado pelo juiz para a

⁸⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 85, abril 2010, fls.53.

⁹⁰ JUNIOR, Hermes Zaneti. Precedentes Normativos formalmente vinculantes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016. pg.418.

solução de um conflito, dessa forma para o juiz inglês é o fato e para o juiz brasileiro é a lei⁹¹.

Afim de se tornar a exposição das diferenças entre os sistemas de forma simplificada, apresentamos a elucidativa tabela contida na nobre Dissertação de Viviane Lemes da Rosa⁹²:

COMMON LAW	CIVIL LAW
Também chamada de tradição anglo-saxônica	Também chamada de tradição romano-germânica
Inglaterra, EUA, Irlanda do Norte, País de Gales, África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica.	França, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Suécia, Áustria, Brasil, Estado de Quebec e Estado da Louisiana
Modelo aprofundado de <i>checks and balances</i>	Estrita separação de poderes
Direito como engrenagem dinâmica	Lei como segurança jurídica
Juiz tem poder criativo (<i>judge-made-law</i>)	Inicialmente, entendia-se que o juiz era mero aplicador da lei (<i>bouche de la loi</i>). Hoje, acredita-se que o juiz interpreta a lei.
Precedentes	Jurisprudência

Os precedentes no *civil law*, mais do que no *common law*, devem encontrar respaldo nas normas positivadas, pois no primeiro sistema costuma-se haver uma quantidade maior e mais específica de norma para cada caso, enquanto no segundo, há poucas normas de alcance ampliado, sendo que dificilmente entraram em conflito com um precedente. Isso ocorre porque no sistema *common law* se tem um espaço amplo para se trabalhar com a *ratio decidendi*, enquanto que no sistema romano – aqueles que aceitam os precedentes – o juiz ao delimitar a *ratio* fica restrito as normas vigentes. É o típico caso brasileiro, não pode um julgador, por exemplo, criar um precedente estabelecendo uma multa para o condômino acima do valor estabelecido na lei.

Embora há precedentes vinculantes tanto na Inglaterra como no sistema brasileiro, existem teorias que criticam contundentemente essa vinculação, afirmando que eles não detêm poder normativo, seja na *common law* ou no *civil law*. Nesse aspecto podemos citar as lições de Zimmermann e Jansen, que aduzem que a criação

⁹¹ PUGLIESE, Wiliam Soares. Teoria dos precedentes e interpretação legislativa. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Pg.34.

⁹² ROSA. Viviane Lemes da. O sistema de precedentes brasileiro.349 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Pg.40.

do direito não se confunde com a aplicação do direito, assim, as decisões judiciais somente vinculam caso reflitam de maneira correta o direito vigente⁹³, referindo-se a uma teoria declaratória, ou seja, os julgadores não criam o direito, apenas tendo a função de o declarar-lo.

Obviamente que há claras diferenças que interferem no cerne do pensamento do direito inglês ao direito brasileiro. Nessa perspectiva, fica evidenciada a inviabilidade da mera importação dos institutos da *common law* para o direito brasileiro, sem as devidas adequações técnicas inerentes ao nosso sistema. É preciso que o direito brasileiro encontre o seu lugar para alocar devidamente o sistema de precedentes, definindo o melhor modo de aplica-lo, de modo a garantir a liberdade de julgamento dos magistrados, o direito de defesa das partes, e ainda proteger o ambiente democrático.

Portanto é possível que o direito brasileiro se adeque há alguns instrumentos do *common law*, desde que respeite os mandamentos constitucionais, e não transforme o nosso debilitado direito em uma casa de juízes autoritários. Em qualquer cenário, não pode se admitir que as padronizações de julgados viole o estimado princípio da legalidade. Cremos que o sistema de precedentes, aplicados com a devida cautela e de maneira correta, fortalecerão a democracia, e irá fazer com que as normas sejam aplicadas de forma coerente, possibilitando aos recorrentes do judiciário a chance de uma previsibilidade jurídica.

3.4 Os Diversos Sistemas de Precedentes

Inicialmente cumpre ressaltar que cada autor tem sua concepção e classificação de determinado sistema jurídico, conforme os ensinamentos de Arminjon, Nolde e Wolff⁹⁴, onde preceituam que um sistema jurídico é determinado por meio da localização geográfica, das manifestações culturais e o direito no local em que se encontra os autores. No presente tópico a fim de resguardar a pertinência com o tema abordaremos apenas as classificações dos diversos sistemas de precedentes.

⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op., Cit. Pg.98.

⁹⁴ DAVID, R. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg. 46.

Atualmente vivemos uma divergência doutrinária, pois há quem defenda que o atual CPC elencou um rol de provimentos vinculantes como Lênio Streck⁹⁵, mas há também quem diga que o diploma processual implementou o sistema *common law*, como afirma o ministro Edson Fachin (RE 655.265) e por fim, há quem diga que o CPC criou um sistema próprio de precedentes, ou seja, tropicalizou o *common law*, como a professora Teresa Arruda⁹⁶. Por meio do estudo dos vários sistemas de precedentes irá se buscar qual das hipóteses defendidas acima é a mais razoável.

Os precedentes estão presentes em diversos sistemas jurídicos, sejam eles de origem anglo-saxã ou romano-germânica, sendo que cada um apresenta uma característica própria, criando-se sistemas diferentes.

Para conceituar determinado sistema de precedente, deve-se primeiro entender o que significa a palavra “precedente”, pois a partir da resposta é possível identificar e separar qual sistema ela se encaixa. Em um primeiro sentido esta palavra representa uma completa decisão judicial, sem limitar algum elemento dela, alcançando-a por completa, ou em um segundo sentido, aludir a uma norma presente na decisão judicial, qual seja, à *ratio decidendi*. Desse modo, o termo pode aludir o *stare decisis*, em relação à obrigação de observar as decisões de uma corte superior. Conforme Neil Duxbury, é um feito passado que servirá como norte para a ação futura⁹⁷.

Registra-se que estes sentidos do termo “precedentes”, são todos relacionados a tradição *common law*. Isso se dá porque cada país adota o seu sistema de precedentes, com características particulares, conforme suas culturas jurídicas e políticas. Não é à toa que os juristas norte-americanos e os ingleses conceituam os precedentes conforme as suas histórias de seus ordenamentos. Mas a pergunta preponderante é: e o sistema de precedentes brasileiro?

Como dito no capítulo anterior, há várias diferenças ente os sistemas norte-americano e inglês com o sistema brasileiro, sendo uma delas o modo de exer-

⁹⁵ Para ele o CPC criou provimentos judiciais vinculantes, a fim de se ter a resposta antes da pergunta (STRECK, Lênio. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no novo CPC? 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 de agos. de 2017.

⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda. “Brazilian precedentes” 2014. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>> Acesso em 29 agosto de 2017.

⁹⁷ MACEDO, Lucas Buriel. Op., Cit. Pg.89.

cer o controle de constitucionalidade, que torna perigoso o simples traslado de técnicas e conceitos, em desconformidade com o ordenamento vigente. Nessa esteira, o atual CPC atribuiu ao sistema de precedentes o caráter vinculativo, sem previsão constitucional, como fizeram as ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade no §2º do artigo 102 da Carta Magna.

Bustamante⁹⁸ narra que é inimaginável que em uma sociedade não se admita a utilização de precedentes, mesmo que utilize outra nomenclatura para tanto, que a depender dos sistemas eles assumem uma função diversa dentro da argumentação jurídica.

Dessa maneira é incorreto afirmar que o Brasil por meio do atual CPC instituiu o sistema *common law* americano, como afirma o Ministro do STF Edson Fachin, por outro lado é admissível que este sistema influenciou o legislador brasileiro ao confeccionar a lei processual.

Salienta-se que em todos ordenamentos jurídicos está presente os precedentes, o que vai diferenciá-los é a parcela de vinculação atribuída a eles. No sistema do *civil law* por exemplo, há a presença de precedentes formulados pelas instâncias superiores, sendo que alguns deles foram elencados no rol do artigo 927 do CPC, devendo o magistrado observá-los. A palavra “observar” indica uma vinculação obrigatória.

É indubitável que o Brasil possui no momento um sistema de precedentes judiciais próprio, ou seja, um sistema que apenas nos temos, um sistema brasileiro. Ao se analisar os precedentes em sede de aplicação no direito americano, pode-se conceituar como decisões proferidas pelas cortes com base em casos passados, esteja previsto na lei o não. Já no sistema brasileiros os precedentes devem encontrar amparo na lei, em outras palavras, a lei é que tem o condão de atribuir o efeito vinculante, dada a nossa natureza positivista.

Estabelece, portanto, que a partir de agora, que o termo “precedente” dentro do contexto brasileiro será a decisão judicial que encontra o seu caráter vinculante na lei, como é por exemplo aqueles que estão contidos no rol do artigo 927 do

⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op., Cit. Pg.198.

CPC. Com isso mesmo que um caso passado encontre semelhanças com o caso futuro pode não ser precedente.

Apesar de os precedentes ganharem força no ordenamento brasileiro, continuamos adeptos da *civil law*. Há quem defenda que os precedentes estão inseridos em nosso sistema antes mesmo do advento do CPC, de maneira diferente do *stare decisis*, tanto é que o nosso Supremo com base no Decreto 2684/75, podia criar fatos cuja a aplicação era obrigatória.

Muito se ouviu dizer que o Brasil estava vivenciando uma commonização em seu direito, esta expressão não merece guarita, pois o sistema de lá é completamente diferente do de cá. Isso se dá porque os precedentes no *common law* não são criados pelo juiz passado, mas pelo juiz futuro, eles não têm a finalidade de se aplicar para o caso futuro, servem para resolver o caso concreto, no Brasil quem cria os precedentes é o órgão que julga pela primeira vez, ou seja o órgão anterior, o proposito aqui é resolver casos futuros.

Os primeiros precedentes de caráter vinculante no Brasil foram a as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Todas essas decisões passam a ter caráter vinculante por uma questão muito simples, o artigo 102 da Constituição diz que são vinculantes, trata-se, portanto, de um mandamento constitucional.

E aqui está o problema, porque até a entrada do atual CPC tínhamos dois precedentes de caráter vinculante, o controle concentrado e as sumulas vinculantes, todos eles por mandamento constitucional, após o novo diploma processual, a grande problemática é que passou a existir outros tipos precedentes de caráter vinculante, sendo que este caráter vinculante é atribuído por uma lei ordinária, qual seja, o CPC.

Em resumo, com o atual código foram acrescentados os seguintes precedentes de efeito vinculante no Brasil: as decisões em sede de procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

Embora rol do art. 927 do CPC elencar vários precedentes vinculantes, não é taxativo, tendo em vista que poderá ser criado um precedente por um órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de argumentação apropriada, e esgotadas todas as questões suscitadas. Tal precedente também terá efeito vinculante aos juízes abaixo da graduação recursal.

Caso não haja precedente do Plenário nos tribunais, o juiz precisará procurar um no órgão fracionário dos tribunais⁹⁹.

O nosso sistema de precedentes em grande parte é construído – não que seja a maneira correta – com várias repetições de julgados no mesmo sentido, já no sistema do *common law* não se opera desta forma, o juiz futuro é que vai construir o precedente com base em uma decisão passada, seja ela repetitiva ou singular¹⁰⁰.

Este sistema ganha força ante o contido no art.926 do CPC¹⁰¹, pois evita uma jurisprudência sem rumo e inconsistente. O legislador o criou com o desiderato de criar uma garantia de previsibilidade e segurança jurídica, e principalmente diminuir as demandas repetitivas. Nesse novo ambiente jurisprudencial o juiz deve construir seus argumentos de fora compatível ao conjunto jurídico brasileiro¹⁰².

Contudo pode se concluir que vigora no Brasil um complexo sistema de precedentes caracterizados pelo efeito vinculante proveniente da Constituição Federal, e dispositivos infraconstitucionais, como o CPC, sendo um sistema próprio e com características específicas brasileiras. Esta vinculação alcança somente o comando da decisão nos julgados. Tal sistema modificará o modo de construção da racionalidade judicial, pois o magistrado deve observar os precedentes judiciais, e utilizar das técnicas inerentes do *common law*, como se verá no tópico seguinte.

⁹⁹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74.

¹⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Op., Cit. Pg.254.

¹⁰¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹⁰² BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pg.154.

3.5 A Racionalidade e a Fundamentação com Precedentes

Tendo em vista que o Brasil adotou um sistema complexo de precedentes de caráter vinculante, cabe agora saber como este sistema irá influir na racionalidade das decisões judiciais e nos seus respectivos fundamentos.

Racionalidade é um assunto de grau complexo, tanto é que foi estudada na antiguidade e é estudada até os dias de hoje, não havendo um conceito estabelecido da mesma. A palavra racionalidade deriva do termo em latim “*rationalitas*”, que nada mais é do que a capacidade *de* raciocinar. Salienta-se ainda que o termo *ratio* se traduz em cálculo, consideração e método. Conclui-se, portanto, que a racionalidade sobrevém de uma sistemática¹⁰³.

Há muito tempo o processo tem sido fundamental na resolução dos conflitos, e para uma efetiva aplicação do direito material, seja na área civil, seja na área penal. Trata-se de um ambiente de contraditório e democracia, que constrói a convicção do magistrado, sendo a sentença o ponto alto de todo processo, devendo esta ser justa para ambas as partes.

O racionalismo das decisões judiciais não é um problema inerente apenas dos magistrados, mas de todos os operadores do direito, pois para se compreender uma decisão judicial deve-se compreender sua racionalidade. A Constituição Federal em seu artigo 93 inciso IX, determina que todas as decisões devem ser fundamentadas sob pena de serem nulas. Essa determinação somente pode ser cumprida por meio da argumentação racional¹⁰⁴.

Para tanto, Robert Alexy¹⁰⁵ afirma que o fundamento das decisões judiciais deve encontrar respaldo em uma regra universal, correspondendo ao princípio da justiça formal, estatuidando que nas hipóteses de casos fatos fundamentais semelhantes, devem ser julgados de forma igual ou semelhante, ainda mais nos casos em que se precedente formar um precedente judicial. Nessa hipótese aumenta o encargo

¹⁰³ VIEIRA, Waldo. Racionalidade. In: FERREIRA, VIEIRA, Waldo. Racionalidade. Enciclopédia da Conscienciologia. Foz do Iguaçu: Editares, 2006, pg. 53.

¹⁰⁴ Silva, Ovídio A. Baptista. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pg. 243.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Op., Cit. Pg.47.

do Judiciário, pois esta decisão servirá para casos futuros, devendo haver um pacto com uma racionalidade que garanta a criação de um novo modelo jurídico.

Essa racionalidade mudará a forma de pensar dos magistrados brasileiros, adquirindo a essência da maneira de julgar dos magistrados americanos e ingleses. Até certo ponto esta racionalidade será importante, pois irá gerar a oficialização do sistema de precedentes brasileiro, por outro lado, se usada de maneira desregrada pode acarretar em um decisionismo judicial.

Dessa forma essa nova racionalidade limitará a ocorrência do ativismo judicial, colocando freios no juiz ativista, denominado juiz Hércules, por Ronald Dworkin¹⁰⁶.

As condições de racionalidade serão alteradas com a aplicação de um sistema de precedentes, tendo em vista que o mesmo atribui efeito vinculante. Este é o ponto neurálgico que o presente capítulo e um dos pontos chaves do presente trabalho visa expor, demonstrando a reconstrução das razões de uma decisão judicial.

Com o atual CPC, existe novas fronteiras e percalços que acompanham a atividade decisória dos juízes que criarão os precedentes, bem como os juízes que serão incumbidos de aplicá-los.

Para os juízes que criarão os precedentes, deve-se observar que estão diante de um auditório universal, ou seja, a humanidade ilustrada, e não auditórios particulares, que nada mais são do que as partes no processo. Por isso toda vez que proferirem algum conteúdo do artigo 927 do CPC devem ter uma atenção redobrada, pois o conteúdo será aplicado nas demais instâncias, sendo que suas fundamentações terão poder de regra. Por isso esse tipo de decisão deve possuir argumentos com capacidade generalizativa, pois deve se tornar um paradigma para os casos análogos.

Já para os juízes incumbidos de aplicar os precedentes devem tomar a cautela de verificar a existência de algum precedente antes de tomar uma decisão, sob pena de a mesma ser reformada em segundo grau ou em instância superior. A fundamentação com base em um precedente judicial, tem o escopo não só de trazer

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Natural Law Revisited. University of Florida Law Review, v. 34, 1982, p. 165-189.

segurança jurídica as partes, mas também de atingir coerência e estabilidade do ordenamento jurídico. A racionalidade da decisão garante uma justiça íntegra, que faz cumprir os valores do Direito.

Não sequer aqui dizer que o juiz exerça meramente a função de boca de precedentes conforme critica Lênio Streck¹⁰⁷. Não se pode aplicar puramente um precedente em um caso concreto sem justificá-lo. Mesmo ficando vinculando aos precedentes, o magistrado tem o poder de interpretá-lo, e verificar se é o caso de *distinguishing* por exemplo.

Como dito no primeiro capítulo, o precedente é mais um discurso no contexto da decisão judicial após a entrada do atual CPC, que até então era somente uma fundamentação, ou seja, servia apenas para orientar o magistrado. É necessário que para a fixação do sistema de precedentes no Brasil, ocorra uma mudança de racionalidade na construção judicial, para que seja incrementado no discurso judicial a utilização de precedentes, que ao seu turno necessita de uma nova mentalidade do magistrado, não de forma totalmente igualitária ao do sistema *common law*, mas de forma semelhante, pois deve sempre ter em mente antes de julgar a primazia da lei positivada.

Com as recentes reformas no ordenamento processual civil brasileiro, verificou-se que o legislador visou conferir uma racionalização do processo, que não deve ser visto sob um olhar do raciocínio matemático, mas em um raciocínio lógico e fundamentado.

Surge com o atual CPC, uma nova racionalidade na forma de julgar acarretada pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes, pois o magistrado não percorre os mesmos caminhos quando se depara com as hipóteses do artigo 927 do diploma processual civil, devendo agir com uma racionalidade própria inerente ao sistema de precedentes. Antes da entrada dos precedentes em nosso ordenamento, o magistrado fazia uma comparação entre caso e lei e decidia, hoje ele continua fazendo esta comparação, mas deve fazer também a comparação entre caso e precedente.

Assim como a audiência de conciliação mudou o paradigma das litigiosidades em demasia, implementando uma nova mentalidade que não seja a combativa,

¹⁰⁷ Streck, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pg. 399.

o sistema de precedentes mudou o paradigma do decisionismo judicial, impedindo que o magistrado julgue conforme suas convicções e impondo uma nova racionalidade na construção judicial com base em precedentes.

4 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Em face do que já foi exposto até agora, podemos prosseguir para a singela análise dos precedentes no direito brasileiro, objetivando entender a vinculação dos precedentes judiciais, e se este, encontra-se constitucionalmente adequado ao nosso ordenamento. Em seguida, abordaremos os aspectos controvertidos dos precedentes, e teceremos algumas críticas quanto a nova jurisdição. E por fim iremos analisar o modo de operação com precedentes.

O atual Código de Processo Civil contido na Lei nº13.105, de 16 de março de 2015, manifesta inúmeros dispositivos com relação as decisões judiciais e seu efeito vinculante. Compreendemos que o código não foi ousado ao falar dos precedentes, sendo que poderia o legislador contribuído de uma maneira melhor com a dogmática acerca dos precedentes judiciais.

Com a omissão do legislador, causou-se várias dúvidas acerca da constitucionalidade dos precedentes, e um acúmulo de comentários negativos por parte dos doutrinadores, e em modo geral, dos operadores do direito. Por outro lado, há quem defenda os precedentes, e de igual daqueles que criticam, possuem argumentos sólidos e consistentes.

Alguns tribunais estaduais já aplicam em suas decisões a teoria dos precedentes¹⁰⁸, sendo que os utiliza inclusive para negar ou prover um recurso, e confere maior credibilidade a tutela de evidência, desse modo, o crescimento de teses jurídicas baseadas em precedentes tem ganhado força perante os tribunais, tornando imprescindível o conhecimento por parte dos operadores jurídicos destas teses.

O tema causa grande divisão na opinião de renomados doutrinadores. De um lado, criticando a aplicação de um sistema de precedentes temos: Lenio Luiz Streck, Nelson Nery Junior, Georges Abboud, Dierle Nunes, Cassio Scarpinella Bueno e, por fim, Alexandre Bahia. Já de outro lado, defendem a aplicação dos precedentes

¹⁰⁸ TJ-DF - AGR1: 201401115197791 Apelação Cível, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 27/01/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/02/2016 . Pág.: 151.
TJ-DF - AGR1: 201510100669631 Apelação Cível, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 24/02/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2016 . Pág.: 190.
TJ-PR - RI: 000069378201281601510 PR 0000693-78.2012.8.16.0151/0 (Decisão Monocrática), Relator: Lucas Cavalcanti da Silva, Data de Julgamento: 02/07/2015, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 02/07/2015

judiciais Teresa Arruda Alvim Wambier, Hermes Zaneti Junior, Fredie Didier Junior, Daniel Mitidiero, Frederick Schauer, Thomas da Rosa Bustamante, José Rogério Cruz e Tucci e Lucas Buril de Macêdo.

Adota-se, em parte os argumentos lançados por aqueles que defendem os precedentes, porém, consentimos com algumas críticas daqueles que são contra os precedentes judiciais, como se verá no decorrer do presente capítulo.

Cumprе ressaltar que eventuais críticas constantes neste capítulo, não possuem cunho pessoal, e, as contrariedades que forem suscitadas, não concebem, sob nenhum aspecto, descrédito aos magistrados, advogados, promotores, ou estudantes de direito, servindo apenas para uma crítica acadêmica, objetivando o contributo para o debate acerca dos precedentes.

Expostas estas premissas introdutórias, passemos então a analisar o sistema de precedentes em território brasileiro, abordando-se sua colocação no atual CPC, o aspecto constitucional, as críticas atinentes a ele, e o modo de operação.

4.1 Os Precedentes no Atual Código de Processo Civil

No presente tópico se fará uma análise do arcabouço normativo presente no atual CPC acerca dos precedentes judiciais, a fim de buscar a intenção dos legisladores em sua criação.

De certo modo, o CPC pouco utilizou da palavra precedentes, como se vê na leitura dos artigos 926, 927 e 928. Por outro lado se preocupou com a jurisprudência, sendo o principal foco dos artigos mencionados, e não propriamente os precedentes. O único ponto do código que menciona de forma direta os precedentes, é quando exige que os tribunais publiquem os seus precedentes, e os organizem por matéria, devendo divulgá-los na rede mundial de computadores.

Não se ousa olvidar que tais artigos são, de fato, o suporte normativo para se afirmar que o Brasil adotou um sistema de precedentes vinculantes, ou seja, são o a chave de acesso para a doutrina do *stare decisis*. Entretanto, o Código não disciplinou de forma explícita a obrigação de seguir os precedentes, o que para alguns, a norma posta é suficiente para afirmar a aplicação de um sistema de precedentes. Para tanto se faz necessário um empreendimento maior da doutrina e jurisprudência

para a interpretação neste sentido. É possível concluir, que o legislador não escolheu normatizar diretamente um sistema de precedentes, o fazendo de forma camuflada e tímida.

Isso ocorreu porque na versão da redação final do atual CPC, havia uma normatização profunda e ousada sobre os precedentes judiciais, porém estes dispositivos foram suprimidos na redação final aprovada no Congresso Nacional, e posteriormente sancionada pelo Presidente da República. Um exemplo claro disto, é que no liquidado artigo 521, havia a previsão de que a aplicação de precedentes tinha como meta proteger os princípios da lealdade, da segurança jurídica e da celeridade¹⁰⁹. Por isso, é uma pena que tais dispositivos foram retirados do projeto final, pois contribuiriam imensamente para uma regulamentação do sistema de precedentes, evitando-se várias dúvidas e inconstitucionalidades sobre o atual código.

Destaca-se que a doutrina do *stare decisis* aplicada no direito inglês, surgiu em razão de uma necessidade prática. Naquela época quase não existia leis, e os advogados não tinham outra escolha a não ser levar aos juízes casos antigos para fundamentar seus pedidos. Dessa forma, paulatinamente formou-se um sistema de precedentes. Já era de se esperar que o legislador brasileiro seria tímido ao elaborar o atual CPC, pois não se implementa um sistema tão complexo da noite para o dia, ainda mais por meio de um código, mas sem sombra de dúvida os próximos códigos serão mais ousados e irão além do que o código atual, sendo que até lá, estaremos um pouco mais familiarizados com os precedentes do que nos dias de hoje¹¹⁰.

Sintetizando, o atual CPC, inegavelmente tem uma forte inclinação aos precedentes, buscando inclusive resolver o problema da aplicação automática ou mecânica dos precedentes. Para isso, robustece a função do contraditório nos artigos 7º, 9º, 10, 493, 927 e 933. O diploma processual prevendo a arbitrariedade judiciária, estabeleceu os requisitos necessários na fundamentação das decisões judiciais no

¹⁰⁹ Registra-se ainda que na versão da Câmara dos Deputados, havia um capítulo próprio exclusivo dos precedentes judiciais, contidos nos artigos 520 a 522, porém tal capítulo foi extinto pela casa revisora, que foi o Senado Federal. (Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/matéria/getPDF.asp?t=1575>. Acesso em 23 de setembro de 2017)

¹¹⁰ Neste sentido, afirma Victoria que para a implementação de um sistema de precedentes demanda tempo, pois tal sistema mexe com setores importantes como os recursos, tutela antecipada, e por isso muitos ficam receosos ao falarem dele (SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el common law*. Madrid Editorial Civitas, 1995, pg.26).

artigo 489, I a VII. Por fim, prevê ainda, o dever de estabilidade nos artigos 926 e 927¹¹¹

O atual diploma processual civil elenca os princípios da coerência, estabilidade e integridade, a serem observados no exercício da função jurídica, conforme o artigo 926 *caput*. Com isso, código buscou atribuir harmonia as decisões judiciais, que por sua vez, devem sempre buscar a isonomia e imparcialidade, com o fim de se formar um sistema justo e possibilitar as partes a previsibilidade e segurança jurídica. Nesta situação não se visa ferir a liberdade dos magistrados, mas sim controlar as arbitrariedades, valorizando-se o exercício da jurisdição.

Tanto os precedentes judiciais, como a jurisprudência e sumula, possuem uma mesma gênese, porém são coisas completamente distintas, não tendo o atual CPC conceituados estes institutos. Todo precedente será uma decisão, mas nem toda decisão será um precedente, quando não tiver semelhança com o caso concreto, portanto, será apenas uma decisão e mais nada.

O termo jurisprudência não possui um significado definitivo, sendo conceituado de maneira diversa a depender do país e evolução histórica. Em nosso país, compreende-se o conglomerado de decisões no mesmo sentido, proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário de modo uniforme e repetido, o que lhes atribui eficácia persuasiva. Destarte, é o conjunto de decisões judiciais harmônicas acerca de uma determinada questão jurídica¹¹².

Ao seu turno, a sumula tem por finalidade divulgar a sinopse de forma numerada e sintética das teses da jurisprudência preponderante de um tribunal sobre determinada matéria, a qual recaiu vaias discussões, havendo uma interpretação vencedora.

¹¹¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op., Cit. Pg.79.

Já o precedente judicial, é uma decisão proferida no passado, que tem por finalidade sustentar a argumentação de uma determinada decisão futura. Versa sobre aquela decisão em que há um lucro hermenêutico a ser levado na tomada de decisão de casos futuros. Tem como característica principal a natureza transcendental, que gera efeitos para fora do caso em concreto¹¹³.

O termo precedente, encontra-se explicitamente citado nos artigos 489, § 1.º, V, VI, 926, § 2.º, 927, § 5.º, 988, VI, 1042, § 1.º, II, do atual código processual civil. Nota-se, portanto, que este código, de modo contrário ao anterior, que citou o termo uma única no revogado artigo 479, se preocupou muito mais com os precedentes. Com a adoção mais ampla de precedentes, não se utilizou tanto da palavra jurisprudência, porém, não há qualquer mudança da importância desta palavra em nosso ordenamento.

No contexto das normas brasileiras, podemos conceituar precedentes como decisões judiciais passadas, que pode ou não ser vinculantes. Apenas podem ser estimados vinculantes, as decisões judiciais atribuídas de eficácia em sentido forte, como dito anteriormente. Todavia, não são todas as decisões de caráter vinculante são capazes de se tornarem precedente, devendo-se localizar a sua *ratio decidendi*. Dessa maneira, apesar de que nem todas as decisões se tornam precedentes, é possível que exista vários precedentes nos motivos determinantes de uma decisão.

O artigo 927¹¹⁴ do novo código elenca um rol de precedentes, ou na ótica de Lenio Streck, resolutos provimentos vinculantes. Passa-se o estudo detalhado dos incisos deste artigo, e posteriormente seus parágrafos. Inicialmente, deve-se compreender que o artigo anterior, ou seja o 926, determina os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, que são temas compreendidos como segurança

¹¹³ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Op., Cit. Pg.193.

¹¹⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

jurídica, neste caso, em especial a segurança jurisdicional, por sua vez, o artigo 927¹¹⁵ regulamenta o cumprimento deste artigo em seus incisos e parágrafos¹¹⁶.

Nos incisos I e II, o código determina que os juízes e os tribunais observem os julgados do STF em controle concentrado de constitucionalidade, assim como os enunciados de sumula vinculante editados por esta mesma corte superior. De forma específica, nestas duas hipóteses o código apenas realizou uma repetição constitucional, reforçando o contido nos artigos 102, §2º e 103-A, da CF.

A novidade começa a surgir a partir do inciso III, que prescreve que os juízes e tribunais observarão em seus argumentos os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de demandas repetitivas, o que é um equívoco, pois o acórdão não é o que vincula, mas sim o precedente, o primeiro aborda as partes do caso julgado em concreto, já o precedente poderá ser retratado em outros casos¹¹⁷. Ressalta-se que tal prescrição também é retirada dos artigos 947, §3º e 985 do CPC.

Frisa-se ainda, que no IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) pode ocorrer de a eficácia vinculante da decisão ser irradiada para além do campo jurisdicional do órgão que julgou, quando o caso é levado ao STJ ou STF por meio de recurso, e a tese jurídica levada é abraçada pelo tribunal, deverá ser observada por todos os demais juízes no território nacional, inclusive os processos coletivos que possuem questão semelhante, conforme o artigo 987, §2º do CPC¹¹⁸.

Em relação aos recursos especial e extraordinário repetitivos, o novo código adota semelhante sistemática do antigo CPC, robustecendo o inciso III do artigo 927, o efeito extraprocessual e vinculante das decisões. Os artigos 1039 e 1040, preveem algumas disposições aos juízes de primeiro grau, e aos tribunais de segundo grau e aos tribunais superiores, em relação de como deverão proceder diante dos recursos repetitivos, devendo aplicar a tese jurídica contida nos mesmos.

Insta salientar, que o artigo 988, IV do atual CPC, prevê o cabimento de reclamação para assegurar a observação dos acórdãos proferidos em julgamento de

¹¹⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹¹⁶ MACEDO, Lucas Buriel. Op. Cit. Pg. 481.

¹¹⁷ ABOUD, Georges. Sumula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol. 165. pg. 227.

¹¹⁸ JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pg. 439.

incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, devendo ser protocolada no tribunal. Do mesmo modo, caberá reclamação para assegurar a observância de acórdão de recurso extraordinário com reconhecida repercussão geral, ou acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral.

A polêmica começa a surgir com o inciso IV do artigo 927, onde preceitua eu os juízes observarão os enunciados das sumulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matérias infraconstitucionais. Esta novidade causou grandes controvérsias entre os doutrinadores, pois a partir de agora, com este dispositivo, em tese, praticamente as sumulas comuns e as vinculantes teriam o mesmo sentido e poder de vinculação. Comenta-se que sobre a obrigatoriedade de observá-las, o novo código diz que somente é cabível a reclamação nas hipóteses de desobediência de sumula vinculante, conforme o artigo 988, inciso III do diploma processual civil.

A doutrina também diverge acerca da constitucionalidade desse inciso, pois caberia apenas a Constituição determinar a vinculação das sumulas, como fez com a sumula vinculante, e não a uma lei ordinária. Outro argumento é que o Poder Judiciário estaria interferindo nas funções do legislativo, pois os provimentos elencados no artigo 927 teriam força de lei positivada. No aprofundaremos acerca da constitucionalidade no tópico seguinte.

Finalmente, o inciso V do artigo 927, dispõe que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial que estejam vinculados, onde novamente renova a ideia de integridade e coerência jurisprudencial, fazendo com que os juízes e tribunais, quando diante de um caso, observem um esteio maior ou menor possibilidades em suas teses argumentativas, a depender dos julgados anteriores.

O jurista Lenio Streck afirmar que os incisos do artigo 927 são resolutos provimentos vinculantes¹¹⁹, e não precedentes, porem sua afirmação não merece gua-

¹¹⁹ Conforme seus eruditos artigos expostos no site Conjur (Disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes> interpretar; <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>)

rida, pois o que vincula não são as decisões ou as sumulas, mas sim o que está contido dentro delas, devendo o interprete extrair a *ratio decidendi* de cada uma. Em suas considerações, Streck compara o sistema de precedentes brasileiros, com o genuíno da *common law*, e por obvio há grandes diferenças. Muitos nomes se dão a este novo sistema trazido pelo atual código, um sistema com peculiaridades específicas, e cada um lhe atribuiu um nome. Compreendemos que este sistema se amolda mais a precedentes vinculantes, do que provimentos vinculantes.

Diante do exposto, a regulação dos precedentes brasileiros pelo atual CPC, foi colocada de forma inicial, pois não teve a devida profundidade que o tema necessita, não garantindo o arcabouço necessário para a interpretação clara e sem questionamentos, com o fim de implantar o *stare decisis* canarinho. Do mais, verifica-se que o tratamento dado ao assunto foi de maneira cautelosa, já que em nenhum artigo do código há a expressa regra de vinculação dos precedentes. De outro lado, preceitua que os juízes observarão os incisos do artigo 927, o que deixa mais do que claro, que os juízes devem respeitá-los¹²⁰.

Em uma conclusão final acerca dos precedentes no atual CPC, observa-se a criação de regulação específica de precedentes, nunca vista antes, como um dever geral de concretizar a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Nesse aspecto, indubitavelmente o CPC avançou, e quebrou várias barreiras impostas por processualistas extremamente conservadores e positivistas, inaugurando um tratamento especial aos precedentes, porém de forma muito tímida em relação ao projeto da Câmara dos Deputados.

4.2 (In) Constitucionalidade dos Precedentes a Moda Brasileira

Como dito anteriormente o atual CPC surgiu como um remédio para os problemas da litigiosidade, da insegurança jurídica, e da imprevisibilidade das decisões, porém, como todo remédio, possui efeitos colaterais, e um deles é a contrariedade das novas normas processuais civis, com os princípios e mandamentos estabelecidos na Constituição Federal.

¹²⁰ BURIL, Lucas de Macedo. Op., Cit. Pg.490.

Dessa forma, visa-se no presente tópico, estabelecer se realmente existem Inconstitucionalidades no sistema de precedentes judiciais, estabelecido pelo novo CPC.

Em razão da doutrina do *stare decisis*, o sistema jurídico do *common law* atribui vinculação obrigatória aos precedentes. Já no sistema *civil law*, em especial o sistema brasileiro, possui precedentes persuasivos, ocorre que com o atual CPC, surgiu-se no ordenamento jurídico decisões judiciais em condição de precedentes vinculantes.

Surge, então, a primeira contrariedade no que diz respeito a supremacia da Constituição. É sabido que nossa Constituição tem como característica ser Escrita ou Dogmática, ou seja, é composta por um texto completo e organizado. Tal texto tem como finalidade estruturar o Estado, sendo a lei máxima e fundamental em nosso ordenamento, deste modo, toda norma infraconstitucional deve observar os seus mandamentos, princípios e garantias.

Em face da supremacia da Constituição Federal, seria permitido uma decisão judicial ter poder vinculatório por outro modo que não seja por emenda a Constituição. Nota-se que os dois primeiros incisos do artigo 927 já tinham previsão constitucional, mas como fica os demais incisos? Dessa forma, as grandes críticas questionam como uma lei ordinária pode vincular um juiz?

Há correntes que dizem que não se faz necessário exigir-se da Constituição autorização expressa para a concessão de efeito vinculante aos precedentes judiciais, tendo em vista que ela autoriza implicitamente, pois ele sempre prezou pela segurança jurídica, e ainda estipula o dever de observância dos tribunais superiores, cominado com o princípio do tratamento isonômico as partes, dando aos casos semelhantes, decisões semelhantes.

Dessa forma, é possível concluir que, os dispositivos de que ordenam a vinculação não deveriam ter sido introduzidos pela legislação ordinária, mas, imperiosamente, por meio de emenda constitucional, ampliando o rol de hipóteses vinculativas além da sumula vinculante e as decisões em controle concentrado, já previstas na Constituição. Como explicar que as sumulas comuns e as vinculantes tem a mesma eficácia vinculativa? Nota-se que para a elaboração de uma sumula vinculante, existe um rígido processo de criação, exigindo-se a aprovação de dois terços dos membros

do STF e ainda reiteradas decisões sobre matéria constitucional, conforme o artigo 103-A da CF.

Atualmente, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº5492, ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, contra vários dispositivos contidos na Lei Federal nº13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil. Um dos fundamentos da ação é de que o CPC ultrapassou dos limites ao legislar matéria que não é de sua alçada. A ação tem como relator o ministro Dias Toffoli, e encontra-se aguardando o julgamento¹²¹.

Compactua referido entendimento o professor Nelson Nery Junior, que afirma que somente o Supremo Tribunal Federal pode emitir decisões de caráter vinculante, de forma que uma norma infraconstitucional não pode utilizar dos poderes conferidos ao Supremo, pois conforme seu posicionamento, o judiciário estaria desempenhando uma função do legislador, o que seria possível apenas com previsão constitucional¹²². Comunga com este entendimento, os ensinamentos do também professor Cássio Scarpinella Bueno¹²³, onde aduz que a vinculação necessariamente precisa de prévia autorização constitucional.

Correlato a isso, temos a suposta afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que os juízes estariam assumindo o papel do legislador. Sem delongas, é possível concluir de forma apriorística, que o sistema de precedentes vinculantes não fere a separação dos poderes. A uma, porque o próprio legislador conferiu ao Poder Judiciário a chance de editar precedentes vinculantes, portanto o judiciário estaria atuando com autorização do legislativo, e ao formular ou aplicar os precedentes vinculantes, estaria cumprindo o descrito em lei, dessa forma também se evitaria que todo juiz fosse um possível legislador. A duas, porque por mais que sejam vinculantes, não podem substituir o direito positivado, assim, apenas se os precedentes estivessem acima da lei, é que poderíamos cogitar tal lesão, pois em um embate de precedentes e lei, prevalece ainda a lei.

¹²¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verpeticaoinicial.asp?base=adin5492>.

¹²² JUNIOR, Nelson Nery. CFC - Simpósio - O Novo CPC - Prof. Nelson Nery Junior - A Força dos Precedentes Judiciais <https://www.youtube.com/watch?v=lxXIPKureAc> (Acesso em 29 de setembro de 2017).

¹²³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 543.

Por fim, há de se falar sobre a independência funcional dos juízes, e os precedentes vinculantes. Com o decisionismo judicial, e a instabilidade jurisprudencial, o atual CPC trouxe para todos os magistrados e tribunais, a obrigação de observância das teses de seus superiores, conforme o artigo 927, que contem decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais de segunda instância, todas com efeito vinculante.

A questão que insurge seria: os precedentes vinculantes violariam a prerrogativa de liberdade funcional de liberdade dos magistrados? A independência do magistrado é correlata ao princípio do juiz natural e tem como finalidade manter o juiz livre de influências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, e manter o juiz vinculado a lei, e forma que esteja livre de discernimentos particulares ou externos.

Dessa forma, o magistrado não tem limites no que tange a interpretação e aplicação da lei de acordo com seu entendimento e o caso concreto, a independência tem a função de livrar o magistrado das pressões populares e institucionais.

Não se pode olvidar da extrema importância da independência funcional, entretanto, esta independência não representa um fim em si mesma, trata-se de um valor instrumental para preservar outros, como a imparcialidade dos juízes, que nada mais é do que o valor primacial da função judiciária¹²⁴. Portanto, tal garantia não pertence ao juiz, mas pertence ao povo, e a sociedade como um todo e principalmente ao jurisdicionado.

Sabe-se que o juiz é um agente do Estado, ele completa um complexo sistema da justiça brasileira, sendo escalado pela Constituição Federal para amparar, proteger e acolher os anseios e necessidades que a sociedade lhe apresenta, da forma que a impessoalidade no exercício de sua função, neutraliza a ideia de ampla liberdade para decidir de forma contrária as cortes superiores.

Entendemos que um sistema de precedentes vinculantes atinge sim a independência dos juízes, porem de forma legitima, já que as orientações dos tribu-

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989,pg.32.

nais, se assemelham a uma das várias fontes jurídicas. Se não fosse assim, que sentido teria organizar a justiça por órgãos subordinados, a fim de que o órgão superior sempre dará a palavra final.

Não é certo simplesmente afirmar que se a parte não concordar com a decisão, ela que ocorra ao tribunal, pois se daria ampla liberdade para se proferir decisões diferentes para casos iguais, devendo o juiz contribuir para a estabilidade da jurisprudência criada pelos tribunais superiores.

Os consumidores do judiciário têm o direito de serem tratados de maneira igualitária, e também possuem o direito de saberem a norma que lhes são aplicáveis, de modo a assegurar uma adequada previsibilidade jurídica, já que a experiência diz que determinada sociedade tem um melhor comportamento quando possui ciência da consequência de seus atos.

Conclui-se, portanto, que há sim interferência no princípio da independência dos magistrados pelo sistema de precedentes vinculantes, porém, tal interferência não representa necessariamente um mal ou prejuízo para o sistema judiciário. Muito pelo contrário, é um meio necessário para chegarmos a um patamar de igualdade e segurança jurídica maior, valores estes, que devem ser analisados no momento de proferir uma decisão, em relação a independência funcional dos magistrados.

O que não se pode permitir, por evidente, é a aplicação de penalidades ao juiz que adota teses jurídicas diversas dos tribunais, até porque as novas teses nascem das instâncias inferiores e se desenvolvem até chegarem aos tribunais de vértice, contribuindo para a regeneração da justiça. Por esta razão, não se defende aqui uma castração judicial, devendo o magistrado nos casos em que entender que certo precedente não é aplicável, demonstrar a existência de distinção ou superação, ou ainda que o precedente não se amolda no caso concreto.

Em face do exposto, acreditamos que o fato de não haver expressa previsão constitucional ao efeito vinculante atribuído ao rol do artigo 927 do atual CPC, os tornam inconstitucionais, pois o legislador ultrapassou o limite estabelecido para sua atuação perante a Constituição Federal. Por outra lado, não concordamos que o sistema de precedentes fere o princípio da separação dos poderes e a independência funcional dos juízes, pois o julgador ao aplicar os precedentes de modo vinculante

apenas estaria seguindo a própria lei criada pelo Legislativo, e é um direito e dever dos magistrados interpretar e fundamentar conforme a jurisprudência e precedentes aplicáveis ao caso.

4.3 Aspectos Controvertidos e Crítica a Nova Jurisdição

É inegável que o sistema de precedentes vinculantes contribuirá para a evolução de nossa justiça com estabilidade e segurança jurídica, por outro lado, possui alguns pontos que merecem melhor análise, pois corre o risco de uma aplicação descontextualizada e controvertida em face daquilo que o atual CPC tentou estabelecer. Ao se olhar para a história dos sistemas *common law*, vê-se que se consolidaram com a evolução histórica, o nosso sistema de precedentes a moda brasileira não é diferente, pois deve ser amadurecido com os debates doutrinários e jurisprudenciais.

A principal crítica a se fazer acerca dos precedentes judiciais, está na forma mecânica de sua aplicação, problema este que há tempos vem sendo relatado pela Crítica Hermenêutica do Direito, que preceitua que nenhuma lei, sumula vinculante ou enunciado jurisprudencial devem ser aplicados de forma simplesmente dedutiva¹²⁵.

No sistema americano, esta impossibilidade é ainda mais gritante, pois o precedente não nasce como precedente, e ele não é antecipadamente decidido textualmente. Caberá ao juiz futuro delimitar o que é precedente, e não ao juiz passado, assim todas as decisões são passíveis de se tornarem precedentes. Em nosso país, as decisões vinculantes já possuem seu texto previamente definido.

Contudo, a aplicação pelas demais instancias nos casos futuros, exigem uma atividade interpretativa por parte de todos os operadores, em especial do magistrado, que será incumbido de analisar os precedentes apresentados por ambas as partes, possibilitando o contraditório para o pronunciamento dos litigantes, para, se o caso, apresentarem a presença de superação ou distinção.

Não há de se olvidar do paradigma pós-positivista, encetado por Friedrich Müller¹²⁶, que em sua obra relevante para a superação do positivismo, propõe

¹²⁵ STRECK, Lenio. O feito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v.1, n°3, pg.83-128, 2005.

¹²⁶ MÜLLER, Friedrich. Postpositivismo, Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n°3, pg. 189.

que a norma não deve ser resumida em seu texto legal, um ordenamento jurídico sem lacunas é mera utopia jurídica, e por fim, que os casos devem ser solucionados a partir de dados linguísticos (programa da norma) e também extralinguísticos (campo da norma), com a finalidade de se alcançar a norma de decisão no caso concreto. Em síntese, o pós-positivismo prega que não deve haver uma separação entre o direito e a realidade, transcendendo a antiga diferença entre questão de fato e de direito.

Expostas as premissas bases do pós-positivismo, seria no mínimo ingênuo acreditar que a aplicação subsuntiva dos precedentes, ou artifícios que visam a solução por meio do efeito cascata, seriam a saída para a racionalização da atividade judiciária, pois, a norma não existe por si só, ela necessita ser produzida em cada caso concreto.

Deste modo, a leitura constitucionalmente adequada a ser feita sobre o atual CPC, é que quando o mesmo estabeleceu a obrigatoriedade de juízes e tribunais de aplicarem as sumulas e acórdãos vinculantes, conforme o artigo 927, não tolheu o direito de interpretar dos magistrados. O que fica evidente, é a obrigação dos juízes e tribunais aplicarem os precedentes em suas fundamentações para assegurar a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência.

Outro ponto que é preciso assentar, se encontra na mera importação de institutos jurídicos estrangeiros, que por muitas vezes contribuíram para o aperfeiçoamento de nossa dogmática jurídica, mas que também trazem riscos e ameaças que nem sempre são observados pela doutrina. Muitos afirmam que o atual CPC instituiu o típico *common law* americano ou inglês, e com isso desejam aplicar o mecanismo no Brasil, da mesma forma que também é aplicado nos Estados Unidos ou Inglaterra, esquecendo-se que possuímos uma Constituição e um extenso Código de Processo Civil. Dessa forma, alertamos para que não ocorra uma aplicação descontextualizada daquilo que estabelece o CPC, devendo ser apenas utilizadas as ferramentas brasileiras disponíveis e permitidas, e ainda, conforma a cultura jurídica estabelecida em nosso país.

É evidente que pelo simples fato de certos institutos jurídicos se estabelecerem a sistemas jurídicos de determinadas tradições diferentes, faz com que a simples importação dos mesmos cause problemas quando aplicados para o país que os recebeu.

A indevida importação fez com que a nomenclatura adotada para o sistema não fosse a mais adequada. É costumeiro a utilização do termo “precedentes obrigatórios” por parte da doutrina, e de outras expressões da *common law*, com o fim de acenar para a uniformização da jurisprudência por meio de artifícios que levam a vinculação obrigatória. Tal expressão não é dogmaticamente adequada para ser utilizada.

Por outro lado, quando se utiliza a expressão “precedentes vinculantes” sobre o contexto do sistema brasileiro, e esquecendo-se do sistema *common law*, parece ser adequado chama-los assim. Não se olvide que apesar de o termo “precedentes” no direito anglo-saxônico serem escolhidos pelo juiz presente e não pelo futuro, não impede a utilização da nomenclatura precedentes, tratando-se de uma questão de opção legislativa.

Entre as várias inovações trazidas pelo atual CPC, uma delas é o dever dos tribunais de manter a uniformização da jurisprudência mantendo-a íntegra, estável e coerente. Diante disso, pergunta-se: o que é uma jurisprudência íntegra estável e coerente? Não existe um sentido pré-concebido em que o operador deva levar em conta em sua interpretação, mas também não pode usar sua fundamentação como um papel em branco, decidindo da maneira que quiser¹²⁷.

Não pode o magistrado tomar uma decisão antes de analisar o caso, causando vícios em sua interpretação, tendo em vista que é hermética, fazendo sentido apenas na cabeça do magistrado. Desse modo, é imprescindível que o interprete se pautar em princípios concretos e relacionados ao caso, observando de julgados semelhantes, a atual com razoabilidade e proporcionalidade em que cada caso necessita, evitando-se o risco da arbitrariedade.

Extrapolando o aceitável permitir em nossa justiça todo e qualquer pronunciamento judicial construído sobre uma lógica meramente dedutiva, criando-se critérios limitadores da interpretação subjetiva. Um desses critérios, é o sistema de precedentes vinculantes, que se aplicado da maneira correta, contribuirá para a solidificação da jurisprudência e por conseguinte a redução das grandes demandas judiciais¹²⁸.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op., Cit. pg.98

¹²⁸ Para Eros Grau, quando o juiz estiver diante de um caso concreto, deve ter em mente que sua decisão não é a primeira resposta, de modo que sua interpretação se encontra inserida no mundo histórico, como se tudo se iniciasse e terminasse com sua palavra (GRAU, Eros Roberto, Op., Cit.

A práxis brasileira nos seduz a falsas facilidades, uma delas é a mera invocação de forma vulgar de precedentes para solucionar um caso. Com a era digital em expansão, é muito fácil jogar palavras chaves no campo de busca de determinado acervo jurisprudencial e copiar e colar determinada ementa na petição ou sentença. Assim parece que um promotor ao fazer alegações finais, um advogado ao peticionar, ou um juiz ao tomar uma decisão, o fazem sem a menor noção do que estão fazendo, desde que mencionem uma decisão anterior, ou busquem nos códigos comentados um verbete jurisprudencial.

Em uma analogia, é mesma coisa de um médico diagnosticar um paciente, somente pesquisando os seus sintomas no site de buscas Google, deixando de lado toda sua capacidade técnica e competência intelectual, que o permite observar as condições específicas de seus pacientes.

Todos nós operadores do direito, temos a obrigação de buscar o conhecimento da teoria dos precedentes, para que não ocorra encaixes artificiais, principalmente os magistrados, porque de nada valeria trocar o juiz boca da lei, para o juiz boca dos precedentes vinculantes¹²⁹.

A invocação de precedentes não pode simplesmente seguir uma lógica aleatória, que não é reconhecida no sistema *common law*, ainda mais o americano e inglês. Os precedentes destas tradições jurídicas, foram se evoluindo durante séculos, e nasceu com a ausência de leis, por isso não se pode compara-lo com o sistema brasileiro, cuja sua função é atribuir coerência e estabilidade a jurisprudência.

Nem de longe se deseja afirmar aqui que precedentes vinculantes sejam um mal. Pelo contrário, são necessários para o desenvolvimento de qualquer direito, pois contribuem com a concretização de princípios e entendimentos importantes, e ainda auxiliam ao magistrado na difícil missão de manter a integridade jurídica.

Para tanto, por mais que se escorra da emboscada do uso de pronunciados contidos em decisões passadas, sendo que não se tem o conhecimento sobre suas particularidades, o simples juízo de diferenciação de casos, não é necessário para embasar a aplicação de um precedente. Ressalta-se que não há distinção da questão de fato e de direito, como hodiernamente é feita, sendo possível que um caso

pg.64).

¹²⁹ ABBOUD, Georges. Op., Cit. pg. 402.

Y mostre uma situação de fato, mas que diferencia daquela lançada no precedente Z do caso X¹³⁰.

É importante ressaltar ainda, que em alguns pontos o novo CPC é omissivo em indicar o rol dos precedentes do artigo 927, se limitando a indicar apenas alguns. É o caso, por exemplo, do artigo 1022, Parágrafo Único, que considera omissa a decisão que deixa de se manifestar sobre teses de recursos repetitivos, ou incidente de assunção de competência, apenas isso, não indicando nenhum outro precedente. Ou o caso da concessão de tutela de evidência no artigo 311, inciso II, onde se indica apenas os casos repetitivos e as súmulas vinculantes.

Acerca disso, há uma corrente que defende que se aplica apenas o que está descrito em lei, fazendo-se uma interpretação restritiva. Por outro lado, há uma corrente que afirma que por mais que o código não mencione, deve-se interpretar de forma ampla e considerar todos os precedentes do artigo 927.

Neste ponto, concordamos com a segunda corrente, pois o código falou menos do que deveria falar, portanto, onde cita alguns precedentes, deve ser lido como se ele estivesse mencionando o artigo 927, isso porque, como dito anteriormente, o CPC implementou um sistema de precedentes.

Por fim, a hermenêutica clássica ensina três etapas da interpretação, são elas: o conhecimento sobre o caso, analisando suas particularidades e evolução temporal e lógica; a compreensão, onde se busca analisar o ordenamento jurídico frente ao caso; e por último a aplicação, na qual se escolhe a norma jurídica a ser aplicada¹³¹. Sem dúvida, seguindo à risca estas etapas, caso seja possível, certamente o risco de uma aplicação descontextualizada dos precedentes vinculantes será muito menor.

Diante do colacionado, a leitura constitucionalmente acertada do atual CPC, em seus artigos 926 e 927, não pressupõe apenas uma redefinição de nomen-

¹³⁰ Mauricio Ramires leciona que um precedente é como uma lei, ou seja, é um texto jurídico que possuem normas que precisam ser extraídas, ele não carrega consigo todos os modos de aplicação (RAMIRES, Maurício. Op., Cit. pg.107).

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos – Revista do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica na Univali, vol.8, nº2. Itajaí, 2003, pg.289.

clatura do termo “precedente”, mas a quebra da barreira do silogismo em sua aplicação, circunstancia que com certeza culminará para a estabilidade, coerência e integridade de nossa tão bagunçada e desajeitada jurisprudência.

4.4 Operação com Precedentes no Sistema Brasileiro

No presente tópico, irá se abordar vários pontos e comentários acerca da operação dos institutos que compõem o sistema de precedentes, levando-se em conta as transformações trazidas pelo atual Código de Processo Civil brasileiro.

Como visto anteriormente os precedentes judiciais em nosso ordenamento são compreendidos em decisões judiciais contempladas com efeito vinculante. Desse modo, são considerados precedentes vinculativos as decisões proferidas em sede de controle concentrado, recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência, incidente de arguição de inconstitucionalidade e por fim, pelo órgão pleno ou especial de determinado tribunal.

Tais precedentes acima mencionados, são de observação obrigatória das instâncias inferiores ligadas aos tribunais que preferiram as decisões, sendo que o mesmo tribunal também deve observar suas próprias decisões. Quanto aos precedentes advindos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, vinculam todas as instancias brasileiras.

Destaca-se que a operação com precedentes exige de seus operadores (juízes, advogados, promotores, procuradores etc.) uma fundamentação esquadrihada em face da teoria da argumentação jurídica, utilizando-se adequadamente dos mecanismos de aplicação dos precedentes como *ratio decidendi*, *distinguishing*, *overruling* e *obiter dictum*. Nota se ainda, que o atual diploma processual, temendo a arbitrariedade dos juízes, formulou o artigo 489, §1º, que em seu inciso V preceitua que não será considerada fundamentada a decisão judicial que invocar precedente ou enunciado de sumula, sem identificar seus fundamentos determinantes, bem como não demonstrar que o caso se ajusta aos fundamentos.

Para invocar determinado precedente vinculante, deve-se atentar sobre o relatório, os fundamentos e o comando emanado da decisão que criou o precedente, afim de verificar eventuais divergências entre este com o caso em concreto, caso isto

ocorra, deverá ser aplicada a distinção entre os casos, e se ficar provada a diferença entre os casos, o precedente não poderá ser aplicado. De igual modo, não será aplicado se ficar provado que houve uma mudança cultural, social ou política que influem na decisão¹³².

Neste diapasão, extrai-se que o juiz possui um importante papel a exercer em primeira instancia, pois é ele que faz o primeiro contato com o caso e as provas, cabendo a este analisar os precedentes disponíveis para aquele caso, sob pena de ter sua decisão reformada pelo tribunal por não estar baseada em um precedente vinculativo.

Certamente o atual CPC escolheu um modo de se operar com precedentes, tanto é que é considerada infundamentada a decisão que se limita em apenas citar precedente, sem mencionar seus fundamentos e semelhança entre os casos. Tal regra evidencia que as instâncias inferiores ficam vinculadas aos principais fundamentos da decisão que criou o precedente, em outras palavras, deve observar as limitações impostas pela *ratio decidendi*. De tal modo, se a nova demanda conter elementos novos, ou ainda particularidades como urgência, risco de vida, o precedente não se torna vinculante, e, portanto, inaplicável ao caso.

Atento a isso, o novo código determinou que na confecção de sumulas, os tribunais devem observar os pontos fáticos dos precedentes que ensejou sua criação. Imaginamos que em determinada demanda discuta-se se a pretensão da Fazenda Pública em conseguir indenização é passível de prescrição, e que o caso gira em torno de um acidente envolvendo um veículo público. Neste caso os tribunais não poderiam formular sumula baseado em diversos casos que envolvam colisões com veículos oficiais, versando sobre a (in) prescritibilidade da ação para o reembolso de prejuízo causado por ato de improbidade administrativa. Ou seja, não se deve confundir o caso de prejuízo derivado do esbarro entre automóveis, com o caso de prejuízo derivado de ato de improbidade. A prescrição para a Fazenda para cada fato acima abrange uma gama de regras e condições diferentes, sendo casos diferentes, o precedente de um não é útil a resolver o caso de outro¹³³.

¹³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogério. Op., Cit. Pg.67.

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Os precedentes no Novo CPC. Jota, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.info/serie-os-precedentes-no-novo-cpc>.

Em face disto, caso um magistrado fundamente sua decisão com sumula ou acórdão que não realizou a distinção entre casos no seu nascedouro, o CPC normatiza que neste caso será cabível a ação rescisória.

Desde que um determinado precedente é criado nos moldes previstos em nosso ordenamento pelos tribunais superiores, os juízes das demais instancias estarão vinculados a este precedente, analisando sempre o caso concreto que levou a sua formação, para tanto deve-se atentar sobre o contido no relatório da decisão. Nessa perspectiva, caso haja distinção entre o caso concreto em relação ao precedente, deve-se reconhecer a inexistência de precedente, uma vez que o precedente não terá aplicabilidade, portanto, se não há semelhanças fáticas, não há o que se falar em precedente¹³⁴.

Ressalta-se que não há contradição no meio de coisa julgada incidente, o comando da decisão e a superação dos precedentes (*overruling*), ainda que decisões em sede de controle direto de inconstitucionalidade, pois a alteração dos fatos muda a causa de pedir, concebendo uma nova decisão. A aplicação do *overruling* é o que possibilita a movimentação e articulação do sistema de precedentes, impedindo que o mesmo fique engessado¹³⁵.

De outro modo, o sistema de precedentes traz consigo algumas divergências em seu modo de operação. Vejamos os mais importantes.

O primeiro deles é quando o STF declara uma norma inconstitucional retirando-a do ordenamento, fazendo com que este precedente não possa ser superado por nenhuma parte do judiciário. Somente o Poder Legislativo será capaz de superar tal precedente, criando lei igual ou parecida, com aquela que foi revogada¹³⁶. Mas caso isso ocorra, não será propriamente a hipótese de superação, eis que somente um órgão do mesmo poder teria capacidade para tanto.

A segunda questão crítica com a operação de precedentes, é que em um momento inaugural de calcificação dos precedentes, demandaria tempo e esforço

¹³⁴ SCHAUER, Frederick. Coleção grandes temas no novo CPC: precedentes. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: JusPODIVM, 2015. pg.76.

¹³⁵ TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. Pg.109.

¹³⁶ Embora, para o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, não seria possível o Legislativo elaborar nova lei igual a aquela revogada. (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23.ed. São Paulo: Atlas,2009.pg.272.

significativos a serem empreendidos pelos operadores para a procura e exame dos casos concretos, com o fim de detectar e entender um precedente. Tal exercício é de extrema dificuldade e trabalho, e exige do interprete cautela, devendo observar os casos que culminaram no precedente e o caso a ser levado em julgamento. O impasse estaria no tempo necessário para se realizar uma análise razoável dos casos, bem como se existe ferramentas uteis que facilitem esta atividade, pois uma das coisas que está em jogo é a celeridade das decisões, e a fecundidade dos trabalhos dos magistrados em suas de decisões e no cotidiano dos escritórios de advocacia. Isso acarretaria em um custo maior do Judiciário, que necessitaria de novos programas, analistas, e livros.

O ponto positivo é que esta adversidade não seria perpétua, estando presente apenas no nascedouro da atividade interpretativa. Como dito anteriormente, no tópico 2.5, com a entrada do atual CPC, haverá uma mudança de racionalidade, e com o decorrer dos tempos os operadores se adequaram ao novo modo de exercer a atividade jurídica, e quando conhecerem os precedentes e eu modo de operação, sem dúvida não terão dificuldades em aplica-los.

Existe ainda um terceiro problema na aplicação dos precedentes vinculantes brasileiro, que são as ferramentas normativas que impedem ou dificultam o recebimento de recursos, e o impedimento da criação de superação de precedentes pelas Cortes. Isso ocorre pois enfrentamos a problemática da litigiosidade demasiada em nossos tribunais, que acabam prejudicando uma prestação jurisdicional integra e de um tempo razoável. Em face disto foram criados diversos mecanismos com o fim de cessar tal problemática, sendo alguns deles o julgamento liminar de improcedência, o julgamento liminar do agravo de instrumento e entre outros¹³⁷. Dessa forma, estes mecanismos não dão outra escolha a não ser observar os precedentes postos, porém, com certeza não podem estabelecer uma barreira imóvel ao sistema.

Não obstante, os tribunais recentemente têm criado enunciados de sumulas, impedindo o recebimento de recursos extraordinários e especiais, sendo uma delas a sumula de nº 5 do STJ e as sumulas nº285, 288, 454 do STF. Tais sumulas, são prejudiciais ao sistema de precedentes, pois vetam a análise de casos importantes, e obstam a elaboração de superação de precedentes.

¹³⁷ ROSA. Viviane Lemes da. Op., Cit. Pg.306

Em seus valorosos ensinamentos, José Carlos Barbosa Moreira contesta a jurisprudência defensiva, afirmando que não se deve impedir de forma direta ou indireta, o recebimento de novos recursos, emanados da base da pirâmide judiciária, pois corre-se o risco de impedir previamente um movimento de inovação na jurisprudência¹³⁸. Nessa mesma linha de pensamento, se encontra o posicionamento da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que afirma que a adaptação da sentença em face das sumulas do STJ e STF, não pode se colocar como parâmetro de admissibilidade dos recursos, assim não deve se interpretar o respeito aos precedentes de maneira imutável¹³⁹.

O quarto problema é a localização da *ratio decidendi*, problema este que se encontra em todos os sistemas de precedentes em qualquer lugar do mundo. No tópico 2.1, da presente pesquisa, foram tratadas as teorias de identificação da *ratio* em uma decisão, portanto reiteremos neste ponto as teorias lá lançadas.

Finalmente, devemos analisar minuciosamente a forma do sistema de precedentes que se visa instituir, tendo em vista que não existe apenas uma única maneira de operação com precedentes. Os precedentes apresentam um dispêndio, pois retiram a oportunidade de se atribuir solução diversa. Trata-se de uma opção, de um lado temos a segurança jurídica, e de outro, temos a inconsistente justiça do caso concreto, que de forma automática e inevitável, culminará em uma insegurança jurídica.

A questão pertinente é, se adotarmos um sistema de precedentes vinculantes, seria o mesmo que eleger a aplicação do precedente, independentemente da posição do magistrado sobre o caso? A resposta é positiva, pois para muitos autores como Schauer¹⁴⁰ e Radin¹⁴¹, um precedente vinculante deve ser obrigatoriamente aplicado, ou distinguido, não havendo outra alternativa. Dessa forma toda vez que ser inviável o cabimento de distinção, deverá ser aplicado o precedente, mesmo que o magistrado não concorde com determinado posicionamento.

¹³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: nona serie. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg.285.

¹³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op., Cit. Pag.152.

¹⁴⁰ PUGLIESE, Wiliam Soares. Op., Cit. Pg.64.

¹⁴¹ Para Radin, um sistema de precedentes é genuinamente vinculante, quando estes são aplicados simplesmente porque são precedentes, independentemente da concordância do julgador. (RADIN, Max. Case law and Stare decisis: concerning. Columbia Law Review, v.33, n°2, p.200-201, fev.1933. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1115948>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

Por mais que estes pensamentos pareçam fascinantes, não estão adequados aos princípios da Constituição Federal. Como visto na opinião dos doutrinadores acima, o sistema de precedentes é o caso de tudo ou nada, em outras palavras, ou se escolha respeitar os precedentes, ou se escolha a justiça aplicada para cada caso concreto. Todavia, o sistema brasileiro, não pode impedir o direito e dever dos juízes em interpretar.

Já é sabido que se faz necessário mudar a mentalidade dos operadores do direito em nosso país, para que se possa estabelecer uma cultura adequada de precedentes, muito diferente do que vemos nos tempos atuais. Seria sublime, se o atual CPC não precisasse estabelecer quais casos tem efeito vinculante, como fez o artigo 927. Contudo, não se vislumbra outra oportunidade para a forte alteração de paradigmas.

Vislumbra-se que o novo CPC surge como um remédio para os problemas vivenciados em nossa justiça, e como qualquer outro remédio, não cai ao gosto de todo mundo, e possui efeitos colaterais graves. Buscar as coisas certas da maneira errada, é o mesmo que nadar contra a maré¹⁴². Não pode o legislador brasileiro, simplesmente esquecer que temos uma Constituição, e criar normas incompatíveis com esta, e ainda, não se justifica o argumento de que as normas ordinárias deveriam prevalecer, mesmo que afrontem a Constituição, pois seriam importantes para a manutenção da justiça.

Ressalta-se ainda que não podemos aplicar os precedentes de maneira medieval, com uma aplicação arbitrária e mecânica, da mesma forma em que as leis, os precedentes também necessitam de interpretação¹⁴³, ainda mais do que as leis, pois há uma dificuldade em distinguir seus elementos identificadores.

Há de se falar ainda em uma linha muito tênue em que a ponderação de valores pode representar uma superação ou descumprimento de um precedente. Em determinado caso um valor ou princípio pode não ter sido levado em consideração na criação do precedente, cabendo ao juiz do caso concreto sopesar o valor ou princípio,

¹⁴² Trecho retirado da música Meus Próprios Meios, da banda Oficina G3. Disponível em <https://www.lettras.mus.br/oficina-g3/1388291/>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3. p.178.

não aplicando o precedente. Essa rejeição do precedente, pode parecer o caso de superação do precedente, porem apenas pode superar um precedente a Corte que o criou, de maneira que a não aplicação dos precedentes, por tribunal diverso, ensejará uma superação antecedente.

Em síntese, questiona-se se um magistrado pode deixar de aplicar determinado precedente, tendo em vista o surgimento de novas teses não discutidas durante a criação do precedente, ou seja, isso significa um desrespeito ao precedente? Ou ainda, poderia admitir a hipótese de superação realizada pelo juiz de primeiro grau? Seria o caso da aplicação da tese do romance em cadeia de Dworkin?

Tais questões são de grande relevância e consequência prática, e devem ser debatidas pelas doutrinas e jurisprudências pátrias. Tratam-se de questões fundamentais para a operacionalização com precedentes, devendo se buscar o equilíbrio para justiça brasileira entre o respeito e enrijecimento do direito.

5 PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL

Ao se afirmar que precedente obrigatório é criado pelos tribunais superiores, não se abrevia a obrigação de isonomia, coerência e estabilidade das decisões proferidas pelos próprios tribunais superiores, bem como, aos tribunais de segunda instância, e os juízes de primeira instância. Todos precisam resguardar em suas decisões o mínimo de coerência com as decisões advindas, a fim de se evitar solipsismos e arbitrariedades, mesmo que ainda não exista precedente para o caso¹⁴⁴.

Enquanto não surgir um posicionamento das cortes de vértice para determinada questão, os juízes de primeira instância e seus respectivos tribunais, devem julgar conforme os seus julgamentos passados, e as decisões de seus tribunais aos quais estejam submetidos. Tal dever decorre da função em que o magistrado desempenha no esteio judiciário, devendo distribuir a justiça, sobre uma coletividade que busca esperança na justiça.

Em um sistema de precedentes vinculantes, as decisões emanadas dos tribunais superiores estão atribuídas de eficácia vertical, sobrepondo sua vinculação para as demais instâncias que se encontrem em um nível inferior na estrutura do judiciário.

O artigo 927, inciso III e V do atual CPC, impõem aos juízes e tribunais que observem os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e a orientação do plenário que estiverem vinculados. Dessa maneira, os desembargadores dos tribunais estão condicionados a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial do respectivo tribunal, e os magistrados de primeiro grau, estão sujeitos à eficácia vinculante daquelas decisões.

Acreditamos que em sede de primeira instância, não há o que se falar em efeito vinculante, seja ele vertical ou horizontal¹⁴⁵, de forma que uma tese de um

¹⁴⁴ Nesse aspecto, o artigo 926 do CPC é preciso e categórico ao determinar que os tribunais uniformizem suas jurisprudências, mantendo-as integras e coerentes, tendo esta determinação se dirigida a todas as instâncias do poder judiciário brasileiro.

¹⁴⁵ O efeito vinculante horizontal é a ideia de que os tribunais e outros órgãos devem observar os seus próprios antecedentes, que são vinculantes para o próprio órgão, e chamado também de *binding effect* (efeito vinculante interno). Já o efeito vinculante vertical, aduz que as decisões vinculam de fora externa a todos os demais órgãos do judiciário, sendo que este efeito tem previsão n artigo 102, III, §2º da CF.

magistrado de primeira instância não se impõe sobre os demais magistrados da mesma comarca, muito menos, a um juiz que eventualmente o substitua. Como mencionado anteriormente, o juiz, pelo simples mister que exerce, possui o dever de respeitar a segurança e coerência jurídica em face de sua função republicana.

A missão dos tribunais estaduais não é de padronização, no sentido jurídico, mas de solucionar os casos concretos. Já os tribunais superiores, possuem a difícil tarefa de conglobar o direito constitucional e infraconstitucional, em sede de recurso, ou no exercício de suas funções de competência originária, quando passará a decidir os casos contenciosos.

Desse modo, em face de uma teoria do precedente judicial, se reconhece sua inegável autoridade concedida pelo atual CPC, ganhando força obrigatória, às decisões proferidas pelos tribunais superiores em razão de sua competência constitucional de unificar o modo de interpretar o texto de lei e sua aplicação. Os juízes de primeiro grau e os tribunais estaduais, não detém de forma direta esta competência, mas estão condicionadas as garantias processuais, como do dever de cooperação, tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva¹⁴⁶, e as demais garantias constitucionais, em especial a obrigação de concretizar o Estado de Direito.

Assim, no presente capítulo se fará um breve estudo da aplicação dos precedentes vinculantes nos tribunais superiores, buscando compreender como as cortes devem se manifestar em frente aos precedentes.

5.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal – STF

Antes de adentrarmos ao tema propriamente, é oportuno comentar a história desse tribunal tão prestigiado e necessário para nossa justiça de modo em geral. Já são 126 anos de história, em que o Supremo Tribunal Federal garante direitos fundamentais e guarda os preceitos constitucionais. Tal denominação, surgiu na Constituição provisória publicada pelo decreto nº510 de 1890, repetindo-se no Decreto nº848, do mesmo ano, que estruturou a Justiça Federal. A Constituição Federal de

¹⁴⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

1891, instituiu o controle de constitucionalidade das leis, e destinou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

Com a Revolução de 1930, o Governo Temporário definiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, diminuir o número de Ministros para onze. A Constituinte de 1934 alterou o nome do órgão para “Corte Suprema” e conservou o número de onze Ministros, dele aventando nos artigos 73 a 77. A Constituição de 10 de 1937 devolveu o título “Supremo Tribunal Federal”, dispondo-se dos artigos 97 a 102. Com a volta da democracia no país, a Carta de 18 de setembro de 1946 aplicou ao Tribunal os artigos 98 a 102. Em 21 de abril de 1960, em resultado da modificação da capital federal, o Supremo Tribunal Federal mudou-se para Brasília. Tem sede na Praça dos Três Poderes, depois de ter obrado durante 69 anos na antiga capital¹⁴⁷.

Nos tempos de ditadura militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, adicionou o número de Ministros para dezesseis, acrescentamento mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com apoio no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Em seguida, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restaurou o número de onze Ministros, causando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até acatada essa decisão. Com o reparo da democracia, a Constituição em vigência, promulgada em 5 de outubro de 1988, avivou de forma expressa a competência do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, destinando-se os artigos 101 a 103.

Exposto uma breve história de nossa Corte, passamos agora a verificar como o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado acerca do novo sistema de precedentes vinculantes.

Nota-se a partir da linguagem utilizada pela corte, que não há dúvidas em relação a implantação de um sistema de precedentes. Os ministros, de forma constante, mencionam em suas decisões, o dever de observar a regra do *stare decisis*. Infere-se ainda na análise dos julgados, a citação repentina do artigo 926 do CPC, pregando-se o dever de coerência e estabilidade. Assim, esta parte do trabalho, visou

¹⁴⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>.

abalizar algumas ideias que podem ser extraídas da análise acerca das decisões selecionadas.

A grande maioria dos julgados possuem extensa fundamentação, mesmo quando baseados em precedentes, havendo algumas exceções como o RE 854863, julgado pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, onde se limitou a apenas mencionar que o pedido não encontra amparo aos precedentes, sem, sequer, mencionar quais precedentes fundamentam sua decisão. Tal fato, merece ser impugnado, pois, embora adotemos um sistema de precedentes vinculantes, não significa dizer que o juiz está isento de fundamentar.

Algumas decisões foram de elevado destaque no Supremo Tribunal Federal, como o RE nº 197.917/SP, onde decidiu que o número de vereadores do município de Mira Estrela, deveria ser limitado de forma proporcional em comparação com o número de habitantes. Outra decisão, proferida no HC nº 82.959, foi de possibilitar a progressão de regime mesmo quando cometido crime hediondo.

Tais decisões mencionadas, trabalhou com instrumentos do sistema *common law*, sendo que fixou um precedente judicial, porém, em virtude da aplicação da abstrativização do recurso extraordinário, não surtiu efeito vinculativo.

Em nosso sistema, a modulação dos efeitos, se encontra no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, e é aplicada apenas em sede de controle concentrado abstrato. É uma forma de mitigar a teoria da nulidade presente no emblemático caso *Marbury vs Madison*. Dessa forma, a regra é que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, tem-se a nulidade com efeito *ex tunc*¹⁴⁸.

Com visto, o STF possui a última palavra em uma discussão constitucional, sendo aplicado em suas decisões a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Em face disso, o atual CPC, estabeleceu nos artigos 988¹⁴⁹ a 993 as

¹⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. Ed. São Paulo, 2006, pg.67.

¹⁴⁹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas

hipóteses de reclamação. Entendemos que algumas hipóteses elencadas, são amplas e genéricas, em relação as hipóteses de reclamação previstas na Constituição Federal. Isso quer dizer que a reclamação deixa de ser constitucional, e passa a ser cabível contra qualquer tribunal em nosso país, não dependendo de regulamentação regimental, colocando em cheque a natureza da reclamação. A grande incógnita nos dias de hoje, é saber como se proceder diante dessa nova reclamação, já que a partir de agora, será utilizada com maior constância.

Como muito bem colocou o Ministro Dias Toffoli, na Rcl 27259, deve se ater as peculiaridades que cercam o caso concreto, afim de saber se o mesmo pode ser aplicado, e caso caiba e o magistrado não o aplique, caberá reclamação. Dessa maneira, se for o caso de *distinguishing* ou *overruling*, o magistrado estará autorizado, desde que fundamentadamente, deixar de aplicar determinado precedente.

Um ponto que salta aos olhos, é a coerência das decisões do STF, no que tange a função do precedente, em especial, nos casos em que se discuta direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, com elevado respeito aos precedentes passados. Com isso se reconhece que a Corte tem se esforçado para atribuir coerência e estabilidade a jurisprudência. Porém, há ainda um longo caminho a ser percorrido, pois ainda existem decisões divergentes ao entendimento da própria Corte, sendo uma dela, a do Ministro Gilmar Mendes que contrariou o entendimento da prisão em segunda instancia, pois para ele, somente pode ocorrer a prisão após a decisão do STJ.

Observou-se ainda, que não há uma coerência no modo em que são dadas as citações de casos anteriores julgados pela mesma Corte. Em certos casos, se realiza a citação simplesmente para reforçar o entendimento abraçado pelos Ministros, não sendo fundamental a sua menção na decisão, é o caso da ARE 928790.

Por fim, tendo como base os casos estudados, verifica-se que não há uma racionalidade única na aplicação dos precedentes, mas, entre todas estas racionalidades diversas, denota-se que possuem em comum uma linguagem específica utilizada com habitualidade pelo sistema *common law*.

Ademais, o STF deve se estabelecer como Corte Suprema, sendo ele o

responsável pela palavra final em suas decisões acerca de divergências em matéria constitucional. Para tanto, deve criar decisões coerente, respeitando a eficácia horizontal, mas não é só, é necessário que tais decisões permaneçam coerentes com o decorrer dos tempos, de modo a criar um ambiente jurídico estável duradouro.

5.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça – STJ

Nos últimos anos se pode perceber a reafirmação da obrigação do estado em tutelar os direitos fundamentais, e entre esses direitos, o direito à Segurança Jurídica. Dessa forma, os poderes Judiciário e Legislativo, possuem a obrigação de resguardar tal direito, através de normas e condutas que garantem o mínimo de previsibilidade aos cidadãos.

Para Marinoni, Mitidiero e Arenhart, seria um equívoco muito grande imaginar que o Superior Tribunal de Justiça, que possui o dever de uniformização e interpretação da lei, fosse desrespeitado em suas decisões pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. Tal contrariedade seria um atentado contra a segurança jurídica, o que impossibilitaria a possibilidade de previsibilidade jurídica¹⁵⁰.

O superior Tribunal de Justiça é a corte que esta incumbida de se decidir o sentido mais apropriado, conforme os valores, os fatos e princípios, não sendo simplesmente uma corte de apuro de decisões judiciais, mas sim, uma corte de interpretação¹⁵¹.

Conforme o artigo 105, III, c, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão encarregado pela uniformidade da interpretação. Há tempos atrás o STJ permitiu a admissão de benefícios a apenados em regime semiaberto, mesmo que não cumprido um sexto da pena, posteriormente, o Ministro Joaquim Barbosa ignorou por inteiro o entendimento do STJ e cancelou os benefícios, o que pareceu que por sua decisão valer mais, seria dispensável a dos ministros do STJ e alguns tribunais.

A eficácia vinculativa dos precedentes do STJ é algo que é quase congênita, pois é sua função garantir a igualdade perante a justiça. Tanto é, que o STJ

¹⁵⁰ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Op., Cit. pg.98

¹⁵¹ NEVES, Eduardo. O uso de precedentes judiciais no Brasil: Uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica. Dissertação, Centro Universitário do Para, Belém, 2014.

publicou no dia 7 de fevereiro a Instrução Normativa STJ/GP 2, que regulamenta o Fórum de Precedentes. Entretanto, a Corte sofre com o número demasiado de ministros, o que leva a ocorrência de incoerência interna, não havendo uma aplicação adequada da eficácia horizontal.

É digno de nota mensurar o tamanho da carga que exerce o STJ, por exemplo, no ano de 2015, foram distribuídos e registrados 332.905 processos¹⁵², sendo a grande maioria *habeas corpus*.

Com um expediente deste nível, é difícil formular a devida formação de precedentes, em razão das dificuldades em justificar com clareza, coerência, interpretação adequada, de modo a constituir uma *ratio decidendi*, passível de ser incluída no universo jurídico. Mas há esperança com o novo CPC, que trouxe mecanismos de jurisprudência defensiva, e priorizou a tentativa de conciliação, de modo que há uma tendência a diminuir o expediente do STJ, dando oportunidade para atuar com mais atenção nos casos passíveis de se tornarem precedentes judiciais.

Assim como o STF, o STJ também deve se tornar uma Corte suprema, porém em matéria infraconstitucional, sendo que os demais tribunais locais, são obrigados a proferirem decisões no mesmo sentido, ou aplicar uma nova tese, demonstrando-se o caso de distinção, ou superação dos precedentes, contribuindo para a sedimentação da segurança e previsibilidade jurídica.

Interessante ressaltar que o CPC de 2015 em seu artigo 1037, que é semelhante o artigo 543-C do CPC de 1973, estabeleceu que após selecionado o recurso como repetitivo, o ministro relator, seja ele do STJ ou STF, irá proceder uma decisão de afetação, onde identificará a questão a ser julgada,, e determinará o sobrestamento de todos os casos semelhantes que tramitam em território nacional.

O ministro Og Fernandes defende que o STJ aguarde a manifestação do Supremo nos *leading cases*. Por outro lado, o ministro Herman Benjamin, defendeu que a Corte deve julgar os recursos especiais, nas hipóteses em que o Supremo não determinar o sobrestamento, ou que a repercussão foi reconhecida na vigência do CPC/1973¹⁵³.

¹⁵² Relatório Estatístico ano de 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Proceso/Boletim/verpaginaasp?vPag>> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

¹⁵³ Disponível em: <https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio>

O artigo 1035 estabelece que quando reconhecida a repercussão geral, o relator no STF determinar a suspensão de todos os processos em julgamento, que versem sobre esta questão. Porém, mesmo com a existência de tal regra processual, no RE 656558, o Ministro Dias Toffoli não determinou a suspensão dos processos que discutem questões semelhantes a repercussão geral.

Dessa maneira, percebe-se que, para uma perfeita aplicação do julgamento de recursos repetitivos, deve haver uma teoria dos precedentes judiciais de forma desenvolvida e idealizada, para que se permita a correta aplicação das noções de *ratio decidendi* e *distinguishing*, permitindo-se ao relator selecionar os casos a serem suspensos.

6 CONCLUSÃO

A teoria dos precedentes possui um papel fundamental no discurso argumentativo, isso porque atribui a decisão maior fundamentação, visto que a teoria da argumentação jurídica é o sustentáculo dos precedentes, que não são um mal, tendo em vista que são uteis na medida de sua utilização seja adequada. Dessa maneira a teoria em comento veio para auxiliar na interpretação e fundamentação das decisões judiciais.

É necessário, portanto, saber o que está fazendo, pois, o uso descontextualizado dos precedentes pode acabar maculando uma decisão, como por exemplo se utilizar de um caso passado sem saber por que e como se deu, fazendo-se uma simples comparação entre casos, utilizando-se da lógica formal, isso não seria suficiente para se aplicar o precedente.

As Teorias da Argumentação Jurídica contribuíram para a diminuição da crise argumentativa pela qual passa o Direito contemporâneo, com respostas para dilemas da atividade jurisdicional, com vistas a melhorar a justiça em sua acepção geral.

Nesse sentido, a teoria de Alexy se mostra a mais adequada para a perfeita aplicação dos precedentes, eis que os mesmo no conceito desta teoria servirão para a justificação da decisão judicial, ou seja, porque o juiz julgou de tal maneira, e não simplesmente um motivo para não fundamentar como nas sumulas vinculantes, em outras palavras o juiz deve justificar porque escolheu ou não determinado precedente.

Verificou-se que o sistema *common law* possui características próprias, construídas em torno das culturas locais, e que para chegar aos seus conceitos atravessou vários séculos, e ainda foi analisada por diversos doutrinadores, a fim de se estabelecer a sua aplicação, sendo que os precedentes têm força vinculante por questão de tradição e respeito. Já os precedentes dentro do sistema civil law tem a finalidade de apenas robustecer a segurança jurídica buscada no seu nascimento, com uma jurisprudência orientadora, visando barrar os recursos no mesmo sentido direcionados aos tribunais superiores bem como contribuir para a previsibilidade jurídica.

Com os estudos realizados, concluímos que temos um complexo sistema de precedentes, baseado em um efeito vinculante, o qual é conferido por lei, sendo precedentes todos os incisos do artigo 927.

Não se pode aplicar puramente um precedente em um caso concreto sem justificá-lo. Mesmo ficando vinculando aos precedentes, o magistrado tem o poder e dever de interpretá-lo.

Em face desse novo sistema de precedentes, há uma nova racionalidade, ou seja, uma nova moção na forma de julgar. Tal forma é semelhante a do sistema *common law*, pois o magistrado julga sabendo que está condicionado a uma cadeia de decisões passadas. Assim, os magistrados possuem uma maior responsabilidade, pois ao prolatarem decisões, devem observar o presente, como tem sido feito, e além disso, deve se ter em vista também o passado (precedentes existentes), pautando sua atuação pelo amanhã.

A principal crítica feita neste trabalho acerca dos precedentes judiciais, está na forma mecânica de sua aplicação, problema este que há tempos vem sendo relatado pela Crítica Hermenêutica do Direito, que preceitua que nenhuma lei, súmula vinculante ou enunciado jurisprudencial devem ser aplicados de forma simplesmente dedutiva.

Acerca da omissão em determinados pontos do código sobre os precedentes, concordamos com a acorrente ampliativa, pois o código falou menos do que deveria falar, portanto, onde cita alguns precedentes, deve ser lido como se ele estivesse mencionando o artigo 927, isso porque, como dito anteriormente, o CPC implementou um sistema de precedentes.

Acerca de sua constitucionalidade, acreditamos que o fato de não haver expressa previsão constitucional ao efeito vinculante atribuído ao rol do artigo 927 do atual CPC, os tornam inconstitucionais, pois o legislador ultrapassou o limite estabelecido para sua atuação perante a Constituição Federal. Por outro lado, não concordamos que o sistema de precedentes fere o princípio da separação dos poderes e a independência funcional dos juízes, pois o legislador, ao criar o rol do artigo 927 deu aceite ao julgador, ou seja, ao judiciário. No mais é um direito e dever dos magistrados interpretar e fundamentar conforme a jurisprudência e precedentes aplicáveis ao caso, por isso sua independência funcional não está prejudicada.

Por fim, acerca do modo de operação, acreditamos que para invocar determinado precedente vinculante, deve-se atentar sobre o relatório, os fundamentos e o comando emanado da decisão que criou o precedente, afim de verificar eventuais divergências entre este com o caso em concreto, caso isto ocorra, deverá ser aplicada a distinção entre os casos, e se ficar provada a diferença entre os casos, o precedente não poderá ser aplicado. De igual modo, não será aplicado se ficar provado que houve uma mudança cultural, social ou política que influem na decisão.

A pesquisa ainda demonstrou a necessidade do STF e STJ se tornarem Cortes Supremas, passando a criarem precedentes de forma coerente e íntegra, e ainda manter esses precedentes por um longo período, desde-que não haja a superveniência de nova tese ou situação. É dever de cada Corte, orientar e apontar a direção par aos demais tribunais, seja em matéria constitucional ou infraconstitucional.

Um sistema de precedentes de precedentes, não é o suficiente para acabar com os problemas de nossa jurisdição. Há vários elementos que precisam ser inseridos nesta problemática. O primeiro deles, é constituir um sistema de precedentes que seja combinante com a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, e principalmente com os objetivos em mira, como a segurança jurídica e integridade judicial.

Não existe uma solução correta para todos os casos, mas sim uma solução argumentada de forma irrefutável, tornando-a correta. Assim deve o julgador primeiramente fundamentar e posteriormente julgar, e não decidir de vez e depois julgar. Não se pode aplicar os precedentes de maneira automática e por subsunção, pois desvirtuaria sua real finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____, **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. NS SICHES, Luíz Recaséns Tratado General de Filosofia del Derecho, México, Ed. Porrúa, 1959.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciencia?**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Editora, 2012.

ABBOUD, Georges. **Sumula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos**. Revista de Processo.São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol.165.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo brasileiro: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGRA,Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ªed. RJ: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

APEL, Karl-Otto, **Transformação da filosofia, Vol.2: O “ a priori” da comunidade de comunicação**.Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **O sistema jurídico nos Estados Unidos – Common law e carreiras jurídicas: o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?** Revista de Processo: REPRO, São Paulo, RT, n251, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**.Trad. Maria Cristina Guimarães.3ª ed. SP: Landy Editora, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg.71.

BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. **Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei . 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno**. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivistas**. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.245, pg.351-377, jul./2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, **Precedente judicial como fonte de direito**, São Paulo: RT, 2004.

David René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

DIDIER JR. Fred, SARNO BRAGA, Paula, ALEXANDRE DE OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** – 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Lógica jurídica, argumentação e racionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

GARY, Slapper; DAVID, Kelly. **The English Legal System**, 8 ed., New York, Routledge-Cavendish, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HART, H.C.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JUNIOR, Hermes Zaneti. **Precedentes Normativos formalmente vinculantes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Lucas Buriel. **Contributo para a definição de *ratio decidendi*, na teoria brasileira dos precedentes judiciais** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. **Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther**, 2013, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. **Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARKE, Julius J. **The Holmes reader**. Nova York: Oceana, 1955.

MARTINS, Dayse Braga. **Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona serie**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Hugo Filardi. **Decisões coerentes: Valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória**.197f. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de SP. São Paulo, 2016.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Prefácio Fábio Ulhôa Coelho. Trad. Maria Ermantina Galvão. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**.108 pg. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA. Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**.349 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil**, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 85, abril 2010, fls.53.

SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas no novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Silva, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente judicial à sumula vinculante**. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008.

SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. **A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Streck, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?** In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3.

STRECK, Lênio. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no novo CPC?** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 de agos. de 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Marcial Pons, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

ZANETI JR., Hermes. **O valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Jus Podvim, 2015.

ANEXOS

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC) SOBRE PRECEDENTES¹⁵⁴

1 ENUNCIADOS APROVADOS EM SALVADOR

(8 a 9 de novembro de 2013)

2. (artigos 10 e 927, §1º). Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos a o contraditório. (Grupo: Precedentes 2)

55. (artigo 927, §3º). Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação dos precedentes tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto. (Grupo: Precedentes 2)

90. (artigo 976). É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de segundo grau diferentes. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

93. (artigo 982, I). Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

2 ENUNCIADOS APROVADOS NO RIO DE JANEIRO

(25 a 27 de abril de 2014)

166. (artigo 926). A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente. (Grupo:

¹⁵⁴ Todos os enunciados aqui anexados, foram retirados do livro: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, pgs.797 a 806, bem como em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802afe2c25acb93ce56a44e47>.

Precedentes)

169. (artigo 927). Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos §9º do artigo 1.037 e §4º do artigo 927. (Grupo: Precedentes)

170. (artigo 927, caput). As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do artigo 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais eles submetidos. (Grupo: Precedentes)

174. (artigo 1.037, §9º). A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem da origem do precedente invocado. (Grupo: Precedentes)

3 ENUNCIADOS APROVADOS EM BELO HORIZONTE

(5 a 7 de dezembro de 2014)

306. (artigo 489, §1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Precedentes)

314. (artigos 926 e 927, I e V). As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional federal. (Grupo: Precedentes)

315. (artigo 927). Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes. (Grupo: Precedentes)

317. (artigo 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido simulado. (Grupo: Precedentes)

320. (artigo 927). Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros. (Grupo: Precedentes)

324. (artigo 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização da interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução do texto. (Grupo: Precedentes)

327. (artigo 928, parágrafo único). Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual. (Grupo: Precedentes)

4 ENUNCIADOS APROVADOS EM CURITIBA

(23 a 25 de outubro de 2015)

544. (artigo 489, §1º, VI e 985, I). O artigo 489, §1º, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

549. (artigo 927; Lei nº 10.529/01). O rol do artigo 927 e os precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, deverão ser observados no âmbito dos Juizados Especiais. (Grupo: Impacto nos juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)

558. (artigo 988, IV, §1º, artigo 927, III). Caberá reclamação contra decisão que contrarie acordo proferido no julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência para o tribunal cujo precedente foi desrespeitado, ainda que este não possua competência para julgar o recurso contra decisão impugnada. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

5 ENUNCIADOS APROVADOS EM SÃO PAULO

(18 a 20 de março de 2016)

585. (artigo 489, §1º) Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os

fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

597. (artigo 941 caput). Ainda que o resultado do julgamento seja unânime, é obrigatória a inclusão do acórdão dos fundamentos empregados por todos os julgadores para dar base a decisão. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

608. (artigos 986 e 927). O acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos a eficácia da decisão revisora. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

615. (artigos 1.036 e 1.037). Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do artigo 1.036, especialmente do respectivo §6º. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

6 ENUNCIADOS APROVADOS EM FLORIANÓPOLIS

(24 a 26 de março de 2017)

655. (artigos 947 e 976; CPC/1973, artigo 476). Desde que presentes os requisitos de cabimento, os incidentes de uniformização de jurisprudência pendentes de julgamento na vigência do CPC/2015 deverão ser processados conforme as regras do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, especialmente as atinentes ao contraditório. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

657. (artigos 976, 6º, 10, 317 e 938, §1º). O relator, antes de considerar inadmissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, oportunizará a correção de vícios ou a complementação de informações. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

660. (artigos 987 e 1.036). O recurso especial ou extraordinário interposto contra o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que único, submete-se ao regime dos recursos repetitivos. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

