

# O reflexo do sistema de precedentes na teoria da decisão judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015

*Lilise Barroso Benevides de Magalhães*

*Advogada no Ceará*

*Pós-graduanda em Ciências Criminais*

## RESUMO

*Estudar a história do direito é imprescindível para compreender o atual funcionamento do sistema jurídico e dos institutos que o compõem. Nesse sentido, o presente trabalho apresenta uma análise do Civil Law, com enfoque no ordenamento brasileiro, enfatizando as recentes mudanças trazidas com o Código de Processo Civil de 2015, e de que forma o Common Law conseguiu influenciar diretamente e positivamente essas mudanças. Demonstra-se que o Common Law foi sendo paulatinamente implantado em nosso sistema jurídico, seja pela utilização de institutos como súmulas vinculantes, julgamento de recursos repetitivos e posteriormente com o Código de Processo Civil de 2015. De maneira enfática, traduz que a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre simplesmente de uma importação de um instituto estrangeiro, mas sim da necessidade de adaptação do sistema positivista às rápidas mudanças socioeconômicas e culturais que ocorrem no Brasil, pois no sistema anterior, de livre convencimento do juiz, havia sobre o mesmo fato julgamentos antagônicos, razão pela qual a sociedade buscava maior segurança jurídica, todavia sem retirar a liberdade de convencimento dos juízes, pois os precedentes utilizados como parâmetros para julgamentos também podem ser alterados, de acordo com a evolução da sociedade e do próprio sistema jurídico.*

*Palavras-chave: Civil Law. Common Law. Código de Processo Civil de 2015. Livre convencimento do juiz.*

## ABSTRACT

Study the history of law is essential to understand the current operation of the legal system and institutions that compose it. Along these lines, this paper aims to analyze the Civil Law, with a focus on Brazilian legal system, emphasizing the recent changes brought with the Civil Procedure Code of 2015, and how Common Law was able to influence these changes directly and positively. It is demonstrated that Common Law was gradually being implemented in our legal system,

because of it's application of institutes as binding constituents, trial of repetitive appeals and later with the New Code of Civil Procedure. Which characterizes the adoption of a system of pre-requisites in Brazilian law does not stem simply from the establishment of a foreign institute, but rather from the need to adapt the positivist system to the rapid socioeconomic and cultural changes that occur in Brazil, since no previous system, of a judge's convention, there is on the same fact judgments. Once the company has its accounting, the company aims to create a creative company, but can also be changed, according to the evolution of society and the legal system.

Keywords: Civil Law. Common Law. Civil Procedure Code of 2015. Judge's free convention.

## Introdução

Neste trabalho é abordado de que forma o sistema brasileiro foi influenciado ao longo dos anos pelo sistema anglo-saxônico.

Historicamente, faz-se necessário destacar que a Constituição de 1988 é resultante do contexto neoconstitucionalista, reflexo do pós-positivismo. Este, que sucedeu o Positivismo Jurídico, adotou preceitos diversos do então legalismo exacerbado, dando margem à atividade de apreciação do juiz, de forma que a Constituição e seus princípios passaram a ser o centro do sistema, abrindo passagem para a flexibilização do direito positivado.

Dentre as influências em nosso ordenamento, cabe destacar o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que trouxe inovações à teoria da decisão judicial no que tange aos precedentes judiciais e ao convencimento do juiz, e de que forma alteraram a dinâmica da elaboração da decisão judicial. E se por um lado sustenta-se que houve a subtração da prerrogativa de julgar do juiz, por outro lado defende-se que o sistema jurídico se tornou mais uniforme e estável.

O objetivo geral é analisar a repercussão do CPC/15 na Teoria da Decisão Judicial, especialmente no que tange ao papel do juiz em face do sistema de precedentes, recentemente recepcionado pela doutrina e perante a nova legislação processual.

O objetivo específico desta pesquisa é analisar o sistema de precedentes no CPC/2015 e sua influência na decisão, na discricionariedade judicial e na atividade criativa do juiz, verificando os reflexos dessa mudança no papel do julgador e na so-

cidade, em busca de um sistema jurídico estável, uniforme, dotado de segurança jurídica.

Analisam-se os precedentes no nosso sistema processual, sua evolução histórica, seus objetivos, o modo de aplicação e também de superação. Discute-se a influência dos presentes na teoria da decisão judicial, quanto à sua mudança metodológica, devendo a fundamentação ser devidamente estruturada, justificando, por exemplo, a aplicação de um precedente e a exclusão dos demais que poderiam ser também aplicados ao caso concreto.

No capítulo seguinte, estuda-se especificamente a teoria da decisão e a discricionariedade do julgador frente aos novos parâmetros de julgamento, bem como são discutidas algumas críticas ao sistema de precedentes. Define-se a relação do que seriam as decisões consideradas como precedentes, que se apresentam, ainda que não exaustivamente, de início, no artigo 927 do CPC/2015, tendo em vista que a característica essencial dos precedentes é conter a carga normativa sobre outras decisões, persistindo a atividade dos magistrados de interpretar os fatos e aplicar o direito, conforme os interesses da sociedade e buscando uniformizar o sistema jurídico.

Ainda, são discutidas as críticas ao sistema de precedentes e, por fim, aborda-se a questão do direito como integridade, em que se busca a equidade, a justiça e o devido processo legal, a fim de oferecer a melhor interpretação construtiva para a sociedade e a magnitude do trabalho do julgador, haja vista a dificuldade de se aplicar a lei ao caso concreto.

## 1 Os precedentes judiciais

A recente incorporação do precedente, utilizado no *Common Law*, ao sistema processual brasileiro, juntamente à lei escrita, norma positivada, pode explicar a incompreensão do instituto pela comunidade jurídica pátria, em que é ausente uma aplicação satisfatória do precedente judicial. De acordo com o entendimento de Bustamante (2012, p. 115) sobre o tema:

Muito embora o raciocínio jurídico, compreendido como o processo hermenêutico de construção de sentido para as normas jurídicas, e os modos de justificação da decisão sejam semelhantes em ambos os sistemas, a maneira como o legislador atua em cada um deles, ao codificar o Direito no *civil law* e ao ser mais reticente no *common law*, dando espaço à criação jurisprudencial, justifica o grau de familiaridade com o precedente.

Com efeito, o *Civil Law* é pautado pela codificação do direito, porém, com a crise da legalidade, que se acentuou no século XXI, as leis positivadas tornaram-se insuficientes, de forma a demandar uma remodelagem. Convém destacar o ensinamento de Ataíde Junior (2012, p. 44):

Além da remodelagem da lei, que passou a exigir a construção de sentido das normas, a efervescência do direito jurisprudencial no *Civil Law* se deu também por outras razões, entre as quais o constitucionalismo, o qual minou o dogma da lei ao conferir efeito vinculante às decisões emanadas no controle de constitucionalidade; o advento do Estado Social (*Welfare State*), a partir de quando surgiu um modelo de legislação baseado em normas programáticas (de textura extremamente abertas), cuja responsabilidade pela formação e adjudicação foi confiada ao Judiciário; o surgimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, de forma a permitir a adaptação do Direito às mudanças sociais e às particularidades do caso concreto, e cuja aplicação também demanda o poder criativo da magistratura; e o crescente número de causas repetitivas, que vêm eclodindo em virtude de transformações da sociedade, cada vez mais plural e complexa, e que exigem entendimento único para a mesma questão jurídica.

Em busca da estabilidade e previsibilidade das decisões, foi-se instituindo paulatinamente o sistema de precedentes, advindo do *Common Law*. Esse sistema jurídico, através da eficácia vinculante dada às teses jurídicas produzidas pelos Tribunais – chamadas de *stare decisis* –, garante, ao conceder eficácia vinculante às teses jurídicas de Tribunais (*stare decisis*), a casos análogos decisões semelhantes.

Para os positivistas, a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei.

Ocorre que a aplicação limpa e seca da lei, por caber vários tipos de interpretações, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, resulta em julgamentos contraditórios em casos semelhantes (ou iguais), não assegurando aos jurisdicionados a segurança jurídica. Sobre a questão, vale transcrever Magalhães Neto e Benevides (2013, p. 59):

Obviamente não estamos defendendo a adoção pelo Brasil do sistema *Common Law*, até porque a nossa legislação é bastante codificada, abrangente e avançada. Entretanto, a utilização crescente de jurisprudência e súmulas vinculantes, a instituição dos recursos repetitivos e as propostas para a reforma do Có-

digo de Processo Civil mostram características do sistema inglês que estão fazendo mais e mais parte de nosso Direito, como também a mediação e conciliação como meio de solução de conflitos, que atende ao Princípio da Celeridade e nos traz fundamentos do Common Law. Destarte, estão se instituindo alternativas ao esquema rígido do nosso Direito, que se baseava em uma parte ingressar com a ação, a parte adversa contestar e o juiz julgar. As partes também estão atuando no processo de forma a pôr fim à demanda, ao lado do Judiciário, mesmo antes de ajuizada a ação, na fase pré-processual. Está se passando da fase de triangularização do direito, onde o juiz fica no vértice superior, para a fase de círculo do direito, onde as partes e o juiz ficam no mesmo patamar, buscando uma forma rápida de pôr fim ao processo. É um grande avanço em nossa sociedade e pode ser uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos.

É cediço compreender de forma pormenorizada os precedentes e suas características, a fim de analisá-los inseridos no ordenamento brasileiro, especificamente no Código de Processo Civil de 2015.

## 1.1 Entendendo o precedente

A composição da chamada dimensão objetiva<sup>1</sup>, explicada por Rosito (2012, p. 103), está talhada em dois conceitos fundamentais para a compreensão do conceito de precedente: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*.

A *ratio decidendi*<sup>2</sup> é o conceito mais importante dentro da teoria dos precedentes. Transcrevendo Didier Jr. (2012, p. 388):

É a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de paradigma para futuras decisões. São as razões de decidir do precedente que vão operar vinculação, extraíndo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes.

<sup>1</sup> Rosito (2012) denomina dimensão objetiva do precedente a parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo.

<sup>2</sup> A expressão *Ratio Decidendi* é mais utilizada pelos ingleses e comumente expressa a razão de decidir. Na linguagem dos operadores americanos, é denominada *Holding*.

Ao analisar o precedente, deve o operador primeiramente identificá-lo e distingui-lo, pois é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. Considera-se na atualidade que razão de decidir engloba não só o dispositivo da sentença mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Nas palavras de Nogueira (2014), "a *ratio decidendi* inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)".

Em suma, a *ratio decidendi* é o fundamento importante e determinante que leva à decisão final. Em tradução literal, é a razão de decidir.

Outro conceito de enorme relevância é o *obiter dictum*. Este faz parte da decisão, porém não da *ratio decidendi*. Assim, não é necessário para a decisão. São juízos acessórios, secundários, utilizados pelo juiz para a construção da decisão judicial, mas prescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Para Cruz e Tucci (2004, p. 175), o *obiter dictum* não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode servir como argumento de persuasão, portanto fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

Teoricamente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é simples, mas, na prática, há a dificuldade da identificação. Assim, sugere Engisch (2008, p. 365) que a distinção se dê por exclusão, isto é, deve o sujeito delimitar a *ratio* e, ao não se encaixar na *ratio*, na razão decisória, tem-se o *obiter dictum*.

Espelhando essa tendência, o precedente, seja vinculante ou não, vem sendo utilizado há algum tempo como fundamentação das decisões judiciais brasileiras, e, com o advento da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, o instituto adquiriu maior importância. Nos ensinamentos de Lima (2013, p. 82):

Em todos os países que adotam o *civil law*, há uma prevalência explícita do direito escrito e legislado em detrimento das demais fontes do direito. Doutrina, jurisprudência e costume gozam, nitidamente, de um *status* normativo inferior, sendo utilizados exclusivamente como fonte supletiva, no caso de a legislação não solucionar a conteúdo determinada questão.

O que se pretende com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo funda-

mento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas, buscando-se uma Justiça mais célere.

É de se destacar, conforme Macedo (2017), que o direito brasileiro sempre esteve na vanguarda da aproximação entre os sistemas jurídicos. Na Constituição de 1891, por exemplo, incorporaram-se institutos do direito estadunidense, tais como a forma federativa de estado, a criação do Supremo Tribunal Federal, análogo à Corte Suprema, o *judicial review*. “As evidências históricas demonstram que o direito brasileiro encontra-se mais próximo do *common law* e de um sistema de precedentes obrigatórios do que aparentemente está” (MACEDO, 2017, p. 171), inclusive trazendo, como exemplo, o Decreto nº 23.055, de 09.08.1933.<sup>3</sup>

Apesar de bastante autoritário, era um caso de precedente obrigatório do Supremo Tribunal, sendo uma força de precedente até sem igual no direito norte-americano, pois naquele sistema não há previsão de recursos oficiais para forçar a aplicação de precedentes de sua Corte Suprema.

## 1.2 Evolução dos precedentes

Para se analisar a evolução dos precedentes, deve-se partir do conceito de positivismo jurídico. A ideia de positivismo jurídico parte da distinção entre direito positivo e direito natural.

Bobbio (1995, p. 16) leciona que o direito natural “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas [o direito natural] existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros”; já o direito positivo tem eficácia no âmbito em que foi posto e estabelece determinadas ações que, uma vez previstas em lei, devem ser desempenhadas tal como nela previsto (assim, a lei diz como agir) (BOBBIO, 1995, p. 17-27). Como Wendpap (2012) ensina:

<sup>3</sup> “Art. 1º. As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição do princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou o da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá ‘ex officio’ para o Supremo Tribunal Federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão.”

Aos romanos, a distinção entre direito natural e direito positivo equivalia a *jus gentium*<sup>4</sup> [direito das gentes] e a *jus civile* [direito civil]. O primeiro, imutável, não tem limites e é posto pela *naturalis ratio* [razão natural]; o segundo, limita-se a um certo povo e por ele é posto. No período medieval, considerava-se como direito positivo aquele posto pelos homens e o direito natural como advindo de outrem (natureza ou Deus). [...] Para os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, o direito natural advém na natureza racional do homem, enquanto o direito civil vem do poder civil, que compete ao Estado. Tem-se, portanto, que o direito positivo é aquele posto pelo Estado, de modo que o critério diferenciador entre direito natural e direito positivado está na sua origem.

Antes do Estado Moderno, o direito aplicável poderia ser objeto de escolha, dentre vários, pelos juizes, depois a codificação trouxe à sociedade a vontade soberana do Estado, através das normas positivadas, podendo-se inclusive considerar os precedentes como uma evolução da codificação, conforme Bobbio (1995, p. 119):

[...] O direito positivo é posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como "lei". Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Bobbio (1995, p. 28; 32; 119):

O juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural). Depois, o juiz passa a integrar o Estado, de tal forma que só pode aplicar as normas dele emanadas. Isso faz com que o Estado seja o único criador do direito, já que edita normas e as aplica. [...] O monopólio da produção jurídica é parte do Estado absoluto e culminou nas codificações (séculos XVII/XIX). [...] O sistema de precedentes é ainda mais cristalizado que as codificações; a ausência de maleabilidade do código traz maior segurança jurídica; e, por fim, os códigos eliminam equívocos e ambiguidades.

<sup>4</sup> Normas de direito romano que eram aplicáveis aos estrangeiros, de modo a facilitar as relações comerciais.

Logo, não se nega a juridicidade do direito posto pelos juízes. Porém, eles estão submetidos a controles, como as normas emanadas do Legislativo, os precedentes e os órgãos judiciários superiores.

Kelsen (1987, p. 240), em sua Teoria Pura do Direito, descreve a ordem jurídica como um sistema de normas jurídicas escalonadas em diferentes níveis:

A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Como mostra a pirâmide, a norma hipotética fundamental é a mais superior dentre o ordenamento jurídico, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira.

Vê-se que Kelsen chega a uma norma hipotética fundamental. Porém, mesmo com o ordenamento escalonado, poderia haver conflitos entre normas superiores e inferiores. Quando os conflitos envolverem decisões judiciais, somente poderão ser anuladas pelo próprio tribunal que as proferiu ou por tribunal superior, e, quando forem contrárias à Constituição, serão inconstitucionais (KELSEN, 1987, p. 287).

Porém, conforme Vasconcelos (2003, p. 148), Kelsen não se preocupava com o modo de vivificar o direito:

Kelsen, como autor do projeto positivista de uma teoria pura do Direito, não está, decisivamente, interessado nessa problemática metafísico-humanista. Não se encontra, na sua obra jurídica, nenhuma preocupação com os problemas fundamentais daquilo que se pode admitir como antropologia filosófica.

A questão da interpretação a que aduz Kelsen, mesmo dentro da moldura normativa, está também presente na tradição da *Common Law*, sendo usada para conceituar os *hard cases* [casos difíceis], aqueles em que os resultados são indeterminados ou subdeterminados pelo direito e o juiz vai escolhendo entre as variáveis legalmente aceitáveis para sua decisão.

Vale destacar que enquanto no Brasil o Pós-Positivismo está implantado há algum tempo, no direito norte-americano ainda estão vigentes as ideias originalistas, com debate entre os

interpretativistas e os não interpretativistas<sup>5</sup>, inclusive com muitos adeptos do Positivismo também nas Cortes de Justiça.

Bonavides (2001, p. 237) vislumbra o Jusnaturalismo, o Positivismo e o Pós-Positivismo como três fases por que passa a juridicidade dos princípios:

Na fase jusnaturalista, os princípios ocupam uma esfera abstrata e sua normatividade é duvidosa; no positivismo, os princípios já se encontram no Direito escrito, mas apenas como normas de integração ou suplementação do sistema normativo.

No pós-positivismo, as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

No pós-positivismo, busca-se uma teoria da justiça, agora no sistema brasileiro com a utilização de parâmetros do *Common Law* na decisão judicial, entre os quais os precedentes, com mais ênfase após a emenda constitucional nº 45/2004.

As tradições do *Civil Law* e do *Common Law* tornam-se paulatinamente mais próximas. A eficácia dos direitos fundamentais e a concretização dos princípios que possibilitam maior criatividade aos juízes, o denominado neoconstitucionalismo, o crescimento da importância da doutrina nos países de *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos.

Chega-se a afirmar que o direito estadunidense não é apropriadamente um sistema de *Common Law*, mas uma combinação dos dois sistemas (MACEDO, 2017, p. 61).

De outro lado, os sistemas de *Civil Law* vêm outorgando maior importância aos precedentes judiciais, que são uma forma bastante antiga de manifestação, mesmo antes de sua renovação pelo direito romano, como forma de externar os costumes locais, mesmo antes da codificação.

Além disso, a atual utilização dos princípios dá uma nova face à atividade jurisprudencial, sobremaneira criativa, razão pela qual se vive um momento de descodificação no *Civil Law*, esses passando a ser usados não mais como o início e fim de determinada área do Direito, mas como um centro da matéria que é objeto de complemento, ao lado das normas jurisprudenciais.

<sup>5</sup> Os interpretativistas defendem que os juízes devem se ater ao texto da Constituição, com a geração que escreveu a norma podendo controlar as opções das gerações futuras; enquanto para os não interpretativistas os juízes podem e devem ir além do texto para fazer cumprir valores éticos ou princípios que estão encerrados no texto da Constituição.

### 1.3 Precedentes no Código de Processo Civil de 2015

No direito brasileiro, diversos dispositivos vinham corroborando a construção do sistema de precedentes. O sistema brasileiro, tradicionalmente visto como *Civil Law*, na verdade, nada mais é que mestiço, como defende Marinoni (2010, p. 19), tendo como exemplo a Constituição de 1891, que recepcionou a forma de Estado Federado e o *judicial review* (controle de constitucionalidade difuso), derivados dos Estados Unidos.

Em verdade, pode-se dizer que o CPC/2015 organiza as regras já existentes em nosso sistema, como já mencionado na introdução deste texto, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais. A ideia é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a dar ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais em que a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.

De fato, a Lei nº 8.038/90 concedeu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal (art. 38).

A Emenda Constitucional nº 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

No revogado Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstraram que a teoria dos precedentes também ganhou corpo no âmbito processual. Por exemplo, quando havia entendimento contrário à tese alegada na inicial, o juiz ficava dispensado inclusive de citar a parte contrária para contestação, poderia julgar de pleno improcedentes os pedidos autorais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes e introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º da Constituição Federal).

Exsurgiu no Novo Código de Processo Civil importância vultosa aos precedentes. Com efeito, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código, após informar o problema da existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos Tribunais a respeito da mesma norma jurídica, deixa claro que foi prestigiada a criação de “[...] estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize” (BRASIL, 2015), salientando a função paradigmática que os Tribunais Superiores devem desempenhar.

Macedo dispõe que precedentes “são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”. E resalta que o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo – e que, “muito embora toda decisão judicial gere um precedente, nem todo precedente será seguido como obrigatório” (MACEDO, 2017, p. 70-71).

Todavia, com o CPC/15, não se pode mais aceitar classificar os precedentes em persuasivos e vinculantes. Os primeiros seriam “aqueles que não precisam ser seguidos pelo julgador seguinte. Nesse caso, não há obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, o julgamento pode dissentir de uma decisão anterior sem constituir erro”. De outro lado, os precedentes vinculantes correspondem aqueles em que se gera “o dever de observância da norma neles contida para os julgadores subsequentes” (MACEDO, 2017, p. 79). E prossegue:

A obrigação de seguir o precedente é, destarte, espécie da obrigação de julgar conforme o Direito, e, nesse ponto, em nada difere da obrigação de aplicar a lei. Assim sendo, julgar conforme o Direito, em um sistema de precedentes obrigatórios, é considerar como normas jurídicas as *ratione decidendi* [razões de decidir] dos precedentes judiciais vinculantes que se relacionam com o caso em questão (MACEDO, 2017, p. 79).

Já referente à hierarquia entre o órgão prolator da decisão e o órgão subsequente que vai analisar sua aplicação no caso concreto, podem-se classificar os precedentes obrigatórios em verticais e horizontais.

Destaque-se que os precedentes dos tribunais ou juízes inferiores hierarquicamente são considerados como persuasivos para o tribunal superior.

Precedentes verticalmente vinculantes são aqueles que “presupõem a superioridade hierárquica do tribunal prolator para que haja a obrigação de serem obedecidos” (MARINONI, 2015, p. 118).

Ainda, como exemplifica Macedo, um juiz de direito de Recife estaria obrigado a aplicar os precedentes do Tribunal de Justiça de Pernambuco, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

A verticalidade da eficácia obrigatória é justificada pela competência dada a determinados tribunais para enunciar a última palavra sobre determinada matéria de direito, não sendo razoável que órgão hierarquicamente inferior possa tratar das questões jurídicas a despeito do que enunciaram os tribunais que revisam suas decisões, sujeitando o jurisdicionado a uma prestação contraditória e ao penoso e custoso trâmite recursal. (MACEDO, 2017, p. 81).

Precedentes horizontalmente vinculantes são os que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator ou juízes a ele vinculados. Vale ressaltar, por exemplo, que um precedente do Tribunal de Justiça de Pernambuco pode ser obrigatório para um juiz de direito de Recife, mas pode ser meramente persuasivo para um juiz de Direito de Fortaleza/CE.

É de se considerar a existência de uma margem de incerteza como característica essencial do Direito. A previsão do resultado de uma decisão estará sempre sujeita a incertezas típicas do processo, haja vista o julgado se relacionar diretamente a fatos na aplicação da norma jurídica. Por isso se afigura necessária a mutabilidade do precedente, e até mesmo uma margem de liberdade, fazendo-se uso do *overruling* (superação) e do *distinguishing* (diferenciação), respectivamente, para não aplicá-lo em certos casos concretos incompatíveis.

Além disso, no CPC/15 tem-se um novo modelo de processo, buscando-se a realização da justiça e a pacificação social, com cooperação entre as partes, em busca de uma solução rápida e justa. O juiz passa a ter seu papel redimensionado, paritário na condução do processo e assimétrico quando da decisão da causa, uma comunidade de trabalho entre as partes e o tribunal, daí o incentivo também à conciliação disposta no CPC/15.

#### 1.4 Objetivo do sistema de precedentes

Com o sistema de precedentes, busca-se a segurança jurídica, a estabilidade, a previsibilidade e a coerência. O *stare decisis*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Decorrente do latim “*stare decisis et non quieta movere*” (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), utilizado no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente (jurisprudência) e vinculam futuras decisões.

é a principal forma de garantir estabilidade, por lidar com o direito na sua concretização.

Na tradição do *Common Law*, a vinculação aos precedentes tem como uma de suas principais características a objetividade (que reforça o conceito de imparcialidade), a economia processual e a eficiência jurisdicional, com tendência a atingir a duração razoável do processo. Casos semelhantes têm decisões semelhantes, porém diversos são os meios de que o juiz poderá se utilizar para definir uma solução justa ao caso concreto, deixando o *stare decisis* margem de liberdade para o juiz decidir diferentemente nas situações em que os fatos não se adequem àquele precedente, ainda que vinculante.

Por outro lado, o sistema de precedentes ressalta o controle do Judiciário, um controle racional da atividade criativa dos juízes, por meio, dentre outros, da existência de tribunais superiores para afirmar em decisão final o direito, com coerência e racionalidade da atuação judiciária, sendo evidente erro as decisões dissonantes ao entendimento consolidado.

A doutrina dos precedentes é tida como um corolário do Estado de Direito nos países de *Common Law*, contribuindo para a própria integridade do sistema constitucional. É de se ressaltar que é da Teoria do *Stare Decisis* que vêm os precedentes. Seguindo os ensinamentos de Lima (2008, p. 45):

A Teoria do *Stare Decisis* é aquela adotada pelos países da *Common Law* e considera os precedentes judiciais como de observância obrigatória (*blinding precedents*). Assim, é a prática de aplicar precedentes para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na decisão ou como forma de alegação, de modo a manter a igualdade entre casos anteriores e presentes que sejam similares, que é a base do *Stare Decisis*.

Black (1990, p. 1117), juridicamente, define o precedente judicial como um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso idêntico ou similar posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.

Os precedentes são as decisões de uma corte que servem de subsídio para processos posteriores similares. O próprio nome já diz: é algo que precede o anteriormente ocorrido.

Pode-se dizer que o novo CPC/15 organizou as regras já existentes em nosso sistema, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais.

A ideia é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a dar ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais em que a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.

De acordo com Rosito (2012, p. 92), “são decisões de uma corte que são consideradas para um caso subsequente e podem, portanto, projetar efeitos jurídicos ao futuro condicionando os indivíduos, o que demonstra a sua força normativa”.

Destarte, é preciso que a decisão seja excepcional – ou que alcance além dos limites do que é normal – para que se torne um paradigma digno de orientação, pois, obviamente, nem toda decisão constitui um precedente. Há diversas decisões que ocorrem no dia a dia de um órgão jurídico que não possuem qualquer relevância às situações futuras, não havendo por que serem consideradas paradigmas. Não se deve confundir precedente com jurisprudência. Nas palavras de Nogueira (2014):

Entre as distinções indispensáveis, é preciso que fique claro que o precedente judicial não se confunde com a jurisprudência, há entre eles uma diferença quantitativa: para que se forme jurisprudência é indispensável um conjunto de decisões reiteradas, enquanto que para que haja precedente é suficiente apenas uma decisão.

Rosito (2012, p. 100) menciona, ainda, uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência, já que, “enquanto os precedentes oferecem substrato para sua aplicação a casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos”.

Por conseguinte, quando a jurisprudência passa a ser dominante em um determinado tribunal, essa corte pode, de acordo com as regras regimentais, editar uma súmula. A súmula é, portanto, nas palavras de Diniz (1995, p. 270), um “enunciado que resume uma tendência de julgamento sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo Tribunal”.

## 1.5 Técnicas de aplicação e superação dos precedentes

A atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas.

Por tais razões é que a doutrina – amparada nas teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. É a técnica do *overruling*, que difere do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Acompanhada de uma elevada carga de argumentação jurídica, a revisão do precedente pode ocorrer, segundo Wambier (2009, p. 135-136): “quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada”.

Por meio dessa técnica (*overruling*) – que significa anulação, revogação –, o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.

Um precedente deixa de corresponder aos modelos de congruência social no momento em que se distancia das vigentes proposições morais, políticas e de experiência. Deixa de ter consistência sistêmica quando não guarda coerência com outras decisões. E, por fim, é considerado errado somente na hipótese de um equívoco evidente, “de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’” (MARINONI, 2010, p. 392).

O *overruling*, além de afastar a aplicação do precedente ao caso concreto, objetiva infirmar a validade da regra paradigma. Logo, “as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguished*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam, destacando-se que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente e à formação de um novo, como, por exemplo, o STJ e o STF.

O *overruling* pode ter efeitos pretéritos (*retrospective effects*) ou efeitos para o futuro (*prospective effects*). Quando se atribuem efeitos pretéritos (*ex tunc*), o jurisdicionado é julgado com base em regra nova, inexistente quando agiu ou se omitiu de maneira indevida, sendo surpreendido com novo padrão de conduta (CAMARGO, 2012, p. 569).

Como explica Wambier (2009, p. 135), “a parte sucumbente vai ser ‘punida’ não porque deixou de cumprir um dever que ti-

nha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta”.

Por outro lado, quando se aplica o *overruling* com efeitos prospectivos, o novo entendimento vigorará da data da decisão para frente (*ex nunc*), ou de outro marco temporal futuro (*pro futuro*), estabelecido pelo tribunal (CAMARGO, 2012, p. 570).

No Brasil, conforme entendimento de Donizetti (2015), se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina retroatividade plena –, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfizeamento do ato jurídico. Como explica Macedo (2017, p. 263):

O método de aplicação dos precedentes é marcado pelas distinções (*distinguishing*) [...], o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes. Essa característica da operação com precedentes faz o processo de sua aplicação essencial e especialmente fundado em analogias, que moldam e remoldam as normas a partir de cada decisão.

Partindo dessas premissas, os precedentes buscam dar estabilidade, previsibilidade e racionalidade ao sistema jurídico, mas também não impedem as mudanças necessárias ou convenientes à sociedade, retirando-se uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico e substituindo-a por outra, através de uma carga argumentativa, destacando-se que a superação é uma prerrogativa dos tribunais superiores.

No Brasil, por exemplo, os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles em face de sua competência recursal, como também nos casos em que possui mais de uma *ratio decidendi* pode ser superada somente uma delas, as outras ficando preservadas.

Os motivos para a superação podem ser a crítica acadêmica ou doutrinária, a fragilidade da norma perante o próprio Judiciário, o desuso, o conflito entre precedentes, a mudança de situação que serviu de base para sua fundamentação, o crescimento da utilização de distinções, a mudança de contexto e o reconhecimento de erro na decisão anterior. Além disso, é de se ressaltar que modificações em algumas áreas do direito necessitam de maior carga argumentativa, tornando-se assim mais difíceis, como no direito tributário e direito penal.

## 1.6 Precedentes e a teoria da decisão judicial

A análise da fundamentação das decisões judiciais na vigência do Código de Processo Civil de 1973 tinha como base o dever de fundamentar e a estrutura trifásica da sentença e dos acórdãos. Não havia uma normatização que vinculasse diretamente o julgador ao dever de fundamentar adequadamente suas decisões.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX, previu expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos sem fundamentação adequada são considerados nulos por violarem o texto constitucional ensejando, inclusive, interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

É de se destacar a chamada constitucionalização do ordenamento jurídico, destacando-se a garantia jurisdicional da constituição, a interpretação extensiva da constituição e a interpretação das leis em conformidade com a constituição.

Além disso, a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais torna-se incompatível com um sistema legalista. O julgador deixa de ser considerado um aplicador da lei e passa a decidir num mais amplo aspecto de análise da lei, da constituição, de decisões dos tribunais superiores, é o chamado neoconstitucionalismo, que traz uma nova postura interpretativa.

O CPC/15 promove uma mudança metodológica nas decisões judiciais, passando-se a admitir como válida a decisão judicial cuja fundamentação for devidamente estruturada, justificando pormenorizadamente, por exemplo, a opção por aplicar um determinado precedente judicial e a exclusão dos demais que, em tese, também poderiam ser aplicados ao caso concreto.

Os precedentes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há, com a vigência do novo Código de Processo Civil, novos instrumentos utilizados previamente à aplicação dos precedentes, para que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. Segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174), essa comparação recebe o nome de *distinguishing*, que é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Portanto, de acordo com o art. 489, §1º, V<sup>7</sup>, exige-se a aplicação do sistema de precedentes não só determinando a moti-

<sup>7</sup> “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]”

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

vação da distinção (*distinguish*) como também evidenciando de forma inequívoca a *ratio decidendi* do precedente que melhor se ajusta ao caso sob julgamento.

O novo código também ampliou as hipóteses de improcedência liminar do pedido e passou a prever a sentença parcial (art. 356) nos casos de pedidos incontroversos (inciso I) e quando um ou alguns dos pedidos estiverem em condições de imediato julgamento (inciso II). Trata-se de instituto novo no direito processual civil brasileiro, com os respectivos efeitos da coisa julgada material.

Destarte, mudanças foram instauradas ao ordenamento processual, no que tange à estipulação de limites ao poder do juízo. De fato, foi estabelecido um sistema de precedentes que deverá ser observado pelo juiz no momento de sua tomada de decisão, deixando a legislação positivada de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão do julgador.

Entretanto, apesar do desenvolvimento dos métodos hermenêuticos, em busca da verdade e da justiça, Kelsen (1987, p. 393) reconhece que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” e que a interpretação correta não é um problema da teoria do Direito, mas da política do Direito.

Além disso, a própria moldura normativa a que aduz Kelsen ressalta a discricionariedade judicial, o que legitimaria a atividade criativa dos juízes. De outro lado, se tem a questão do empoderamento dos juízes, que deve ser evitado, a fim de “garantir a separação de poderes e assegurar que as decisões políticas sejam discutidas e adotadas por quem tem legitimidade democrática e competência para tanto: a esfera política” (JORGE NETO, 2017, p. 515).

Quando fundamentam as decisões, os juízes querem convencer as partes e as instâncias superiores de que aquela é a melhor decisão para o caso concreto. E as razões jurídicas produzidas pelas partes em casos semelhantes servirão “dentro da perspectiva do diálogo ou discurso externo e do uso de precedentes, para limitar a discricionariedade do julgador e estabelecer um padrão de racionalidade, universalidade e coerência às decisões” (JORGE NETO, 2017, p. 166). Ainda, aduz Jorge Neto (2017, p. 168) que:

As razões manifestadas por um juiz ou tribunal irão limitar a discricionariedade judicial em matérias semelhantes, na medida em que estabelecem uma carga argumentativa para as decisões futuras para o mesmo órgão ou para o órgão inferior de jurisdição.

O novo processo civil instituiu um sistema de precedentes dispondo que o juiz deverá analisá-los quando proferir sua decisão. Vale destacar que não se trata de excluir a análise interpretativa, racional e argumentativa dos juizes, mas de uma metodologia voltada para racionalizar a administração da justiça.

É uma nova metodologia de julgamento em que o julgador continua com sua discricionariedade judicial, mas dentro de uma racionalidade sistêmica, entre precedente, *distinguish*, *overruling*, *ratio decidendi*, *obiter dicta* para a decisão judicial, que serão analisados no tópico posterior.

Robert Alexy, alemão (tradição *Civil Law*), chama essa escolha entre normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados jurídicos de juízo de valor ou valoração, na medida em que importa em opção entre ações ou comportamentos, até porque o sistema jurídico pode ser entendido como uma simplificação da complexidade do sistema social. Para Alexy (2011, p. 267), as regras para uso dos precedentes são as seguintes: “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve fazê-lo; quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação”.

Os precedentes judiciais também vinculam as decisões judiciais atualmente, já que o CPC prevê que não se reputa fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem que mostre a existência de distinção no caso em julgamento ou mesmo a superação do entendimento (redação do artigo 489 do CPC/15).<sup>8</sup>

Referido artigo foi introduzido na lei com o objetivo de que as decisões judiciais sejam tomadas com coerência ou integridade, ou seja, que não haja multiplicidade de decisões sobre o mesmo tema e envolvendo as mesmas circunstâncias. Aliás, não só o artigo 489 CPC demonstra esse objetivo, mas todo o sistema processual novo, com vistas a conferir maior segurança jurídica e estabilidade à sociedade, como se observa a partir da leitura dos artigos 926 e 927 do CPC.

Jorge Neto salienta que não se pode afirmar que uma argumentação jurídica perca em racionalidade se deixar de ser citado um precedente a favor ou contra a decisão. O uso do precedente é um argumento forte a favor ou contra uma conclusão, mas, quando o julgador afastar o precedente, deve demonstrar

<sup>8</sup> “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]”

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

as razões de não aplicá-lo ao caso concreto, é a questão da argumentação (JORGE NETO, 2017, p. 241).

Da mesma forma, os precedentes devem vincular não somente as decisões, mas as razões de decidir, sob pena de aplicação indevida de tais preceitos aos casos concretos:

No Brasil, como os fundamentos da decisão judicial não fazem coisa julgada (art. 509, CPC), há uma dissociação entre a força obrigatória e vinculante do dispositivo e a adoção dos mesmos fundamentos como razão de decidir. [...] Nesses casos parece correto concluir que os argumentos não apreciados, desde que não sejam infirmados pela razão de decidir do precedente, podem ser utilizados em contrariedade ao precedente. Neste caso temos um *distinguish* não em razão da apresentação do pedido, ou dos fatos, mas em razão dos próprios argumentos apresentados pelo precedente (JORGE NETO, 2017, p. 301).

Observa-se, então, que os precedentes judiciais deverão levar coerência e integridade às decisões judiciais, principalmente quando a parte invoca um precedente amoldável de forma silogística ao caso concreto que, se observado pelo julgador, em respeito à lei processual vigente, culminaria no acolhimento da tese lançada no julgado, como observa a doutrina pátria. Assim, de acordo com os ensinamentos de Marinoni (2015, p. 494):

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação.

Portanto, é cediço destacar que, “com o novo CPC, os juízes, em especial, não são mais meros aplicadores da lei, mas, sobretudo, criadores do direito, embora não estejam completamente livres de vínculos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24).

Os precedentes contribuem para realizar essa atividade criativa, vinculada a um parâmetro mínimo declarado pelo próprio

Judiciário, o que, espera-se, permitir uma maior eficiência e produção de resultados.

Assim, na abordagem do tema, Nogueira enfatiza que o precedente judicial deve, pois, seguir esse caminho e ser uma técnica processual a serviço da efetividade e concretização da justiça, através da uniformidade na aplicação do direito. Deve garantir a legítima expectativa de se ter decisão semelhante à do caso já julgado e consensualmente formado porque resultado da participação cooperativa dos interessados (NOGUEIRA, 2014).

Da mesma forma, permite-se a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica, por técnicas de superação a serem abordadas em capítulo posterior.

É de se destacar que no direito brasileiro podem se formar tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão, ou seja, várias decisões em uma única sentença, cada parte reconhecida como formadora de norma pelo juiz subsequente. Da mesma forma, pode ocorrer precedente sem nenhuma *ratio decidendi*, como em havendo fundamentação deficiente ou inexistência de fundamento vencedor, destacando que a *ratio decidendi* deve ser compreendida de acordo com a construção dos fatos e a fundamentação está ligada à intensidade da autoridade do precedente. Portanto, o foco para a operação dos precedentes deve sair dos fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e “analisar as similaridades com o caso subsequente”, sendo as distinções “um processo argumentativo conforme o qual se busca demonstrar o acerto de aplicar ou não o precedente a um novo caso” (MACEDO, 2017, p. 250 e 264).

## **2 A teoria da decisão frente ao sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015**

O ponto de partida da proposta aqui apresentada é esclarecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, instituída pelas Constituições contemporâneas, que funciona como uma garantia de afastamento do arbítrio e da discricionariedade do juiz. Além disso, é uma exigência que se concretiza por meio da aplicação das fontes do Direito, entre as quais se insere o Precedente Judicial, fonte do Direito consubstanciada em um padrão decisório a ser repetido.

## 2.1 Teoria da decisão e oposições ao sistema de precedentes

Os opositores à teoria dos precedentes judiciais alegam, entre outros fatores, a inflexibilidade, complexidade, ofensa ao convencimento motivado e à independência do juiz, impedimento de acesso à justiça, redução da qualidade das decisões judiciais, inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes e a tripartição dos poderes.

Como já demonstrado, o sistema de precedentes é dotado de especial mobilidade, considerando-se mais fácil alterar uma norma pelo processo jurisdicional do que pelo processo legislativo, como já ocorre no sistema brasileiro, em que, por omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário termina por regular determinada matéria.

O nosso sistema já é complexo, com um infindável número de leis em nível federal, estadual e municipal, algumas até que se contradizem, mas o sistema de precedentes busca essencialmente tornar o sistema jurídico mais racional e coerente.

A cultura de respeito aos precedentes será útil, conforme a doutrina, para reordenar o sistema jurídico brasileiro, porque em muitas vezes os próprios tribunais tomam decisões sem fazer referência nem mesmo a seus precedentes ou decisões anteriores pertinentes sobre o tema, buscando-se a segurança jurídica.

O sistema de precedentes e os princípios que justificam a adoção do *stare decisis* no direito do *Common Law* e no direito brasileiro são compatíveis com o nosso direito constitucional. “Estabelecer que o Judiciário deve ordinariamente seguir seus precedentes, somente podendo suprimi-los ou afastá-los se presentes circunstâncias determinadas, muito embora seja pragmaticamente uma mudança significativa, não viola os alicerces do direito brasileiro” (MACEDO, 2017, p. 187).

Quanto à afirmação de que o sistema de precedentes viola a tripartição dos poderes, que a criação de normas seria tarefa do Legislador, os juízes já interpretam a norma, já ocorre atividade judiciária criativa. Essa separação de poderes clássica não faz mais sentido na realidade atual. Além disso o *stare decisis* já impõe limites à criatividade do juiz, mas buscando benefícios para a sociedade, como já exposto noutro tópico, pela efetividade, celeridade, coerência e segurança jurídica, entre outros.

Sobre a redução da qualidade das decisões judiciais, tem-se que os precedentes judiciais obrigatórios são pautados na universalização da decisão judicial com vistas a solucionar da melhor forma o caso concreto, buscando a melhor solução para

aquele caso e os casos semelhantes. Alicerça-se na ideia da segurança jurídica. Se o caso não for semelhante, “o juiz fará distinção, elencando as razões que justificam a diferença entre casos e que ensejam um tratamento jurídico diferente” (MACEDO, 2017, p. 183).

## 2.2 Decisão judicial e o convencimento do julgador

Historicamente, segundo Ricardo Cavalli, o princípio do livre convencimento do juiz surgiu após a Revolução Francesa de 1789. Anteriormente a isso, os julgadores decidiam da forma que lhes fosse mais conveniente, mesmo contra a lei. Por essa razão, surgiram as regras para avaliação de provas, buscando maior segurança jurídica e transparência das decisões. O princípio veio descrito pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>9</sup>, porém, com o passar do tempo, foram instituídos outros sistemas de valoração de provas, “sendo que a doutrina apresenta três sistemas: a) critério positivo legal; b) livre convicção; c) persuasão racional ou livre convencimento motivado” (CAVALLI, 2016).

No primeiro, como explica Greco Filho, o juiz decide de acordo com pesos probatórios previamente legais. Tal sistema foi amplamente utilizado nas Ordenações do Reino, especialmente em matéria criminal (GRECO FILHO, 2003, p. 228).

Como explica Cavalli (2016), na livre convicção, o julgador se afasta das regras legais e julga livremente, tal sua consciência. Esse sistema ainda é utilizado nos julgamentos de competência do tribunal do júri, pois basta que os jurados respondam aos quesitos apresentados, sem qualquer necessidade de fundamentação ou apresentação das razões que os levaram a decidir dessa ou de outra maneira.

O terceiro sistema, adotado pelo Código de 1973, é intermediário, segundo Greco Filho (2003, p. 229), porque admite a livre apreciação da prova, esta devendo estar vinculada aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados pela parte, e, ainda, exige a fundamentação dos motivos que formaram o convencimento do juiz, por isso se dá o nome de sistema de livre convencimento motivado. Essa é a lição da clássica doutrina:

---

<sup>9</sup> “Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Adotou o CPC, no que se refere à avaliação da prova, o princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional. Embora tenha o juiz plena liberdade para aceitar ou não o resultado da prova, que não tem o valor pré-fixado, necessário que a decisão a respeito seja acompanhada de fundamentação. Não têm aplicação, portanto, os princípios da prova legal ou tarifada, segundo os quais o valor encontra-se previamente determinado em lei, e da íntima convicção, que dispensa motivação do julgador (BEDAQUE, 2008, p. 386).

Entretanto, há parâmetros a seguir pelo magistrado, pois o livre convencimento, se não for regido por regras, pode levar a decisões sem fundamentação, inclusive indo de encontro ao princípio do duplo grau de jurisdição e do Acesso à Justiça, haja vista que um magistrado pode ter um entendimento numa questão e outro magistrado pode ter um outro entendimento sobre um mesmo assunto, acarretando ao jurisdicionado uma situação de busca de sorte na distribuição do processo no tribunal. Como discorre Theodoro Júnior (2007, p. 476):

[...] a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais; c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Ainda na vigência do CPC de 1973, era entendimento do Superior Tribunal de Justiça que o juiz não precisava acolher com primazia determinada prova, podendo analisar todas as provas em igualdade.

Vale ressaltar que o dever de fundamentar as decisões é uma garantia ao jurisdicionado. Por isso, o magistrado deve explicar as razões que o levaram a decidir, acolhendo as provas do vencedor e o porquê de afastar a pretensão do vencido.

Porém, não se pode apenas transportar a doutrina do *Common Law* para o nosso sistema jurídico sem superar as posturas positivistas. Como lecionam Streck e Abboud (2015, p. 7), “sem um olhar hermenêutico, o novo CPC corre o risco de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, pela aposta em uma

espécie de conceitualização, e o positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes". E continuam: "há que se ter uma vigilância epistêmica, para evitar que a cotidianidade das práticas do Judiciário repristine o livre convencimento e, portanto, as posturas decisionistas".

Diferentemente da tradição do livre convencimento motivado, adotada pelo CPC/73, ensina Bedaque (2008, p. 386) que, embora tenha o juiz plena liberdade decisória, inclusive no que se refere à valoração da prova, é necessário que a decisão seja acompanhada de fundamentação.

Como destaca Portanova (1999, p. 245), "[...] o juiz é livre para basear seu convencimento tanto naquilo que as partes fazem (ativamente) no processo, como naquilo que elas deixam de fazer". Também nesse sentido, Nery Júnior (2008, p. 391) aduz que no livre convencimento motivado:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e por que é aplicável no caso concreto.

Entretanto, o sistema do livre convencimento motivado foi sendo distorcido ao longo dos anos, e ao juiz, ao contrário do que deveria ser, foi sendo atribuído um poder discricionário cada vez maior, conforme seus critérios pessoais, vindo o novo Código de Processo Civil alterar essa sistemática, com a supressão do livre convencimento do juiz.

Com isso, com a entrada em vigor do CPC de 2015, surgiram discussões acerca do princípio do livre convencimento motivado, em razão da supressão da adjetivação "livre" no que se refere à valoração das provas pelo juiz. Ante a tais questões, importantes doutrinadores consideram que o novo CPC abandonou a referência ao livre convencimento motivado, embora há quem defenda o contrário.

Consoante entendimento de Didier Jr. (2015, p. 103), "o silêncio do novo CPC é eloquente, ao retirar o advérbio 'livremente' da expressão 'o Juiz apreciará a prova', contido no art. 371". Para ele, essa foi uma das mais importantes mudanças do ponto de vista simbólico do novo Código de Processo Civil.

Contudo, vale observar que o objetivo do legislador ao formular o Novo CPC foi demonstrar, a partir do artigo 1º, que o processo civil deverá estar sempre em consonância com os valores e fundamentos constitucionais, reproduzindo, inclusive, no art. 11, o conceito previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, assinalando que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Com base nisso, constatou-se a necessidade de acabar com o livre convencimento pelas distorções ocorridas nesse sistema, em que o juiz conferia, de acordo com sua consciência, o peso que bem entendesse, proferindo decisões com alto grau de subjetividade. Coutinho (2015) aduz que o fim do “livre convencimento” do juiz visa à rejeição da figura do que julga motivando as próprias razões, previamente eleitas, que promove a decisão com base nos seus próprios meios (motivação pessoal), ao contrário do que se propõe.

Portanto, tem-se que, no CPC/15, não há mais lugar para o sistema do livre convencimento. No entanto, cabe destacar que apenas a alteração da letra da lei não tem força para produzir as mudanças processuais que devem ser implementadas pelos operadores do Direito para que seja efetiva, de modo a proporcionar uma grande evolução processualista, evitando que se torne letra morta.

### **2.3 Livre convencimento: superação ou adequação?**

Parte da doutrina procura demonstrar que o livre convencimento motivado persevera no CPC/2015, não obstante a retirada da expressão no novo texto legal, porque, conforme Delfino e Lopes (2015), “jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei a permitir que o juiz julgue como bem entenda, e sim como antídoto eficaz e necessário para o combate dos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro”.

De início, a interpretação do direito é nitidamente dependente do julgador. Há um problema filosófico-paradigmático relacionado à jurisdição e ao papel do juiz, que vem desde o final do século XIX. A relação está na figura do juiz como um transmissor do sentimento jurídico do povo, o que repercutiu também no direito brasileiro. Nas palavras de Streck (2014, p. 40-41):

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é

aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. No Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX, sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista* de um sujeito cognoscente: o julgador.

Na vigência do então livre convencimento, foram proferidos decisões e votos como o transcrito a seguir, de lavra do Ministro do STJ Humberto Barros, de moldes positivistas:

**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. **É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ, AgReg em ERESP 279.889-AL, Primeira Seção, j. 14 ago. 2002, destaques nossos).

No Estado Democrático de Direito, o julgador, em vez de “fundamentar a partir da própria consciência (ou das essências), se trata de compreender, ‘reconhecer’ na tradição as determinantes da decisão”. E os princípios “fecham a interpretação, talham o acontecer da norma no caso concreto” (DELFINO; LOPES, 2015).

Todavia, impor que decidir conforme um julgado anterior impede o convencimento do juiz, conforme Macedo (2017, p. 178), é

equivocado, porque, segundo o autor, o convencimento motivado é regra pertinente à apreciação probatória; os precedentes obrigatórios “determinam que as regras ou princípios postos em decisões anteriores sejam reconhecidos como parte do ordenamento jurídico, portanto, não na valoração das provas do caso”.

Portanto, aplicar o precedente é também aplicar o direito, não se podendo ater a um resíduo do positivismo legalista, já superado no nosso ordenamento jurídico.

## 2.4 Decisões no CPC/2015 e o sistema de precedentes

A reformulação da teoria geral do processo e, como consequência, da teoria da decisão inicia-se com a reanálise do conceito de decisão judicial, utilizando-se, para tanto, as doutrinas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Aplica-se a ideia do construtivismo judicial de Dworkin para solução dos casos difíceis, e a estruturação de um sistema de precedentes judiciais baseados no Direito como integração.

De Habermas, a proposta dialógica de construção das decisões judiciais e a sua concepção acerca de um procedimento adequado para inclusão dos interesses da sociedade civil no espaço público, com a democratização do debate judicial e da construção dialógica das decisões judiciais.

O novo CPC, que ressalta a importância dos precedentes judiciais, traz expressamente a relevância da fundamentação das decisões judiciais não conforme o julgador acredita ser suficiente (simplesmente por acreditar correto), mas juridicamente motivada, não deixando de considerar as decisões já proferidas pelos Tribunais Superiores.

A decisão judicial não é baseada somente no livre convencimento do julgador. Conforme Jorge Neto (2017, p. 19), é um ato que resulta de um processo argumentativo-pragmático, que também recebe influxos de outras decisões judiciais em que as mesmas questões foram anteriormente decididas, da comunidade acadêmica e da sociedade civil. O autor destaca:

Até agora, as decisões têm sido analisadas pela doutrina simplesmente como válidas ou inválidas em função da fundamentação adequada. Falta um critério de legitimação. Falta um critério de justiça. Esses critérios, ainda que não sejam conclusivos, são importantes porque possibilitam outro nível de crítica à atividade jurisdicional. Um nível em que a crítica é também uma participação ativa, no sentido de legitimar as decisões e participar da construção do Direito (JORGE NETO, 2017, p. 10).

E, sobre a previsão de aplicação de precedentes no novo código, Jorge Neto (2016) faz o seguinte comentário:

O sistema de precedentes “exige dos juízes e advogados coerência, previsibilidade e, sobretudo, uniformidade no tratamento de casos semelhantes, ainda que ao custo de produzir decisões erradas nos casos desviantes do padrão [...] Segundo Schauer, ao exigir que as decisões judiciais sigam os precedentes, o Direito está comprometido com a visão de que, frequentemente, é melhor que a decisão esteja de acordo com o precedente do que esteja certa; de que, frequentemente, é mais importante que a decisão seja consistente com o precedente que traga os melhores resultados.

Didier Junior (2012, p. 84) aborda o Princípio da Cooperação, mais adequado para uma democracia. Para ele, a “decisão judicial é fruto da atividade processual de cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”. Nesse sentido, apesar da liberdade judicial em proferir sua decisão, o magistrado não deve surpreender as partes com sentenças, ainda que de acordo com o sistema processual e material vigente, sem ter proporcionado antecipadamente às partes uma discussão sobre a tese que levou à decisão final.

A decisão deixa de ser um julgamento solitário do juiz, pelo seu entendimento individual, e passa a ser um ato democrático entre as partes, num debate que pode inclusive se encerrar mediante um consenso, uma conciliação como forma de resolver os conflitos.

Destacando Cavalli (2016), no voto do Min. Gilmar Mendes do MS 24.268/04, que tomou como base a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão:

[...] expôs o direito-dever fundamental de as decisões serem fundamentadas. Afirmou que o cidadão que entra em juízo tem:

- a) direito de informação (*Recht auf Information*) que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo sobre os elementos dele constantes;
- b) direito de manifestação (*Recht auf Aussirung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo.
- c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berucksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*aufnahmefähigkeit und aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Logo, decisões que apenas transcrevem acórdãos ou súmulas sem uma análise das questões jurídicas do caso concreto e sem informar as razões que levam à aplicação deste ou daquele precedente judicial podem ser consideradas como não fundamentadas (CAVALLI, 2016).

Na verdade, há lides repetitivas, porém toda situação fática requer uma análise individualizada. Caso contrário, chegar-se-á a um momento em que o padrão estabelecido em decisões anteriores subjugará o julgador, tornando-o um repetidor. Portanto, o processo tem a finalidade de solucionar o caso concreto e servir de base para casos futuros. Ao aplicar o precedente, o juiz deve realizar a distinção e interpretar o precedente, tendo em vista que sua eficácia serve para toda a sociedade. O direito, como ciência social, é dinâmico, com reinterpretações e superações de entendimentos, podendo surgir um precedente que supere aquele anterior, o chamado *overruling*. Assim, ao contrário do que temem alguns, o precedente não levará o direito à estagnação social.

Atualmente, vive-se a fase da ampliação dos direitos e da tentativa de efetivação de acesso à justiça. Buscam-se alternativas para encontrar soluções aptas a tornar a prestação jurisdicional mais célere, efetiva e justa, entre as quais o sistema de precedentes judiciais.

Conforme Streck (2014, p. 7), o Projeto trazia um modelo de precedentes, mas para as instâncias inferiores. Não havia previsão de controle. Então, foi apresentada à Comissão Elaboradora do Código uma sugestão de introduzir um novo parágrafo ao Projeto, de forma a preencher essa lacuna.

Gerhardt (2008, p. 10), por exemplo, lista dez funções para os precedentes judiciais que permitem a sua diferenciação de uma simples decisão judicial. Em suas palavras:

O precedente serviria para argumentar; solucionar lides; vincular casos semelhantes; estabelecer agendas ou prioridades; facilitar o diálogo; definir a estrutura legislativa ou constitucional; ser marco histórico; educar; simbolizar; definir identidade nacional e implementar valores constitucionais.

Alguns julgados possuem carga normativa que repercute sobre outras decisões. Porém, persiste a função judicante dos magistrados, posto que cabe a eles interpretar os fatos e aplicar o direito, não só como atividade de cunho positivista, de moldes “dá-me os fatos que te dou o direito”, mas dentro de uma perspectiva de correlação com os interesses da sociedade. Transcrevendo Zaneti Jr. (2016, p. 11):

[...] a redução da discricionariedade dos juízes e tribunais aumenta a independência e a autonomia destes em relação aos demais poderes, pois a diminuição da subjetividade decisória evita a exposição de julgadores a pressões políticas e sociais de ocasião, já que estarão vinculados unicamente à lei e aos precedentes. Em verdade, tornam-se mais independentes, mais livres dos interesses políticos e privados contingentes, seja em razão de poderes extremos (Poder Executivo e mercado), seja em razão de poderes internos (visto que a cúpula do Poder Judiciário também é vinculada aos seus próprios precedentes).

Por isso também o desenvolvimento dos controles de jurisdição nas Cortes Superiores, haja vista que o sistema é uniforme e não disperso em causas isoladas, de modo a haver a necessidade da adoção de precedentes, em face da complexidade das relações jurídicas num meio social em constante mudança, às vezes evolução e também revolução.

## 2.5 O Direito como integridade de Ronald Dworkin

Dworkin identifica, na teoria política, três virtudes que devem ser levadas em conta: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo.

A equidade constituiria “uma questão de encontrar os procedimentos [...] que distribuem o poder político da maneira adequada”. Pela justiça busca-se atender à preocupação de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”. A integridade é uma questão de princípio. Na concepção do direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2003, p. 200 e 272). Nas palavras do autor:

O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Tem os olhos voltados para o passado. [...] O direito como integridade é diferente: deve partir da concepção atual, considerando o passado – como adequação linear – mas com vistas a produzir a melhor decisão no futuro. Deve imprimir um caráter de continuidade ao direito [...] A história contém os prin-

cípios que lastrearam as decisões anteriores, e serve de adequação linear para construção de uma nova decisão. A integridade requer coerência para interpretação de um princípio e sua identificação. [...] Uma ruptura total pode existir, mas exigirá uma argumentação maior para ser justificada, sobretudo em termos de princípios (DWORKIN, 2003, p. 275).

Não há apenas uma teoria interpretativa do direito. As teorias interpretativas de cada juiz são diferentes porque cada um deles tem suas próprias convicções sobre a prática do direito: seus propósitos, objetivos ou princípios justificativos são identificados individualmente. Como ressalta o autor, embora existam inúmeras divergências entre os juízes, toda comunidade tem seus paradigmas em direito, daí a razão de ser dos precedentes judiciais (DWORKIN, 2003, p. 110).

Dworkin utiliza a ideia de Hércules para traduzir a magnitude do trabalho do julgador. Critica a noção de vontade do legislador, tendo em vista a dificuldade de se aplicar ao caso concreto, por exemplo, leis votadas e aprovadas há muito tempo, em outro contexto social:

Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais (DWORKIN, 2003, p. 479).

Sobre o assunto vale transcrever opinião de Habermas (2003, p. 263):

Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes.

Vale destacar que no sistema de precedentes brasileiro a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa. Destarte, não formula normas jurídicas, ao contrário do sistema *Common Law* em países de tradição inglesa, razão pela qual é considerado um

*Common Law* à brasileira, adaptado às nossas origens do direito romano.

Apesar da previsão constitucional contida no art. 93, IX, da CF, o CPC/15 também consagra expressamente o princípio da fundamentação das decisões judiciais em seu art. 11, segundo o qual os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade.

O CPC/15, entretanto, foi além, ao prever expressamente hipóteses em que a decisão judicial não pode ser considerada como fundamentada. No caso em concreto, interpretação diversa da disposição do artigo 489, § 1º, do CPC/15 viola a integridade do Direito.

A construção do que é direito envolve uma dupla exigência: sistemática, na elaboração de uma ordem jurídica coerente e, ainda, pragmática, já que busca decisões aceitáveis pelo meio e, portanto, razoáveis, envolvendo um conceito de adesão e não de verdade (PERELMAN, 2004, p. 238).

Portanto, o uso do sistema de precedentes é um grande avanço em nossa sociedade, tendo em vista que o juiz deverá atentar para os precedentes judiciais a partir de uma regra coerente, sem espaço para julgamentos antagônicos. Como visto, também é uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos, mas desde que fiquem assegurados a segurança jurídica, o amplo direito de defesa e os demais princípios, que são os pilares fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a decisão judicial foi remodelada, passando-se do instituto do livre convencimento do juiz para uma decisão baseada em precedentes. Todavia, ao contrário dos que afirmam ter o trabalho dos juízes reduzido, demonstrou-se que, pelo contrário, o julgamento segue regras prescritas no código processual de 2015, passando a ser uma atividade de extrema importância para a sociedade, em que pese o juiz deixar de ser espectador para atuar em cooperação entre as partes e, numa integridade, buscando refletir a justiça.

## Conclusão

Foram analisadas as mudanças quanto aos limites do poder de decisão do juiz, haja vista que o sistema de precedentes deverá ser observado, e esse se o novo sistema afasta a atividade criativa do juiz ou se a torna inclusive mais complexa, como técnica processual para concretização da justiça. Em face da modifi-

cação interpretativa, da evolução social e de outros fatores, pode haver necessidade de alteração dos precedentes, ou seja, eles não podem ser imutáveis, sob risco de inviabilizar a evolução do direito, essencial à sociedade.

*Demonstrou-se a técnica de superação (overruling), que corresponde à revogação do entendimento consubstanciado no precedente, porém determinando-se os efeitos da alteração.*

Consagra-se a necessidade de decisões fundamentadas, afastando-se julgamentos que simplesmente descrevam pura e simplesmente o entendimento do julgador. A questão da sentença como um ato argumentativo-pragmático, com reflexo de outras decisões judiciais, legitimando as decisões e buscando a Justiça, a estabilização e a uniformização do sistema jurídico, procurando solucionar o caso concreto e servir de base para o futuro, com celeridade, eficiência e efetividade.

Porém, deve-se reconhecer o papel criativo do julgador considerando as circunstâncias dos casos, buscando a solução mais racional possível do litígio e admitindo que por vezes deverá o juiz transcender a lei, inclusive quando observar que sua aplicação de forma literal não atenderá a pretensão do caso concreto.

Além disso, viu-se que os precedentes despontaram no CPC de 2015 em face de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos tribunais, ressaltando a busca pela uniformização das decisões judiciais, sabendo que os precedentes são decisões que servem de subsídios para processos similares, dando maior previsibilidade às demandas e aumentando a segurança jurídica, porquanto casos semelhantes terão desfechos semelhantes.

Posteriormente, aprofundou-se a discussão acerca da teoria da decisão e a discricionariedade judicial, bem como foram destacadas as críticas mais comuns ao sistema de precedentes e teceram-se considerações a respeito.

Assim, cabe ressaltar que, historicamente, o princípio do livre convencimento do juiz, a partir da Revolução Francesa e da derrocada dos governos absolutistas, foi mitigado. Porém, sempre mantiveram a livre expressão do juiz quanto ao seu entendimento.

Já no CPC de 2015 foi retirada a expressão “livremente” no que tange à apreciação das provas, o que foi considerado uma das mais importantes mudanças no Código. Por outro lado, mesmo não havendo o livre convencimento de forma literal no texto, nada impede que seja aplicado. No entanto, ao interpretar o livre convencimento à luz da aplicação dos precedentes, tem-se que o Código visou somente à rejeição da figura do julgador que decide somente conforme suas próprias razões, previamente eleitas, afastando a segurança jurídica do sistema.

No que tange às críticas mais comuns, os opositores à teoria dos precedentes judiciais alegam questões como a inflexibilidade, complexidade, ofensa ao convencimento motivado e à independência do juiz, impedimento de acesso à justiça, redução da qualidade das decisões judiciais, inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes e a tripartição dos poderes, o que foi devidamente contestado no presente trabalho.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011.

ATAÍDE JÚNIOR, 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.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**. (coord. Antônio Carlos Marcato). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7556/GO, j. 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Embargos de Divergência ERESP 279.889-AL, Rel. Min. Humberto Barros, Primeira Seção, j. 14 ago 2002.

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

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brynnt. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALLI, Ricardo Fachin. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. **Âmbito Jurídico**,

Rio Grande, XIX, n. 144, jan. 2016. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn\\_link%3Drevista\\_artigos\\_leitura%26artigo\\_id%3D13175%26revista\\_caderno%3D8?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16725&revista\\_caderno=21](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16725&revista_caderno=21)>. Acesso em: 09 out. 2017.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. O novo CPC e a superação do empoderamento judicial?. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVIII, n. 139, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15309&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15309&revista_caderno=21)> Acesso em: 10 nov. 2017.

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

DELFINO, Luício; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. **Justificando**, 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 10 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

\_\_\_\_\_. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONIZETTI, Elpidio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://elpidio-donizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Sistema de precedentes no novo CPC coloca o Direito brasileiro numa encruzilhada. **Consultor Jurídico**, 8 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/nagibe-melo-sistema-precedentes-poe-direito-numa-encruzilhada>>. Acesso em: 3 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da Decisão Judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAGALHÃES NETO, Floriano B; BENEVIDES, Lilese B. Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Fortaleza, ano IX, nº 17, nov. 2013, p.45-60.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil:** Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, nº 88, Out/Dez 2014. Disponível em:

<[http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdi\\_Cntd=213410](http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdi_Cntd=213410)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica:** nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruai, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer:** a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. *Kindle*.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

\_\_\_\_\_; ABBOUD, Georges. **ONPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando.** Salvador: JusPodivm, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito:** repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e Common law, Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, 2009.

WENDPAP, Elis. Breve análise do histórico do positivismo jurídico, a partir da obra "positivismo jurídico", de Norberto Bobbio. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev. 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11154](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11154)>. Acesso em out. 2017.

ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao novo código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.