



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOBERTO MOURA ACIOLI

**AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
CPC/2015 – FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES PRETENDIDAS**

Salvador

2016

JOBERTO MOURA ACIOLI

**AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
CPC/2015 – FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES PRETENDIDAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

JOBERTO MOURA ACIOLI

**AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
CPC/2015 – FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES PRETENDIDAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

A cada nova etapa, utilizamos uma base trazida de outras jornadas e crescemos mais um pouco à sombra daqueles que nos ensinam e dos que nos apoiam até que possamos seguir nossos passos no novo caminho. A estes, devemos dedicar cada uma de nossas vitórias e agradecer, sempre.

A minha família e em especial aos meus pais pelo exemplo de caráter, objetivos e dedicação.

Aos amigos de quem me fiz distante para cumprir esta etapa.

À turma Nenderthals da faculdade. Sem vocês seria no mínimo muito mais difícil e, com certeza, menos divertido. Suportamo-nos mutuamente nos piores e nos melhores momentos desta jornada e o cumprimento de mais esta etapa é mais uma prova de valor do companheirismo.

Aos amigos Job e Selma, por apontar o caminho e me guiar até a porta da faculdade para dar os primeiros passos e por estarem sempre ao meu lado.

Aos amigos da MGM Advocacia, onde fui procurar um estágio para cumprir horas, mas encontrei valoroso aprendizado e, principalmente, amigos, bons amigos! Mais que merecido destaque a Dra. Louise, que me pegou pela mão para ensinar os primeiros passos na prática jurídica.

Ao amigo Gilberto, sempre à frente nos planos jurídicos que um dia fizemos. Um exemplo, um guia, a provar que era possível.

Àqueles professores e mestres que se fizeram presentes no curso de meu aprendizado, não como uma barreira à aprovação, mas como uma fonte de conhecimento e experiência compartilhados sem limites ou prevenções.

A todos aqueles que, pessoalmente ou com exemplos, me ajudaram a estar onde estou e ser mais um pouco da pessoa que agora sou: meu sincero muito obrigado!

“Desistir...eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça”.

Cora Coralina

RESUMO

O CPC/2015 trouxe os precedentes judiciais ao foco das mesas de discussões sobre o Direito. Seu uso é visto como relacionado a uma menor dissonância na aplicação do Direito, resultando em conseqüente maior isonomia, menor grau de litigiosidade e maior economia processual. Este conceito é mais largamente utilizado nos países de tradição *common law*, como a Inglaterra. Da longa experiência adquirida naquele país com o uso deste conceito em seu sistema jurídico, podemos apreender seus fundamentos e entender quais aspectos deste instrumento podem ser úteis ao Direito pátrio. Esta utilidade foi vista pelo legislador como uma opção de resposta a um alto grau de dissonância, percebido pela sociedade, nas decisões emanadas em resposta à solicitação da tutela jurisdicional. Entende-se esta dissonância como resultado dos efeitos do Neoconstitucionalismo, que permitiram aos julgadores fugir dos limites da norma legislada e interpretá-la à luz de preceitos de textura aberta, como os princípios. No entanto, a utilização dos precedentes, à moda do que é feito na Inglaterra, não pode ocorrer como mero transplante, sem que se leve em consideração as bases das diferenças na cultura jurídica dos dois países. Mesmo que admitido o mais amplo uso dos precedentes naquele país estrangeiro, este elemento não é estranho ao Direito brasileiro. O que é trazido como novidade pelo CPC/2015 não é o uso dos precedentes judiciais no Direito pátrio, posto que estes estão presentes mesmo desde o Direito herdado enquanto colônia e fizeram sempre parte da história do país, tanto na legislação como na prática jurídica. A novidade vem em três determinações relacionadas a esta ferramenta, que ampliarão o seu uso no Direito nacional, tais sejam: (i) a determinação de que seja dada melhor qualidade aos precedentes, construídos sob um maior controle das cortes do sistema jurídico; (ii) sua organização em um sistema coerente, acessível e de visita obrigatória pelos operadores do Direito na construção de suas teses e decisões; e (iii) uma melhor metodologia em sua aplicação, aprimorando-se o uso das técnicas de distinção e argumentação, na construção das decisões judiciais que lhes darão origem. Este controle de qualidade, proposto para o sistema brasileiro de precedentes a ser criado, tem como sustentação uma maior cobrança da motivação adequada das decisões judiciais, já determinado pela Constituição, e cujo procedimento também veio, não por acaso, detalhadamente descrito no novo CPC. Como alterações na cultura não ocorrem do dia para a noite, e o mesmo aplica-se à cultura jurídica, é longo o caminho esperado para esta adaptação. Não é pequena a resistência prevista por elementos do Judiciário acomodados a alguns vícios de comportamento, sempre identificados, mas relevados como parte de uma cultura de não-questionamento dos atos das autoridades. Para um melhor resultado das medidas propostas no CPC/2015, deve fazer-se clara a noção de que os objetivos do Estado em relação a cada cidadão e à sociedade são alcançados com a efetivação da função de cada um dos três Poderes. E que os elementos de cada um dos Poderes devem trabalhar como peças para efetivar os objetivos da estrutura da qual são elementos.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; CPC/2015; Neoconstitucionalismo; Dissonância jurisprudencial; Cultura juriciária; Barreiras à implementação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC/2015	Código de Processo Civil Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CF/1981	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ANTECEDENTES NECESSÁRIOS AO ENTENDIMENTO DO AMBIENTE HISTÓRICO-CULTURAL ONDE NASCE O CPC/2015	13
2.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS EM UM SISTEMA JURÍDICO COM BASE NA <i>COMMON LAW</i> , ORIGENS E ASPECTOS FUNCIONAIS	13
2.2. DOS COSTUMES AO PRECEDENTE – AMPLITUDE DE EFEITOS E FORÇA RESULTANTE	15
2.3 ASPECTOS DA CONSTRUÇÃO DE UMA SENTENÇA NA <i>COMMON LAW</i> : OS VALORES E HOMOGENEIDADE DE PENSAMENTO COMO FATORES IMPORTANTES NESTA TRADIÇÃO	19
2.4 INFLUÊNCIAS HISTÓRICO-GEOGRÁFICO-CULTURAIS E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS - CONTRASTES ENTRE O BRASIL E A INGLATERRA	21
2.5 RAÍZES HISTÓRICAS DO USO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	24
2.6 PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL-COLÔNIA.	25
2.7 MOMENTO HISTÓRICO DE INSERÇÃO DO CPC/2015	27
2.7.1 O Neoconstitucionalismo como resposta ao Estado Legislativo de Direito e as raízes da insegurança jurídica	27
2.7.2 A valorização dos precedentes judiciais no Direito brasileiro como uma reação ao Neoconstitucionalismo	29

3 PRECEDENTES: BASES CONCEITUAIS, SISTEMATIZAÇÃO E OBRIGAÇÃO DA MOTIVAÇÃO.	32
3.1 O TERMO PRECEDENTES	32
3.1.1 Precedentes judiciais que vinculam por determinação legal	35
3.1.2 Jurisprudência dominante resumida a ementas de súmulas	37
3.2 TRABALHAR COM A DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E O FUNDAMENTO DETERMINANTE (RATIO DECIDENDI) – UMA MUDANÇA DE MÉTODO NECESSÁRIA	40
3.3 STARE DECISIS, EFICÁCIA VINCULANTE E ESTABILIDADE DO DIREITO	43
3.4 SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE (<i>OVERRULING</i>)	46
3.5 AMPLIAÇÃO PROGRESSIVA NA ABRANGÊNCIA DA REDE DE PRECEDENTES JUDICIAIS	47
3.6 UM SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO	48
3.6.1 Precedentes judiciais sem um sistema.	48
3.6.2 Formação de um sistema e características	49
3.7 PRECEDENTES JUDICIAIS E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES	53
3.7.1 A motivação em seus papéis de controle endoprocessual e extraprocessual das decisões judiciais	54
3.7.2 A motivação e a formação de precedentes	57
3.7.3 O CPC/2015 e o mínimo necessário à motivação nas decisões judiciais	59
4 O JUIZ, O JUDICIÁRIO E OS PRECEDENTES	60

4.1 ORGANIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DECISÕES DE INSTÂNCIAS SUPERPOSTAS	60
4.2 A VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS NO ART. 927, V	61
4.2.1 O instituto da ressalva de entendimento	62
4.3 OS MAGISTRADOS, A DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL E O CPC/2015	64
4.4 OS LIMITES À AUTONOMIA PARA DECIDIR.	66
4.5 ALEGAÇÕES NÃO JUSTIFICADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	67
4.5.1 A questão da vinculação aparentemente estabelecida em norma infraconstitucional	68
4.5.2 Inexistência de afronta ao princípio da separação de poderes	71
4.5.3 Economia processual e eficiência enquanto princípios a serem efetivados	72
4.6 BASES DA AUTONOMIA ATRIBUÍDA À ATIVIDADE JURISDICIONAL E SUA ASSOCIAÇÃO COM A DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL	74
4.7 A QUESTÃO DA HIERARQUIA ENTRE JUÍZES DE PISO, DESEMBARGADORES E MINISTROS - O JUDICIÁRIO ACIMA DO JUIZ	76
4.8 O PODER JUDICIÁRIO E ALGUMAS BARREIRAS AO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES CONFORME PREVISTO NO CPC/2015	78
4.8.1 Composição das cortes de vértice e o mecanismo de	79

ascensão do juiz a estas cortes

4.8.2 Julgamentos de colegiado e formação de um sistema de precedentes de qualidade 80

4.8.2.1 Implicações no formato dos julgamentos em colegiado:
modelos *per curiam* e *per seriatim* 81

4.8.3 Influência do fator pessoal na estabilidade responsável dos precedentes 84

4.9 NECESSIDADE DE CONTROLE SOBRE A PRODUÇÃO DO JUDICIÁRIO E ESCOLHAS FEITAS PELO CPC/2015. 85

5 CONCLUSÃO 90

REFERÊNCIAS 97

1 INTRODUÇÃO.

O Direito, em diferentes países e épocas, tomou as mais distintas formas, nas mais diversas tradições jurídicas, surgindo e adaptando-se a culturas díspares, a mudanças trazidas pelos momentos históricos que se sucediam, com toda a gama de valores complexos e particulares presentes em cada uma destas situações.

A despeito de tantas particularidades, sempre foi universal e persistente a busca pela coerência, pela lógica, por uma estrutura jurídica íntegra e confiável, que permitisse a realização da justiça e a conseqüente pacificação das sociedades.

É constante, na história, essa busca pela sobrevivência do Direito, tentando manter sua interpretação e aplicação tanto mais previsíveis o quanto possível. É quase instintiva a noção de que, quanto mais a sociedade percebe o Direito como íntegro e coerente, maior a força que ele adquire para mantê-la sob seus limites.

Assim, por vezes, devido a este rico histórico de modificações e adaptações, aquelas soluções encontradas em outros tempos, em outras tradições jurídicas, soluções encontradas dentro deste mesmo objetivo da busca de integridade e coerência, podem também vir a ser utilizadas em momentos e lugares distintos.

Esta releitura histórica, em busca de instrumentos eficazes na solução de problemas atuais, é característica de uma ciência que se pretende sempre atual e útil à sociedade.

É cediço que os países com tradição de *common law* têm uma larga experiência no uso dos precedentes judiciais, com acertos e desacertos já evidenciados em sua história. O estudo dos caminhos já trilhados por outros sistemas jurídicos permite aproveitar-se das vantagens desta ferramenta processual ao mesmo tempo em que se evita incorrer nos erros já cometidos. No entanto, para um melhor aproveitamento do estudo desta experiência, deve-se manter em mente que as tradições jurídicas de *civil law* e *common law* são tradições distintas, apoiadas em lógica e racionalidade também distintas, e cuja diferença não se restringe ao uso dos precedentes judiciais.

No Direito pátrio da contemporaneidade, mais especificamente no CPC/2015, verifica-se personificada a tensão entre os macroprincípios processuais – Efetividade e Segurança Jurídica.

Muito embora, em contraste com o código Buzaid (CPC/1973), o destaque no CPC/2015 seja pela busca de uma maior efetividade do Direito, com medidas em favor de uma maior celeridade e duração razoável do processo¹, não se descuidou o legislador de combinar estas medidas com outras que também persigam o ideal de segurança jurídica, através de melhor qualidade nas decisões judiciais.

O código atual traz o uso mais amplo dos precedentes judiciais, determinando que seja implementada sua organização em um sistema de precedentes, propriamente dito, de forma a permitir melhor utilizar-se deste instrumento já há muito presente no Direito brasileiro.

De forma semelhante, não é novo no ordenamento pátrio o conceito da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, um dos pilares do Estado de Direito, encontrado como diretriz principiológica na Constituição vigente. E, como um código de processo deve refletir os princípios constitucionais, não poderia furtar-se o CPC/2015, elaborado sob a égide da CF/88, de tornar relevante também este princípio nela carreado.

Conhecidas estas duas novas-velhas figuras interdependentes, tais sejam, os precedentes judiciais e a motivação das decisões judiciais; e colocando-as em evidência no que diz respeito às mudanças de abordagem trazidas no bojo do CPC/2015, buscar-se-á, com o presente trabalho, propor respostas para as três questões a seguir, intimamente relacionadas: (i) Quais as particularidades do atual momento histórico do Direito brasileiro e da cultura jurídica do país que tornam necessária, adequada e ao mesmo tempo difícil a progressiva valorização do uso dos precedentes judiciais? (ii) Quais as características dos precedentes judiciais que os tornam úteis na solução dos problemas identificados na atual fase histórica do Direito brasileiro? (iii) Considerando-se o modelo jurídico pátrio e o entendimento sobre a importância da motivação das decisões judiciais, quais os problemas que precisam ser superados, para que o uso dos precedentes judiciais, conforme proposto pelo CPC/2015, possa ser um instrumento eficaz na correção das incoerências identificadas no Direito brasileiro?

¹ RUBIN, Fernando. **Efetividade Versus Segurança Jurídica: Cenários de Concretização dos Dois Macroprincípios Processuais no Novo CPC**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Ed. Magister, n° 65, mar/abr, 2015, p. 67-85.

Assim, primeiramente, como forma de embasar o quanto será tratado neste trabalho, de forma a melhor entender-se, a partir das suas origens, o uso dos precedentes judiciais e perceber-se as lições que podemos trazer da tradição do *common law* - o Direito Comum inglês - na aplicação dos precedentes, serão abordados alguns tópicos sobre a história da *Common Law*, relevantes ao presente estudo.

Em seguida buscar-se-á contextualizar o CPC/2015 na história do Direito brasileiro. Serão discutidas peculiaridades do atual momento jurídico, resultantes do Neoconstitucionalismo, que tornaram lugar comum o uso, pelos magistrados, de uma liberdade mais ampla para decidir, talvez com excessos não justificados. Serão discutidos a importância e o impacto da percepção, pela própria sociedade, destas distorções na aplicação do Direito, resultado da falta de balizas impostas à liberdade para julgar. Buscar-se-á demonstrar que as duas facetas do CPC/2015, aqui trazidas em foco, tais sejam, o uso dos precedentes judiciais e a ênfase à motivação das decisões judiciais, não vieram ao código como um acaso, mas foram, antes, uma reação de defesa do Direito a um momento histórico marcado por um crescendo de dissonância jurisprudencial e a consequente insegurança jurídica.

Tratar-se-á da importância da construção de um verdadeiro sistema de precedentes, na acepção da palavra “sistema”, e do reforço à necessidade de efetiva motivação das decisões judiciais. Por último, ainda com foco nas questões propostas e nos ajustes pretendidos com o CPC/2015, será feita uma avaliação crítica do papel de certas práticas relacionadas ao Judiciário que podem representar barreiras ao quanto pretendido pelo legislador no CPC/2015.

2 ANTECEDENTES NECESSÁRIOS AO ENTENDIMENTO DO AMBIENTE HISTÓRICO-CULTURAL ONDE NASCE O CPC/2015.

Mostra-se sempre positivo aprender com a história de forma a utilizar elementos que já se mostraram úteis naquelas situações ora enfrentadas, evitando repetir caminhos que já se mostraram inadequados. Assim que, feita pelo CPC/2015 a opção pela valorização do uso e pelo respeito aos precedentes judiciais mostra-se importante o entendimento dos fundamentos que pautaram sua existência em outros sistemas jurídicos e em outros momentos da história.

2.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS EM UM SISTEMA JURÍDICO COM BASE NA *COMMON LAW*, ORIGENS E ASPECTOS FUNCIONAIS.

Os sistemas jurídicos, para fins de classificação, podem ser agrupados em várias categorias, conforme algumas de suas características, importando ao presente estudo a classificação de René David que os divide em (i) família romano-germânica, a origem daquela hoje conhecida como *civil law*, formada sobre a base dos Direitos Romano e Canônico, e que tem, como característica, normas contidas em estatutos; (ii) a *common law*, firmemente baseada nos precedentes judiciais, e, por último, (iii) a família dos chamados Direitos Socialistas.²

Mantendo o foco nos sistemas jurídicos que interessam ao presente estudo, tais sejam, os de *Common Law* e os de *Civil Law*, vê-se que ambos são produtos histórico-culturais. Derivados de histórias e culturas próprias, resultaram em produtos diferentes, adaptados às necessidades de povos com formações socioculturais distintas, ainda que tendo em comum a busca pela pacificação social e pela justiça, da maneira mais adequada a cada povo e a cada momento histórico.

A tradição de “*civil law*”, de origem romano-germânica, tem suas raízes históricas na Europa Continental, com forte influência do Direito Romano e do Direito Canônico, os quais, apesar das divergências entre o poder temporal e o poder eclesiástico,

² NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p.29.

fundiram-se, juntamente com alguns outros Direitos locais, dando origem a um “Direito Comum”.³

A tradição de *common law* também foi construída em longo período histórico, mas sua trajetória foi bem diversa. Não teve como característica os códigos, publicados e vigentes de forma instantânea, compilados apenas por força de uma determinação do poder em comando. Antes, foi fruto de uma construção histórico-cultural, urdida, lenta e paulatinamente, em sucessões de decisões judiciais.

No território onde hoje se encontra a Inglaterra, o Direito era disperso, praticado com base em vários costumes e regras locais. Não se verá ainda, na história do Direito inglês, um movimento em direção à *common law*, senão após a Conquista Normanda⁴, quando, já no século XIII, estabeleceram-se os Tribunais Reais de Justiça, para apreciação de casos de Direito controverso.

Houve uma persistente tentativa de valorização do quanto presente do Direito local, mas, simultaneamente, ocorreu a unificação e centralização dos entendimentos, de forma progressiva, vindo dar origem a um novo Direito, agora sim, comum a toda a Inglaterra, o *common law*.⁵

Deste período resultaram não apenas os primeiros precedentes, mas também a forma de se construir e de trabalhar com eles, buscando respeitar os usos e costumes locais, à medida do quanto permitido pelo Direito que progressivamente ia sendo construído⁶.

Muito mais que o início de uma coleção de decisões superpostas, sem organização; aquele período histórico representou o começo da construção de um procedimento sistemático, progressivamente estabelecido e respeitado, onde cada decisão judicial vem, obrigatoriamente, visitar decisões anteriores, comparando-se o caso em tela com os casos antecedentes.

Vale observar que, na *common law*, os precedentes hoje utilizados não surgiram de decisões isoladas do governo, nem foram publicados em determinado momento

³ LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79-80.

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 37.

⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.

histórico singular. Antes, estes precedentes foram o resultado de uma evolução que, mesmo atualmente, não deixa de acompanhar a realidade, adaptando-se às mudanças de pensamento e valores da sociedade. Houve um desenvolvimento ininterrupto, acumulando-se, progressivamente, o agir e a sabedoria de séculos⁷.

Isto posto, torna-se mais fácil o entendimento da força vinculante quase espontânea, que têm os precedentes judiciais naquela tradição jurídica, mesmo sem que nada seja disposto em lei neste sentido. O caráter vinculante dos precedentes, na tradição de *common law* do sistema jurídico inglês, é naturalmente respeitado, sem que seja necessário reforço ou determinação em norma escrita.

Em contraste, no sistema jurídico brasileiro vigente até o CPC/2015, salvo nas exceções em que se admite a vinculação, definidas em lei, percebe-se, como regra, a atribuição de um caráter tão somente persuasivo e de força bastante limitada à maioria dos precedentes judiciais.

2.2. DOS COSTUMES AO PRECEDENTE – AMPLITUDE DE EFEITOS E FORÇA RESULTANTE.

Na tradição de *common law* os precedentes nascem de maneira espontânea, sem imposição da lei. Neste sentido, o estudo comparativo do comportamento dos precedentes naquela tradição jurídica, permite um melhor entendimento da sua estrutura, dos mecanismos que levam ao seu surgimento, assim como a compreensão dos fatores que podem interferir na sua força e longevidade.

O *common law* não se instrumentalizou somente através de julgamentos baseados em costumes. Maitland⁸, descreve uma progressão em três estágios desde os costumes que se originaram em “sabedoria comum e experiência da sociedade”, passando em seguida pelo estágio em que se tornaram “costumes estabelecidos”, até o ponto em que receberam “sanção judicial dos Tribunais de último recurso”.

⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Deben los jueces crear derecho? In: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 307.

⁸ MAITLAND, F W. **Sketch of English Legal History**. New York, 1915. Apud: HOGUE, Arthur R. *Origins of the Common Law*. Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966, p. 190.

Estes estágios foram percorridos através de julgamentos sucessivos, que foram conferindo um grau de relevância social cada vez maior àqueles costumes.

As decisões judiciais, assim nascidas e paulatinamente estabilizadas, foram ganhando relevância progressiva, vindo a servir de precedentes, com força variável, passíveis de consulta tanto para construção de argumentos jurídicos, como na fundamentação de decisões em casos futuros; sejam casos simples ou mesmo *hard cases*.

Daí perceber-se que, do mesmo modo como os costumes, quando utilizados como fonte do Direito, também os precedentes judiciais vão amadurecendo com o tempo e com o uso, tornando-se mais estáveis ou, de outro modo, vão sendo superados por argumentos mais relevantes e novas decisões que os alteram. Sobrevivem pela sua utilização reiterada e são utilizados pela credibilidade e confiança que traduzem em sua argumentação e fundamentação bem construídas.

No *common law* contemporâneo, um precedente nasce como parte de uma decisão judicial, nasce em resposta a uma questão concreta e específica, como um entendimento, um fundamento jurídico argumentativo. Não nasce já um precedente⁹, mas ao ser utilizado como elemento de argumentação e convencimento, como subsídio decisivo ou relevante a embasar soluções de outros casos, ao ser invocado, interpretado e utilizado em uma nova decisão, cria-se condições para que ganhe força e venha a constituir-se, agora sim, como precedente.¹⁰ Por este motivo, apenas são identificáveis como tal, em uma visão retrospectiva.

Quanto mais utilizado para embasar decisões subseqüentes, tanto maior o convencimento demonstrado pelas razões que contém, sendo também maior a força que ele ganha enquanto entendimento, enquanto precedente.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.11- 12.

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. **O Que São os Precedentes Vinculantes no CPC/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Último acesso em 29/07/2016.

São os juízes de casos futuros que, ao se referirem a decisões anteriores, invocam-nas como precedentes¹¹, identificando aqueles fundamentos determinantes que também se aplicam ao novo caso em tela.

Vale ainda constatar que aquele juiz que primeiramente enfrenta a questão e emite seu parecer no primeiro caso não usa de nenhuma formalidade especial ou procedimento específico para formar um precedente. Ele tão somente dá solução à situação em concreto que lhe foi submetida, isto sem dispensar o uso da técnica correta e da fundamentação adequada.

Assim, os precedentes, naquela tradição jurídica, têm sua força e estabilidade iniciais medidos, não por determinação legal, mas pela clareza na interpretação dos casos à luz da norma e pela solidez da fundamentação utilizada nas decisões em que tiveram origem. Têm ainda magnificada sua força pela subsequente aplicação reiterada de seus fundamentos em casos semelhantes, ganhando ainda mais força à medida que resistem, reiteradamente, a argumentações diversas em contrário.

Estes mesmos fatores que determinam a força do precedente nos sistemas de tradição *common law* tendem a ter influência equivalente naqueles sistemas jurídicos predominantemente de tradição *civil law*, mas que também comportam a previsão de utilização dos precedentes judiciais, tal como o sistema jurídico brasileiro.

Seja constituído o precedente por determinação legal ou como um efeito atribuído por força da tradição jurídica adotada, a qualidade da formação do precedente determinará sua longevidade em alguns casos ou, em outros, sua transitoriedade, permitindo que ele seja superado em prazo mais ou menos breve.

Sendo os precedentes estabelecidos por determinação em lei, além da força que lhes é atribuída pela vinculação legal, também serão passíveis de ter sua força influenciada pelo procedimento utilizado em sua formação e pela qualidade da argumentação nele contida.

Tende a ser mais fraco, portanto menos duradouro, o precedente formado em julgado único, seja ele monocrático ou por uma decisão única de uma turma ou

¹¹ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 406.

mesmo do plenário de uma corte¹², principalmente, se carente de fundamentação forte ou embasado em argumentos não coerentes, conforme a percepção e o entendimento da maioria dos usuários do sistema.

Ainda dentro deste sistema jurídico híbrido, mesmo em situações em que não esteja caracterizada sua vinculação por determinação legal, nada impede que um precedente possa surgir espontaneamente, como um *case law*, e ainda assim ser dotado de tal força que o permita ser utilizado como elemento definitivo na solução de lides.

Esta força estaria associada à razão contida naquele precedente, à maneira como ocorreu sua formação, em sucessivos julgados, sequencialmente confirmados por elementos do judiciário com hierarquias progressivamente superiores, utilizando-se de boa técnica na argumentação e fundamentação expostas nas decisões, apoiada em jurisprudência sólida, em doutrina consoante, permitindo que seja espontaneamente utilizado como paradigma na solução de casos futuros semelhantes.

Assim, independentemente do sistema jurídico no qual foi formado ou do mecanismo que permitiu sua formação, a força do precedente mantém-se proporcional à robustez da sua fundamentação, da argumentação e da motivação explanadas em sua construção¹³. Percebe-se, já desde esta abordagem inicial, a importância vital da adequada motivação das decisões judiciais como determinante da qualidade dos precedentes, da credibilidade e da força nele contidas.

¹² LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194-195.

¹³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 411.

2.3 ASPECTOS DA CONSTRUÇÃO DE UMA SENTENÇA NA COMMON LAW: OS VALORES E HOMOGENEIDADE DE PENSAMENTO COMO FATORES IMPORTANTES NESTA TRADIÇÃO.

Ao examinar-se uma sentença judicial proferida em países de common law, mais que o uso deste instrumento, chama a atenção o cuidado com que se constrói a fundamentação da sentença, em um *crescendo*.¹⁴

Não se trata de mera atividade mecânica, não basta uma leitura do precedente e do caso a ser julgado, aplicando-se o primeiro como justificativa para a decisão no segundo. Este seria o proceder de um mau juiz no *common law*¹⁵.

Parte-se de uma tese jurídica em direção à resolução de um novo caso em concreto, o que se faz com intensa dialética entre os contraditos exercidos pelas partes, sem perder de vista o Direito positivado, a doutrina e os precedentes judiciais que abordam as matérias envolvidas. Verifica-se ainda um cuidado especial em expor extensamente os fatos, os argumentos considerados e o motivo da seleção daquele caso paradigma e não de outro, primando pela transparência, ao deixar claro o raciocínio utilizado na decisão. É a motivação das decisões atuando como instrumento garantidor da integridade e coerência do Direito sendo aplicado.

Ou seja, mesmo nos países com tradição de *common law*, conquanto o magistrado seja também autônomo naquele sistema jurídico, resta patente que ele se encontra igualmente adstrito às normas de seu lugar¹⁶, sejam elas escritas ou não, necessitando fundamentar e expor os motivos que o levaram àquela e não a outra decisão. E não poderia ser de outra maneira, em se considerando a vigência de um Estado de Direito, onde, por princípio, o país deve ser governado por leis e não por decisões arbitrárias de indivíduos no poder (*Rule of Law*).

Também no *Common Law*, o juiz não está livre para aplicar a norma conforme sua discricionariedade, o judiciário não está livre para inovar, criando lei em suas

¹⁴ **United Kingdom Tribunal Decisions**. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/tribunal-decisions/>. Último acesso em 29/10/2016.

¹⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 123-124.

¹⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Deben los jueces crear derecho? In: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 313.

decisões, conforme seja seu desejo. Também naquele sistema, por óbvio, há balizas na aplicação do Direito. Embora haja uma aparência de maior elasticidade nestes limites naquela tradição, isto é não mais que uma aparência.

Continuando neste esforço de retirar lições da história e do direito comparado, úteis à nossa contemporaneidade, cumpre ressaltar que os sistemas jurídicos que se utilizam da tradição de *common law* não são baseados exclusivamente em uma coletânea escrita de decisões judiciais, tampouco utilizam-se de um Direito criado apenas a partir de costumes do lugar.

Os sistemas de tradição *common law* baseiam-se em normas-princípio¹⁷ e estas podem, ou não, estar escritas para que sejam utilizadas na fundamentação de decisões judiciais. Quando estão escritas, apenas revelam-se mais facilmente para a sua aplicação.

Podem existir, por exemplo, na forma de uma tradição amplamente aceita ou de um elemento incorporado à cultura daquele país, já não mais significativamente discutido ou questionado; ou ainda um valor não-escrito. Estas normas-princípio estão, portanto, passíveis de incidência, mesmo sem estarem relacionados em um código de leis ou em uma coletânea de decisões precedentes.¹⁸

Encontra-se aqui uma acepção prática do conceito de princípio, entendido como valor relevante para uma sociedade, no seu sentido amplo, não apenas para uma determinada comunidade local ou um grupo social. Antes, neste caso, relevante para todo um país.

E, diferentemente da incidência da norma jurídica *strictu sensu* sobre o fato, considerando-se o disposto nestes parágrafos anteriores, na *common law* é possível ao fato tornar-se um fato jurídico tão somente pela incidência do fato social a um valor social relevante, mesmo quando não formalmente normatizado este valor.

Neste particular sobressai-se o papel e a importância de uma maior homogeneidade de pensamento dentro da sociedade na qual se adota a tradição de *common law*, principalmente no que concerne a ideias e valores. Esta maior homogeneidade de pensamento, não apenas entre os magistrados, enquanto autoridades a dizer o

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 10-11.

¹⁸ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966. p. 187.

Direito no caso concreto, mas também na população em geral, ao perceber o Direito vigente e sua aplicação, permite uma mais ampla e pacífica aceitação, pela sociedade, da aplicação deste ou daquele valor ou princípio, na solução de problemas jurídicos que se impõem na solução dos casos concretos.

2.4 INFLUÊNCIAS HISTÓRICO-GEOGRÁFICO-CULTURAIS E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS - CONTRASTES ENTRE O BRASIL E A INGLATERRA.

De forma a melhor visualizar a extensão das soluções que podem ser encontradas com a valorização dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, assim como prever as dificuldades e os ajustes que podem ser necessários em sua implementação e uso, cabe ter em mente o histórico de algumas das diferenças culturais entre Brasil e Inglaterra que podem vir a impactar nos resultados pretendidos.

As especificidades destes sistemas jurídicos vão muito além da diferença entre as tradições jurídicas utilizadas. E muito do que vemos desta diferença diz respeito às origens e desenvolvimento histórico-cultural bastante distintos destes países.

A formação da Inglaterra, enquanto Estado Moderno, partiu da aglomeração dos indivíduos em aldeias, depois em ajuntamentos político-administrativamente mais organizados, os *shires*, reunindo-se para defesa, administração da Justiça e divisão de tarefas. Após a conquista Normanda, tomam progressivamente o formato de feudos¹⁹. Inicialmente independentes, depois, progressivamente, comunicantes, passaram a comungar regras e valores, aproximaram-se, e vieram a fundir-se, territorial e ideologicamente, em reinos, por dominação ou por interesses partilhados²⁰. Subsequentemente, constituíram-se em um Estado politicamente organizado. Assim, por períodos mais prolongados, foi possível o desenvolvimento e a manutenção de valores mais estáveis dentro daquela sociedade, erigidos sobre bases bem estruturadas.

¹⁹ INNES, A. D. **Normand England and Feudalism**. Disponível em: <<http://www.britainexpress.com/History/Norman-England-and-Feudalism.htm>>. Último acesso em 29/10/2016.

²⁰ "In point of fact, feudalism was originally not a deliberately selected system, but the outcome of manifold natural changes." MAUROIS, André. **History of England**. 1917. P. 54. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/21294409/History-of-England>>. Acesso em: 12/10/2016.

Esta forma progressiva como ocorreu a homogeneização cultural e de pensamento das populações que ali habitavam teve grande importância, na fase de formação do Direito inglês²¹.

E, como o Direito não evolui independentemente da história, mas, antes, segue-a e persegue-a, sempre buscando soluções para novos problemas que se apresentam; em paralelo ao movimento político de unificação do Estado inglês, ocorre também a formação do Direito naqueles territórios, convergindo, de igual maneira, desde usos e costumes locais, em direção a um Direito comum nacional.

Logo, o sistema de precedentes judiciais que hoje encontra-se em uso naquele país foi concebido e moldado através do tempo, como o resultado de transformações políticas, sociais, culturais e econômicas, dentro de um contexto histórico²² que, se não percebido, não permite o total entendimento, reprodução e utilização dos melhores aspectos deste sistema.

Fazendo-se um comparativo com todo este movimento descrito na Inglaterra, cabe aqui pontuar diferenças percebidas na formação do Estado e do Direito brasileiro, até chegar-se ao que hoje se nos apresenta.

Diferente desta fusão progressiva descrita no Estado inglês, em contraste com a homogeneização sócio-político-cultural e formação em paralelo e progressiva do Direito aplicado, recebeu o Brasil-colônia já um “pacote pronto” de normas, vindo da corte para a colônia, sendo aplicado este Direito herdado, predominantemente, e por muito tempo, sem nenhuma participação significativa dos interesses e valores locais.

Ao invés de um movimento convergente do Direito interno, como no Estado inglês, partindo de várias normas dispersas, próprias ou enxertadas por povos invasores, caminhando, progressivamente, em direção à construção de um pensamento jurídico único nacional e um Direito comum, o que se viu no Brasil foi, a partir da independência, um movimento de adaptação ao Direito lusitano, que foi herdado “em bloco”.

O Direito colonial brasileiro, nada mais foi do que o próprio exercício do Direito português de uma forma burocrática em território brasileiro. Diante disso, eram designados para o Brasil, operadores do Direito português sem

²¹ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966, p. 192.

²² KIRAFLY, Albert R; LEWIS, Andrew D E; GLENDON, Mary A. **Encyclopaedia Britannica**. Disponível em: <<https://global.britannica.com/topic/common-law>>. Última visualização em 12/10/2016.

experiência alguma com a realidade social brasileira gerando um desequilíbrio entre realidade e idealismo²³.

Por muito tempo, este “Direito herdado” persistiu, quase inalterado, por imposição, partindo depois em direção às mudanças feitas por segmentos economicamente dominantes²⁴ de uma sociedade marcada, já desde seu início, por aguçada heterogeneidade, não apenas econômica, mas principalmente uma acirrada heterogeneidade de identidades culturais, étnicas e sociais.

É claro o contraste entre as duas vias de formação do Direito nacional acima descritas e a importância exercida pela singular composição da cultura e do pensamento dos povos vivendo sob cada uma destas tradições jurídicas.

É sabido que, ainda hoje, persiste no Brasil significativa heterogeneidade cultural, com reflexo sobre o pensamento e valores de segmentos distintos da população, com diferenças regionais importantes a dificultar até mesmo o estabelecimento de um entendimento único do Direito para sua aplicação.

Não se pretende considerar que a realidade brasileira à época da independência seria um impedimento para a implantação da tradição de *common law*, como um modelo jurídico nacional, até porque não foi uma opção apresentada. Mas perceba-se que a inexistência de um pensamento homogêneo central e uma identidade nacional, no mínimo, dificultaria em muito a importação deste modelo àquela época. Mesmo que fosse algo a ser escolhido, ainda assim, seria mais factível, naquela situação, dada a formação colonialista, o modelo de *civil law*, já existente, transplantado, baseado nas ordenações reais, que vieram já “prontas para aplicação”, como realmente aconteceu.

Através deste viés histórico comparativo, é possível notar, na gênese do Direito brasileiro, um movimento bastante diverso daquele observado na Inglaterra. No Brasil, verificou-se, de modo instantâneo, a importação de normas e codificações, pertencentes a um modelo jurídico alienígena, já estruturado e forte, desenvolvido sem a participação da cultura local. Talvez, também por esta forma de implantação, são escassos em sua evolução, os momentos de mudanças estruturais divergentes

²³ QUEIROZ, Luiz Felipe. **História do Direito Brasileiro: Do Patrimonialismo-Burocrático ao Corporativismo-Nepotista na Época do Brasil - Colônia**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-do-direito-brasileiro-do-patrimonialismo-burocratico-ao-corporativismo-nepotista-na-epoca-do-brasil-colonia/93661/>>. Último acesso em 29/10/2016.

²⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 21. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1990. p. 4.

do modelo original, tal como ocorre no presente momento, representado pelo advento do CPC/2015.

Tudo isto posto, torna-se ainda mais claro que, para o completo entendimento dos elementos que fazem parte do Direito hodierno em cada Estado, para a melhor percepção dos princípios atualmente valorados por cada um dos povos e, principalmente, para a compreensão da utilidade e limitações na adoção de determinados elementos desta ou daquela tradição, não pode ser menosprezado o conhecimento desta evolução histórica e dos motivos por trás das etapas e escolhas em cada uma delas.

2.5 RAÍZES HISTÓRICAS DO USO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.

Portugal, assim como grande parte da Europa, seguiu a tradição de *civil law*, desenvolvida a partir de raízes romano-germânicas, mas, inicialmente, em um sistema jurídico ainda não entendido como um sistema, ainda não unificado. Vigia, no início, mais de um Direito.

“Diferentemente do *ius proprium* de cada unidade política da Europa continental na Idade Média, cuja autoridade era oriunda de um poder político central, o *ius commune* foi um Direito construído doutrinariamente, isto é, foi o fruto de um trabalho de juristas que tentaram organizar e unificar um corpo bastante complexo de fontes, entre as quais os Direitos romano, canônico e feudal, compondo uma ordem jurídica universalista.”²⁵

Herdeiros do Direito da metrópole, recebemos tanto o *ius proprium* quanto o *ius commune*, com todas as suas vantagens e desvantagens, para aplicação na colônia²⁶.

Enquanto colônia, o Brasil representava um fragmento do Estado português, destinado a representar uma fonte de recursos para aquele país, não havendo um tratamento jurídico específico para reger as situações aqui ocorridas. Se muito,

²⁵ SOUZA, Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 53.

²⁶ *Ibidem*, p. 52.

pode-se atribuir às autoridades jurídicas aqui habitualmente presentes, a capacidade para preencher as lacunas encontradas no Direito lusitano, quando aqui aplicado.²⁷

Citando Antônio Manuel Hespanha, Marcus Seixas Souza descreve a prática jurídica em Portugal na segunda metade do século XVI como:

“(...) marcada pela ‘falta de segurança’ e pela ‘incerteza de julgamentos’, pelo ‘arrastar das questões’ e pela ‘indisciplina das orientações existentes’, e até mesmo pela ‘confusão dos padrões de decisão dos tribunais’, consequência da incapacidade da doutrina em fornecer à prática e ao foro uma diretriz segura²⁸”.

Causa desalento perceber que esta descrição, feita sobre uma realidade jurídica de nossos colonizadores, ainda no século XVI, poderia passar-se facilmente por uma leitura dos problemas atuais existentes no Direito brasileiro.

2.6 PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL-COLÔNIA.

Em momentos históricos seguintes, vemos que foram gradualmente sendo utilizados instrumentos jurídicos para tentar corrigir os problemas identificados no Direito português, especificamente, com relação à segurança jurídica e à estabilidade do Direito. E, esses mesmos instrumentos foram também aplicados no Brasil, que à época era apenas uma colônia de Portugal. Dentre estes, identifica-se, desde aquela época, o uso de precedentes como forma de estabilizar e diminuir estas discrepâncias no Direito.

Tem-se, à época, o surgimento das Casas de Suplicação, que, não só proferiam acórdãos, como também proferiam interpretações sobre dispositivos legais nos quais houvesse divergência jurisprudencial e decisões sobre questões jurídicas controvertidas.

E, das decisões proferidas pelas Casas de Suplicação, neste sentido, uma Corte Superior, começaram a ocorrer publicações, inicialmente de juristas, como fragmentos dispersos, a compor a doutrina e, posteriormente, como leis interpretativas ou Assentos.

²⁷ SOUZA, Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 51.

²⁸ *Ibidem*, p.54.

Para fins de entendimento da natureza de precedente dos Assentos e do quanto eram vinculantes, vale ressaltar a frase padrão utilizada na sua redação: “(...) e em casos semelhantes (sic), porque reconhecendo-se negativamente, toma-se assento para não vir isto mais em dúvida (...)”²⁹.

A expressão “para não vir isto mais em dúvida” resumia e deixava clara a intenção de fazer permanecerem aquelas decisões como precedentes a serem seguidos pelas instâncias inferiores àquela corte, portanto, vinculantes.³⁰

Isto posto, percebe-se que também neste período do Direito no Brasil-colônia, houve uma tentativa de corrigir problemas de dissonância do Direito sendo aplicado, semelhantes àqueles que hoje enfrentamos no nosso Direito. Percebe-se ainda que, para tal, foi utilizada, como remédio, a fórmula dos precedentes judiciais. Verifica-se, já à época, a importância não apenas da centralização, em tribunais hierarquicamente superiores, daquelas decisões em questões controversas de Direito, como também da sua publicização, dando maior abrangência e utilidade aos efeitos pretendidos por esta unificação de entendimento. Fórmula que guarda semelhança de ideias àquela agora adotada pelo CPC/2015.

Ou seja, resta comprovado que o uso dos precedentes no Direito aplicado no Brasil, com os mesmos fundamentos e propósitos para os quais são agora invocados no CPC/2015, não é novidade, estando este instrumento em uso, na história do Direito brasileiro, desde os seus mais tenros dias.

Assim, no momento histórico atual, ao pretender-se valorar a maior, alguns elementos que já figuravam no Direito brasileiro desde o período colonial, tais como os precedentes e a motivação das decisões judiciais, é necessário, também, melhor entender por que estes elementos ganharam, justamente neste momento específico da história, um lugar de destaque no novel código processual civil.

E, principalmente, como desde há muito estão presentes os fundamentos que permitem sua utilização no modelo jurídico pátrio, cumpre entender o porquê das falhas em sua aplicação até o momento.

²⁹ **Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza**; Segundo Anno da Legislatura, Tomo Setimo, Lisboa, 1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/mc/c1821>>. Última visualização em 25/10/2016.

³⁰ SOUZA, Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.79.

Este melhor entendimento pode trazer luzes sobre possíveis problemas que venham a surgir com a efetivação destas medidas e ajudar a solucioná-los, ou mesmo preveni-los.

2.7 MOMENTO HISTÓRICO DE INSERÇÃO DO CPC/2015.

As mudanças verificadas no Direito em momentos específicos da história não são aleatórias ou sem relação com os fatos então em curso. Estão relacionadas à percepção pela sociedade e pelo legislador, como seu representante, da necessidade de intervenção em busca de soluções para problemas enfrentados pela sociedade.

Parte-se desta assertiva para identificar as razões que provocaram a iniciativa do legislador pátrio ao determinar maior respeito aos precedentes e sua organização em um sistema, bem como ao reforçar e reafirmar a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

2.7.1 O Neoconstitucionalismo como resposta ao Estado Legislativo de Direito e as raízes da insegurança jurídica.

No período que precedeu a Segunda Grande Guerra, o mundo vivenciou o Estado Legislativo de Direito, experimentando um positivismo exacerbado³¹, que deu suporte à ascensão de regimes autoritários, tendo o aval de um Judiciário enfraquecido, enquanto Poder. O Judiciário, então, deixou-se limitar ao pronunciamento de decisões estritamente conforme a letra da lei que, direta ou indiretamente, emanava de um Executivo hipertrofiado e sem controles.

Em resposta direta aos danos impactantes vivenciados neste período, como reação, desenvolveu-se o pensamento de uma Justiça baseada em valores e princípios, positivados em cartas de intenções: as Constituições. E, em torno deste pensamento, surge o Neoconstitucionalismo, modelo que traz consigo

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2012., p.39.

complexidades diferentes daquelas que até então haviam sido experimentadas no Direito.

No ambiente do processo, ao invés de buscar-se a resolução de uma controvérsia pela simples aplicação direta da norma infraconstitucional, passa-se a confrontar a aplicação desta norma também com a necessidade de realização do quanto proposto nos princípios constitucionalmente admitidos.

É o juiz exercendo um novo-velho papel de dar concreção a valores e direitos constitucionalmente previstos, representando o nascimento de uma nova fase na história do Direito e abrindo novas possibilidades à aplicação da tutela jurisdicional³².

De certo modo, o Neoconstitucionalismo, ao levar a supremacia da Constituição sobre a lei para a prática da aplicação do Direito, deu ao juiz, principalmente através do controle difuso de constitucionalidade, o poder de desautorizar a lei infraconstitucional, utilizando-se da Norma Fundamental como instrumento.

Neste momento da história, o Judiciário ganha uma maior participação na elaboração do Direito, afastando-se, mais uma vez, em passo decisivo, do assim alcunhado “juiz-boca-de-lei”. Os magistrados adquirem o poder de negar a validade da lei confrontando-a com a necessidade de efetivar direitos fundamentais e princípios positivados na Constituição.

Como corolário, amplia-se também a zona nebulosa entre os poderes, diminuindo a separação preconizada por Montesquieu, positivada na Constituição brasileira; esta mesma Constituição que também determina o controle de constitucionalidade de tudo quanto produzido pelo Poder Legislativo.

Com a possibilidade de decidir com a justificativa de consolidar um princípio constitucional e podendo, com base neste raciocínio, até mesmo afastar outros princípios, o Poder Judiciário torna-se, na prática, excessivamente independente, considerando-se a vigência de um Estado de Direito. Os conceitos envolvidos no Neoconstitucionalismo terminam por permitir, na prática, que as decisões judiciais se

³² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **O Direito à Distinção no Sistema Processual Civil Brasileiro: Perspectivas à Luz do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.89, jan/mar, 2015, p. 108.

tornem excessivamente autônomas, tanto em relação às leis, quanto em relação aos textos constitucionais³³.

Também por este motivo, torna-se ainda mais importante não se perder de vista o fundamento de que o Poder Judiciário, enquanto núcleo da atividade decisória, enquanto cerne da aplicação do Direito, tem predominantemente uma atividade cognitiva, que não deve ser confundida com a prerrogativa de criação do Direito, atribuída, predominantemente, ao Poder Legislativo.

Esta fronteira, a bem da manutenção da organização do Estado Democrático de Direito, não pode tornar-se excessivamente fluida. Daí reafirmar-se a necessidade de limitar e controlar a liberdade para criação do Direito pelo Judiciário.

Seguindo-se este raciocínio, é possível afirmar que foi permitida tamanha autonomia ao juiz, em relação à norma legislada, que tornou possível o surgimento das condições para que ele atue até mesmo *contra legem*, com a justificativa de satisfazer princípios positivados na Constituição.

2.7.2 A valorização dos precedentes judiciais no Direito brasileiro como uma reação ao Neoconstitucionalismo.

Como consequência desta maior amplitude de atuação e de uma maior liberdade para julgar, surgiram problemas e a necessidade de utilização de mecanismos de freios, a determinar limites a esta liberdade. Dos julgamentos baseados em normas de textura aberta, tais como são os princípios, resultou uma grande oscilação de decisões em torno de situações jurídicas semelhantes, restando prejudicado um outro princípio, o da isonomia, além do evidente prejuízo à segurança jurídica.

Na história, vista longitudinalmente, percebe-se sempre um diálogo de forças, em sucessão, tendendo-se sempre a buscar a retomada do equilíbrio, após serem vivenciados os efeitos da ação de cada uma destas forças. Tenta-se, agora, corrigir estas distorções identificadas.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pg. 12.

Cabe frisar que um dos objetivos do Direito é a pacificação social, tendo sido utilizado em todas as civilizações na história, sem exceções, como uma forma de manutenção da governabilidade. Uma vez estável, o Direito permite aos governados ajustar sua conduta, contando com certa previsibilidade das normas e de sua interpretação³⁴. Mesmo os déspotas e governantes absolutos, independentemente de como obtiveram o poder, mantinham maior ou menor estabilidade de seu governo, quanto mais ou menos coerentes e estáveis eram as normas e regras por eles ditadas e percebidas pelos seus governados. Ou seja, quanto maior a segurança jurídica percebida pelos governados, mais estável o governo, mais pacífica a sociedade sob aquele sistema. Também por este motivo, tal seja, a busca por maior estabilidade da sociedade, persegue-se a correção de reiteradas situações de ofensa ao princípio da isonomia e da segurança jurídica.

E a resposta eficaz a este problema, sistêmico, não poderia advir de condutas isoladas dos magistrados, só se encontrando solução em uma reformulação feita “em macro” no sistema jurídico. Tornou-se, então, evidente a necessidade de se rever as normas processuais.

Percebe-se que tudo ocorreu em um processo evolutivo, em que se perceberam as mudanças sendo implementadas e as consequências advindas destas mudanças, demandando, por sua vez, novos ajustes, de forma a permitir uma aplicação cada vez melhor da Justiça, cada vez mais adequada aos problemas do momento histórico, conforme percebidos.

Através deste prisma pode ser entendida a progressiva valorização do uso dos precedentes judiciais no Direito brasileiro hodierno, retomada no CPC/2015: uma reação a tentar balizar as decisões judiciais, tornadas excessivamente desvinculadas do Direito legislado, após a implementação das premissas do Neoconstitucionalismo, trazido no bojo da Constituição de 1988.

Esta valorização do uso de precedentes no CPC/2015 pode ser vista conjuntamente com outros instrumentos que representaram uma cobrança reiterada, um reforço à determinação da necessidade da utilização de mecanismos eficazes do Direito processual, tais como: a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a

³⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Deben los jueces crear derecho? *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 206.

orientação para uniformização de julgados, a construção efetiva e publicação, pelos tribunais, de um sistema de precedentes, que se permita servir de guia e consulta pelos próprios magistrados e também pelos advogados.

Não se trata de uma tendência do Direito brasileiro em direção à tradição da *common law*, mas antes a utilização de conceitos pré-existentes, não só no Direito alienígena, mas no próprio Direito Brasileiro, até então subutilizados. Estes conceitos são agora resgatados em sua importância para corrigir situações adversas historicamente identificadas.

Pode-se apreender das diretrizes trazidas no CPC/2015 uma reação à maneira pós-positivista de se aplicar o Direito, uma resposta a problemas trazidos pelo mau uso dos preceitos advindos do Neoconstitucionalismo.

Neste particular, vemos o CPC/2015 surgindo apenas não apenas como uma causa de alterações, mas, primariamente, como uma reação, uma consequência, uma resposta, ou mesmo o resultado de uma evolução histórica do pensamento jurídico brasileiro. Ele representa menos uma inovação em relação a mecanismos do direito processual e mais um reflexo da adaptação às necessidades de estruturação da prática jurídica pátria na contemporaneidade.

3 PRECEDENTES: BASES CONCEITUAIS, SISTEMATIZAÇÃO E OBRIGAÇÃO DA MOTIVAÇÃO.

A ideia envolvida não é a de transplantar o instituto dos precedentes judiciais tal como é utilizado no Direito inglês, até porque já existe este instituto no sistema jurídico pátrio. O que se pretende é um aproveitamento, no quanto possível e positivo, daquela experiência com esta ferramenta, para que seja efetivamente ampliado seu uso racional no sistema jurídico brasileiro e aproveitadas, no máximo possível, suas potencialidades.

Assim como o conhecimento das bases históricas, entender conceitos básicos relacionados aos precedentes permite melhor trabalhar com algumas das limitações que dificultam seu uso dentro do sistema jurídico pátrio, com todas as peculiaridades culturais que lhes são inerentes.

3.1 O TERMO PRECEDENTES.

Não é uniforme o uso do termo precedentes. Pelo contrário, há grande dissonância entre significados atribuídos, e é grande a gama de usos deste vocábulo.³⁵ Mas, para o presente estudo, é essencial que se entenda o termo com relação ao quanto determinado no CPC/2015, no que tange à fundamentação e ao respeito, tanto vertical quanto horizontal, às decisões consolidadas em julgados dos tribunais.

Na dicção de Fredie Didier Jr.:

“Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”³⁶.

Ou seja, o precedente surge nas situações em que um entendimento sobre a aplicação da norma jurídica, o entendimento extraído de uma decisão judicial que

³⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **O Conceito de Precedentes no Novo CPC**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Último acesso em 08/10/2016.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador; Ed. Jus Podium, 10ª ed., 2015, v.2, p. 441.

versa sobre um fato jurídico, extravasa daquele caso concreto, para ter efeito em outros casos que permitam analogia com o caso paradigma.

Aquele autor considera estas decisões judiciais como atos-fatos jurídicos, uma vez que, qualificados pela ação humana de julgar, produzem efeitos jurídicos além da intenção de quem os praticou, ou seja, uma vez prolatadas, aquelas decisões judiciais adquirem independência no mundo jurídico, para ter efeitos para além do caso concreto do qual surgiram.

Assim, o precedente judicial tem origem na interpretação da norma quando confrontada com um caso concreto. E, como texto e norma não se confundem, cabe ao intérprete partir do elemento universal, geral, e chegar à sua aplicação concreta e restrita naquele caso *sub judice*. A atividade de interpretação é percebida como o ato de outorgar significado ao texto e a elementos não textuais de ordem jurídica, mas não se confunde a interpretação, nesta situação jurídica, com a mera tradução ou explicação do conteúdo daquele texto, sendo antes uma definição de limites ou uma restrição dentre os sentidos aplicáveis da norma a fatos em concreto³⁷.

O próprio legislador ao utilizar-se de cláusulas gerais³⁸ pressupõe a atividade do Judiciário para extrair destas normas a interpretação ou as interpretações possíveis e selecionar aquelas coerentes com o caso em concreto³⁹.

Desta forma, antes da interpretação, vários significados são possíveis e o texto não se torna útil como norma, até que a interpretação defina seus limites, dentre aquelas possibilidades. Esta interpretação vai variar não somente conforme a lógica jurídica, mas, também, conforme a experiência pessoal adquirida pelo intérprete na sociedade. Daí depreende-se a grande dissonância verificada se deixada a interpretação a critério de elementos dispersos pela estrutura organizacional do sistema jurídico, sendo de vital importância a unificação dos entendimentos, função atribuída pela CF/88 às cortes de vértice.

³⁷ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 96-97.

³⁸ Cláusula geral é “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cláusulas Gerais Processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Último acesso em 25/10/2016.

³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **O Direito à Distinção no Sistema Processual Civil Brasileiro: Perspectivas à Luz do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.89, jan/mar, 2015, p. 108.

Neste sentido, o precedente estaria nos últimos degraus da interpretação e uniformização, ao fixar, em uma situação fática determinada, o significado da norma extraída do texto legal.

Busca-se, nos precedentes, justamente a compreensão das dimensões de textos normativos perante situações concretas, logo torna-se uma condição (não exclusiva), para que um julgado tome *status* de precedente, que ele traduza ganho hermenêutico em relação à norma legislada. Ele deve apontar significados através da mediação entre o Direito e os fatos sub *judice*; significados estes que não poderiam ser obtidos por meras cogitações abstratas em torno do texto da norma, nem aleatoriamente definidos por um dentre os vários sentidos normativos concorrentes, sem a associação a uma situação fática específica.⁴⁰

Os efeitos atribuídos às decisões judiciais têm, em cada sistema jurídico, amplitude variável, podendo estar limitados apenas àquela lide específica, vinculando apenas as partes do processo; sendo outras vezes permitido irradiarem-se estes efeitos para outras questões análogas, vinculando decisões em lides que cheguem a outros estratos do Judiciário. É uma opção do legislador.

Ainda, por vezes, a força vinculante de um precedente está explicitamente descrita nos textos legais, outras vezes, não está explicitamente determinada, mas pode ser percebida ao compreender-se a estrutura lógica de determinado sistema jurídico em particular, como é o caso do sistema jurídico inglês de tradição *common law*.

A doutrina e o regramento pátrio têm, progressivamente, utilizado o termo precedentes para identificar também decisões judiciais com outros formatos, incluindo neste conjunto as decisões interpretativas de cortes superiores.

Com o advento do CPC/2015, visando a necessidade de uniformização da jurisprudência, assim como a manutenção de sua estabilidade e coerência⁴¹, ampliou-se mais ainda o uso deste termo. Mas é imperativo que o conceito de precedente, como regra, permaneça associado à dependência de aplicação da norma legislada a um fato concreto, o que poderá vir a ampliar ou restringir o

⁴⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2014, p.155.

⁴¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

entendimento daquela norma à luz desta aplicação feita. Também por este motivo, a fim de preservar sua carga interpretativa, o precedente não pode se dissociar da norma que lhe deu origem, já que passa a ser um dos aspectos componentes da interpretação daquela norma.

É ainda importante que a decisão judicial, tomada por maioria da Corte, enfrente os principais argumentos relacionados àquela questão de Direito posta na moldura de um caso concreto.

Não se trata do Judiciário criar uma nova norma abstrata, pois isto não interessaria ao Direito. Antes, trata-se de delinear contornos da norma geral preexistente, permitindo que se perceba suas reais dimensões, compreenda-se sua amplitude, e torne-se previsível o comportamento desta norma ante uma das situações concretas sobre a qual ela possa vir a incidir também em casos futuros⁴².

O precedente contém o entendimento de determinada Corte sobre o comportamento de uma, ou mais de uma norma legislada ao incidir sobre determinada situação em concreto. E, apenas quando visto sob este prisma, ele nasce como uma regra em um caso concreto, podendo vir a tornar-se, ou não, o *leading case* de uma série de casos análogos.⁴³

3.1.1 Precedentes judiciais que vinculam por determinação legal.

Mas o art. 927 do CPC/2015⁴⁴, ao determinar que os juízes e tribunais “observarão” certas decisões anteriores das cortes, com características específicas, termina por criar, em lei, a obrigatoriedade de que sejam respeitados tipos singulares de precedentes judiciais, em muito distintos daquele tipo inicialmente descrito nos

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

⁴³ TUCCI, José Rogério C. **Hierarquia Judiciária e Eficiência do Precedente Judicial**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial>. Acesso em 16/10/2016.

⁴⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

capítulos anteriores neste trabalho, quando se tratou da tradição *common law*, onde eram características a espontaneidade e surgimento a partir da reiteração de julgados conflitantes.

Os precedentes judiciais tratados naquele artigo do CPC/2015 são precedentes que encontram sua força vinculante na determinação legal, na lei legislada. Embora lhes seja igualmente desejável uma motivação adequada, com enfrentamento de todos os argumentos pertinentes; a sua força, enquanto precedente judicial, não vem apenas da qualidade do seu conteúdo, mas da determinação normativa feita pelo legislador.

Vê-se, por exemplo, o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), um elemento novo no ordenamento pátrio, trazido pelo CPC/2015, no qual a decisão de uma questão de Direito já nasce, por determinação legal, com características de precedente judicial vinculante, a obrigar decisões posteriores daquela corte e dos estratos *a quo*.

Note-se que, neste caso específico do IRDR⁴⁵, é necessário que a incidência da repetição esteja efetivamente ocorrendo, no primeiro ou segundo grau ou em ambos os graus de jurisdição, mas, em teoria, é bastante que hajam questões repetitivas já decididas em primeira instância, e que apenas uma delas haja chegado à corte recursal, e esteja a esperar uma primeira decisão colegiada⁴⁶. Sequer é prevista a necessidade de que exista alguma decisão anterior do tribunal em desacordo, ou interpretações conflitantes da norma para que surja este precedente, já com força vinculante para o julgamento dos casos repetitivos, tanto concomitantes como subsequentes.

Outro exemplo que destoa do sentido inicial atribuído ao termo precedentes, são as decisões do STF formadas em julgamentos de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, ou ainda em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF). Tais decisões dizem respeito a matérias de Direito, abordando tão somente questões de Direito ou teses jurídicas⁴⁷, ainda que possam ter tido origem no curso de casos concretos. Enquanto precedentes interpretativos, estas decisões não

⁴⁵ Art. 976 a 987, CPC/2015.

⁴⁶ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): Análise Comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 745.

⁴⁷ Recurso Extraordinário com rol taxativo de cabimento no art. 102, III e alíneas a, b, c e d, CF/88 e Recurso Especial com rol taxativo de cabimento no art. 105, III, alíneas a, b e c, CF/88).

visam o estudo direto e específico dos fatos que levaram àquele julgamento, prezando pela universalidade da interpretação dos institutos arguidos como fundamento, e não as razões relacionadas aos fatos envolvidos. Neste sentido, estas decisões podem, ou não, conter em si precedentes, o que não se confunde com seu efeito vinculante, com a obrigatoriedade de respeito, em casos futuros, ao conteúdo destas decisões.

Em tese, todas as decisões emanadas do Judiciário, têm potencial para carrear em seus fundamentos um ou mais precedentes. Alguns de maneira espontânea, outros por determinação legal. Mas, no sistema jurídico brasileiro, o alcance eficaz daqueles precedentes não vinculantes por determinação específica na lei somente poderá ser inferido aos poucos, à medida que surjam decisões subsequentes que utilizem-se daquele mesmo fundamento determinante forte, construído com base em boa argumentação. Já os precedentes que têm determinada sua vinculação por via legal, estes têm já sua força e amplitude legalmente determinados, previamente ao seu surgimento.

3.1.2 Jurisprudência dominante reduzida a ementas de súmulas.

No Direito brasileiro, ao menos até o momento da entrada em vigor do CPC/2015, quando uma determinada interpretação da norma é reiterada em um mesmo sentido por um tribunal, correspondendo, portanto, a sua jurisprudência dominante naquela questão, pode ter origem a edição de uma súmula. O enunciado desta súmula representa um texto que cristaliza uma outra norma geral, diversa da norma legislada. O enunciado resume o resultado de interpretações sucessivas da norma, mas não traz em si as circunstâncias dos casos concretos tomados como base na sucessão de decisões que culminaram naquela súmula⁴⁸.

Ou seja, ao interpretar-se uma norma geral, cria-se outra norma que, dado seu grau de generalidade, precisa de nova interpretação para ser aplicada. Neste sentido, um

⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador; Ed.Jus Podium, 10ª ed., 2015, v.2., p. 487.

retrabalho, com perda de grande parte do entendimento adquirido naqueles julgamentos já reiterados.

Enquanto viu-se que o precedente nasce da solução de um caso passado, não se permitindo dissociar das circunstâncias do caso no qual teve origem; a súmula, através de seu enunciado, nasce já com o objetivo de ser aplicada em casos futuros, mas dissociando-se dos casos que lhe deram origem, para tornar-se uma nova norma geral⁴⁹.

O novel código pretende por fim a esta dissociação entre a interpretação alcançada e as circunstâncias fáticas que levaram àquela conclusão, e traz, como exigência, em seu art. 926, §2º, que: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”.

A utilização da transcrição dos enunciados das súmulas, como se lei fossem⁵⁰, simulando um argumento da tese jurídica ou a motivação de decisões judiciais é uma prática comum no Brasil, reduzindo tanto a qualidade do Direito sendo aplicado como seus resultados e, por este motivo, necessitando correção, qual pretende o CPC/2015.

O supracitado artigo 926 mostra a intenção do legislador de que se passe, progressivamente, a trabalhar com uma fração mais representativa dos precedentes judiciais, que contenha elementos suficientes para permitir que seja feita a distinção dos casos aos quais pode ser aplicada aquela faceta da interpretação da norma (*distinguishing*).

Didier⁵¹ descreve que o Direito Judicial, quando é chamado a resolver casos concretos, é induzido a produzir norma jurídica individualizada, a partir do Direito Legislado. E por ser produzida a partir do caso concreto, seria contrassenso que esta norma se utilizasse de termos vagos, abstratos, gerais, de forma semelhante ao que ocorre no Direito Legislado. Aquele autor cita, como exemplo, a súmula

⁴⁹ SOARES, Marcos José Porto. **A Ratio Decidendi dos Precedentes Judiciais**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.85, jan/mar, 2014, p. 63-64.

⁵⁰ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 397.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Editorial 49**. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial/editorial-49>. Último acesso em 03/10/2016.

vinculante nº11, de baixa qualidade técnica em sua construção⁵², com enunciado extenso e termos de acepção vaga, a impedir que ocorra sua aplicação sem que seja antes feita uma nova interpretação do enunciado.

Não é função típica do Judiciário a produção de textos normativos, de postulados abstratos, daí o maior sentido na construção de precedentes enquanto decisões tomadas no curso de casos concretos, onde possam ser analisados a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, no momento da comparação do caso novo com o paradigma. E isto é diferente do que comumente ocorre com súmulas jurisprudenciais, precedentes interpretativos que, mesmo sem pretensão de terem o mesmo peso de normas legisladas, podem distanciar-se de seu objetivo e vir a tornar-se tão genéricas quanto as leis das quais derivaram.

Em conformidade com a teoria cognitivista da interpretação, Mitidiero⁵³ aduz ser pressuposta a existência de um significado normativo unívoco incorporado ao texto legislativo, sendo função da jurisdição apenas declarar este significado, não implicando a interpretação realizada pelo magistrado em uma reconstrução do sentido da norma.

A atuação do juiz na decisão judicial, ou mais propriamente, na apresentação das razões que a justificam, não deveria ter nenhum impacto na ordem jurídica, restringindo-se a revelar a particularização de uma norma abstrata quando aplicada a uma situação concreta. Qualquer atuação do magistrado diversa desta representaria clara invasão de competência do Poder Legislativo. Aquele autor afirma que não seria nem mesmo uma verdadeira decisão, na acepção própria da palavra (decidir, escolher).

Seguindo este raciocínio, as decisões das cortes ao interpretar a norma no caso concreto, permitindo que surjam precedentes, não ultrapassa o sentido de um ato lógico-dedutivo, devendo ser atribuída maior relevância ao papel da corte na fundamentação da causa e emissão de um juízo que busque unificar decisões em

⁵² “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

⁵³ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. In: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 91.

questões fático-jurídicas semelhantes, sentido este bem distinto daquele de criar normas abstratas.

3.2 TRABALHAR COM A DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E O FUNDAMENTO DETERMINANTE (RATIO DECIDENDI) – UMA MUDANÇA DE MÉTODO NECESSÁRIA.

O precedente judicial tem função de regular decisões futuras, preservando a isonomia nas decisões do Poder Judiciário, ao permitir que sejam julgados casos semelhantes de forma semelhante. Dentro do contexto fático, através da identificação da *ratio* que une o julgado precedente ao caso novo *sub judice*, é possível decidir-se pela subordinação ou não do caso novo à decisão precedente⁵⁴. Esse procedimento de verificação da semelhança necessária entre os casos é conhecido como *distinguishing*.

Parte-se da definição da tese que se pretende defender e verifica-se a existência de uma decisão anterior no mesmo sentido daquela tese. Procura-se, então, relacionar o caso atual com o caso paradigma, realizando entre eles um comparativo crítico, tecendo um juízo de semelhança a unir, por analogia assim construída, o caso concreto a ser julgado e o precedente já estabelecido em decisão anterior.⁵⁵ Trata-se da comparação do caso concreto já julgado com caso concreto a julgar.

Tal procura por especificidade material, buscando por similaridades e diferenças entre os casos em comparação, passa pelo crivo da aplicação de princípios e valores do Direito e da noção de justiça naquela sociedade. Esta é uma parte da aplicação do precedente que vai além da mera subsunção, e este passo não pode deixar de ser registrado pelo operador do Direito na parte da fundamentação de sua decisão.

Trata-se não somente de explicar a razão daquele paradigma ter sido escolhido, mas também o porquê de outros semelhantes, com decisões diferentes, não

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 285.

caberem, igualmente, naquela analogia construída. Confronta-se os fatos motivadores da decisão no caso que gerou os precedentes, com aqueles fatos no caso atual, verificando se existem semelhanças suficientes para que seja aplicada a mesma regra⁵⁶.

Independentemente do precedente selecionado ter efeito persuasivo ou efeito vinculante, ele precisará ser, efetivamente, comparado ao caso concreto. Este raciocínio deve ser trazido aos autos, tanto pelo julgador, na fundamentação de sua decisão, como pelas partes, na construção da tese jurídica, para contradição; demonstrando-se a lógica através da qual foi construída a conexão feita entre os núcleos dos problemas em ambos os casos.

Assim, percebe-se que tudo começa pela busca da *ratio decidendi*, identificando, no caso precedente, o cerne, o fundamento relevante àquela tese que se pretende defender no caso atual; a regra de Direito anteriormente ditada pelo Judiciário em outro caso, como justificativa, como resposta a uma questão de Direito, semelhante àquela agora invocada⁵⁷.

Em seguida, realiza-se o “*distinguishing*”, demonstrando a presença desta *ratio* também no caso em análise. Localiza-se as semelhanças e dessemelhanças entre o caso paradigma e o caso *sub judice*, em uma construção lógica que buscará demonstrar a possibilidade de aplicação da mesma solução que foi definida no caso precedente.

No ato de emitir sua decisão baseada em julgamento anterior, o magistrado vai deixar expostos os fatos e a questão contidos no caso concreto atual, assim como o raciocínio que leva à possibilidade de aplicação daquela *ratio decidendi* (fatos e Direito pertinentes) contida no caso paradigma. Esta comparação permitirá ao magistrado concluir pela efetiva semelhança entre os casos cotejados, condição para a aplicação do caso precedente ao caso *sub judice*⁵⁸.

Neste diapasão, a *ratio decidendi*, princípio legal que se pretende utilizar como paradigma e que vinculará casos que contenham questões semelhantes de Direito,

⁵⁶ LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

⁵⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 125.

⁵⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **O Direito à Distinção no Sistema Processual Civil Brasileiro: Perspectivas à Luz do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.89, jan/mar, 2015, p. 111.

precisa ser separada das *obiter dicta* – parcelas de juízo normativo acessório, informações, comentários registrados no curso do julgamento ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial decisão, não pertencendo, portanto, ao seu cerne⁵⁹.

Não é demasiado repetir, tal como o fez detalhadamente o CPC/2015⁶⁰, que é negada ao magistrado a possibilidade de, neste momento, deixar de especificar plenamente as razões e o processo argumentativo que o conduziram a esta ou aquela decisão, desta forma justificando e fundamentando sua decisão no processo, sob pena de nulidade⁶¹.

O processo transparente, assim criado, permite que se questione até mesmo se o caso em tela é realmente subsumível àquele precedente com que se estabeleceram analogias e contra-analogias⁶², pois o procedimento pode ter acontecido dentro da formalidade requerida de argumentação, mas ter-se iniciado com a escolha errada do precedente.

Ou seja, há que se atentar para a possibilidade de um *distinguishing* malfeito, defeituoso, em desacordo com os casos comparados, dando uma aura de aparente correção àquela nova decisão, prolatada com base em um precedente, mas um precedente não aplicável ao caso *sub judice*. Este *error in judicando* representa uma barreira à solução adequada do caso, afastando a aplicação da justiça.

Além de caber ponderação sobre a possibilidade de decisões injustas, baseadas em uma sentença paradigma mal escolhida, cabe também o alerta sobre o subsequente efeito barreira de um *distinguishing* mal feito, a impedir a “subida”, em sede de recurso, daqueles processos que sejam considerados dissonantes de um determinado precedente judicial com efeito vinculante.

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador; Ed.Jus Podium, 10ª ed., 2015, v.2, p.444.

⁶⁰ Art. 489, §§ 1º a 3º.

⁶¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **O Direito à Distinção no Sistema Processual Civil Brasileiro: Perspectivas à Luz do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.89, jan/mar, 2015, p.114.

⁶² NUNES, Dierle e HORTA, André Frederico. Aplicação de Precedentes e Distinguishing o CPC/2015: Uma Breve Introdução. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 301.

Tal erro representaria, para o judisdicionado, um obstáculo de transposição nada fácil e bastante custosa. Daí a importância, neste ponto, de repisar a importância do uso correto do procedimento necessário a ser seguido ao lançar-se mão de um precedente judicial.

Ainda um outro aspecto a se atentar, agora em julgamentos colegiados, é que pode ser prolatada uma decisão favorável ou desfavorável da Corte, contendo variados fundamentos levantados pelos magistrados, mas, tendo em comum, na maioria dos votos, apenas a decisão pelo provimento ou não provimento de determinado recurso, por exemplo. Ou seja, eles haveriam concordado quanto à decisão, mas não haveria concordância quanto aos fundamentos que a embasaram, não havendo, por este motivo, formação de um precedente judicial.

Neste sentido, é de perceber-se que nem todos os itens indicados como fundamentos das decisões têm relevância como precedentes. Pela mesma razão, outros temas, externos à parte dos fundamentos da decisão, mas submetidos a confronto e argumentação suficientes e tomados por entendimento correto pela maioria dos julgadores da corte, podem vir a ter relevância posterior como matéria já enfrentada naquele tribunal ou por aquele juiz, servindo, desta forma, como precedente judicial⁶³.

3.3 STARE DECISIS, EFICÁCIA VINCULANTE E ESTABILIDADE DO DIREITO.

Stare decisis et non quieta movere: mantenha-se o que já foi decidido e não se altere o que já foi estabelecido.

Determina que uma corte deve decidir questões da mesma forma que outras questões semelhantes foram anteriormente decididas. Em sua concepção moderna, esta teoria remonta do Direito inglês nonocentista e trata de uma forma de restrição por via de precedente. Trata-se de uma ferramenta que veio reforçar a garantia de uniformidade das decisões; não a uniformidade em um espaço, em uma corte, ou uma estrutura de cortes, mas a uniformidade em um lapso temporal. Neste sentido,

⁶³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código Civil e a Sistematização em Rede dos Precedentes Judiciais. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p.155.

engloba tanto o respeito vertical como horizontal aos precedentes. Complementa a associação do Judiciário com os valores de confiança, previsibilidade e eficiência decisória⁶⁴. A decisão prévia é valorada tanto em função de sua origem, em uma corte com superioridade hierárquica, como também por sua anterioridade⁶⁵.

Esta teoria representa, evolutivamente, um passo definitivo na estabilização do respeito ao sistema de precedentes e à proteção da expectativa dos jurisdicionados, podendo ser considerada, hodiernamente, como um limite de grande valia para o balizamento de decisões judiciais naqueles sistemas jurídicos que se utilizam dos precedentes como fonte do Direito.

Deve-se frisar que o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, sendo antes tão somente um elemento do moderno *common law*.⁶⁶

Mitidiero⁶⁷ descreve o Stare Decisis como inerente aos modelos jurídicos baseados em cortes de vértice e dispõe que o rechaço ou ignorância das razões invocadas por aquelas cortes, em decisão similar, constitui violação da ordem jurídica, já que, neste contexto, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado da interpretação que foi dada ao texto legal por aquela corte. O autor conclui que a regra do Stare Decisis é imprescindível para o adequado funcionamento do Direito e de todo o sistema encarregado de distribuir justiça.

Partindo-se do pressuposto de que, na tradição de *common law*, os precedentes apenas estão garantidos por vincularem os órgãos judiciais; ao fazer-se um comparativo, ainda que superficial, percebe-se que a eficácia vinculante, em seu objetivo de tornar obrigatórios alguns tipos de precedentes no Direito brasileiro, acaba por ter função semelhante àquela atribuída à figura do *Stare Decisis* no *common law*⁶⁸, ou seja, nesse sentido, trata-se também de uma ferramenta, um reforço para manter coesa a jurisprudência dentro do Poder Judiciário.

⁶⁴ SCHAUER, Frederick. Precedente. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 82.

⁶⁵ ODAHARA, Bruno Periolo. Um Rápido Olhar Sobre o Stare Decisis. *In.*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes**. 1ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2010, p. 53-57.

⁶⁶ SOARES, Marcos José Porto. **A Ratio Decidendi dos Precedentes Judiciais**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.85, jan/mar, 2014, p.44.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In.*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 109.

⁶⁸ **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 225.

Não há, no Brasil, uma cultura de respeito aos precedentes, respeitando-se apenas a lei escrita e abstrata, destacada a maior estabilidade dos cânones, respeito este cultivado desde o ensino nas academias até sua aplicação no Judiciário.

Mas é corriqueiro ter-se, em uma lide, referências feitas tanto pelo autor como pelo réu, em suas peças processuais, citando precedentes, por vezes até mesmo originários de uma mesma corte, embora contendo, cada um deles, argumentos sobre o mesmo tema, favoráveis a cada uma das teses opostas, de acusação e de defesa. Esta abundância de precedentes, contendo teses contrárias coexistindo dentro de um mesmo Tribunal, compromete o valor e a força deste instrumento⁶⁹.

No decorrer da história do Direito pátrio contemporâneo, tem-se observado a implementação, pelo Legislativo, de medidas isoladas, buscando, de maneira assistemática, prestigiar a função uniformizadora de jurisprudência das cortes, a exemplo da regulamentação do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial (art. 541, §único, CPC/73), ou da possibilidade de julgamento monocrático quando a matéria já tenha constituído jurisprudência dominante ou já tenha sido sumulada (art. 557 e art. 120, §único do CPC/73) ou ainda a instituição das súmulas vinculantes (EC n°45/04). Estas, dentre outras tantas mudanças legislativas na história recente, mostram tentativas de corrigir, através da lei, os efeitos de uma cultura de desrespeito a decisões precedentes das cortes⁷⁰.

A posição estratificada das instâncias desde o juiz das varas até os tribunais superiores, conforme desenhado pela CF/88, confere a estes tribunais a última palavra com relação ao sentido das leis e sua interpretação no caso concreto, o que não se confunde com uma mera função de revisão. Por consequência, não haveria lógica em dar a última palavra em um caso se, em casos similares futuros, necessitasse novamente e outra vez posicionar-se no mesmo sentido e contra os mesmos argumentos já enfrentados anteriormente. Além de contrário ao princípio da economia processual, não se faria jus à posição de vértice ocupada por estes tribunais⁷¹.

⁶⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 237.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 227-36.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Del tribunal que declara "el sentido exacto de la ley" Al Tribunal Que Sienta Precedentes. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 223.

Nesse contexto, o CPC/2015 representa uma mudança, agora sistemática, que pretende trabalhar institucionalmente, com apoio da doutrina, no sentido da correção destas distorções. Pela profundidade do problema, que inclui raízes culturais, não é de se esperar que seja uma mudança de rápida efetivação, nem que seja esta uma medida única a dar solução ao quadro verificado.

3.4 SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE (*OVERRULING*)

Mas segurança jurídica não significa imutabilidade, antes um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo.⁷²

Percebendo-se que o engessamento da interpretação da norma jurídica pode ser tão deletério ao Direito quanto a dissonância jurisprudencial, deve ser dada igual atenção a contramedidas que possam vir a trazer equilíbrio e ajudar a encontrar um meio-termo lógico entre estes extremos.

O *overruling* é a superação do precedente, constituindo um poder dado apenas aos órgãos que receberam a incumbência, em lei, para sua formulação; e ocorre mediante um encargo argumentativo a demonstrar o desgaste do precedente com respeito à sua congruência social e/ou à consistência sistêmica⁷³.

É amplamente conhecido o dizer atribuído ao Marquês de Condorcet, que afirma ser o Direito o último vagão no comboio das transformações sociais, referindo-se à lenta evolução do Direito legislado. Assim, a interpretação da lei conforme a realidade social e a evolução das teses jurídicas permite maior agilidade para acompanhar as mudanças nos paradigmas sociais, sendo esta uma das justificativas para considerar-se saudável a possibilidade de superação destas teses e de alteração no posicionamento dos tribunais⁷⁴.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. **Segurança Jurídica entre Ouriços e Raposas**. Disponível em: <www.cartataforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727> Último acesso em 10/10/2016.

⁷³ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 115.

⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Regime do Precedente Judicial no Novo CPC. *In*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril

Outra indicação da superação de precedentes que merece ser destacada é a situação em que surgem novas normas a provocar incongruência sistêmica, desarmonizando o ordenamento jurídico em relação àquela conformação que permitiu a formação de determinado precedente⁷⁵. É necessário que sejam feitas modificações do precedente para ajustá-lo ao novo ambiente normativo do sistema jurídico ou que seja ele retirado do sistema.

Deve sempre existir a possibilidade de superar-se um precedente, quando indicado; seja esta superação para reduzir-lhe ou para ampliar-lhe a amplitude de cabimento, ou mesmo para mudar-lhe o sentido. Mas, frise-se, apenas em situações específicas e determinadas, e não quando, simplesmente, se julgar conveniente. Conquanto seja vital que haja portas, cumpre que não se deixe portas abertas, de fácil passagem.

Em que pese o lado positivo das decisões estáveis, é tênue a linha que separa a estabilidade desejada da justa necessidade de superação de um precedente.⁷⁶

Deve-se partir na busca de um equilíbrio ideal, onde o conteúdo veiculado no entendimento sobre um mesmo assunto, tornado consenso, não seja tão fluido, nem estabelecido de maneira falha que não o permita sustentar-se nas situações concretas ainda por julgar, mas também, que não seja pétreo e praticamente imutável para o bem da justiça buscada.

3.5 AMPLIAÇÃO PROGRESSIVA NA ABRANGÊNCIA DA REDE DE PRECEDENTES JUDICIAIS.

Vale notar que, ao surgir um caso novo no qual possa ser aplicado o precedente, mas que também exija do juiz enfrentar, no mesmo caso, questões que ainda não

(coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 448.

⁷⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.237 *passim*.

⁷⁶ PEIXOTO, Ravi. Aspectos Materiais e Processuais da Superação de Precedentes no Direito Brasileiro. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 197-199.

foram tratadas no paradigma, podemos estar diante de uma situação em que seja necessário o *overruling*, ou a superação daquele precedente, pelo aparecimento de novas circunstâncias.⁷⁷

Esta superação do precedente possibilitando a discussão de questões relacionadas ao mesmo Direito, mas em linhas colaterais ou, por vezes, divergentes daquela resolvida no precedente originário, resulta no crescimento da rede do Direito, enriquecendo-o. Tal desenvolvimento comprova que o precedente não é responsável por “engessamento” do Direito, mas apenas traz para ele estabilidade em grau suficiente, de forma a permitir seu crescimento em complexidade, cobrindo um número mais abrangente de situações.

3.6 UM SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.

Observou-se, em tópicos anteriores, que, no *common law*, o surgimento dos precedentes ocorre de maneira natural, enquanto no sistema jurídico brasileiro, de tradição *civil law*, em vista de seu uso já frequente na prática diária e das dissonâncias observadas na aplicação do Direito, foi feita a escolha política de regulamentar-se, ao menos para alguns tipos específicos de precedentes, desde sua formação até sua aplicação, enquanto para outros, apenas determinou-se o fomento de sua organização e também deu-se o comando para que fossem respeitados.

3.6.1 Precedentes judiciais sem um sistema.

Não há lugar para urgência em tecer críticas contrárias a esta regulamentação proposta pelo novo diploma legal. Ao ler-se alguns dos textos que criticam o tratamento dado aos precedentes judiciais pelo CPC/2015, pode-se ter a falsa impressão de tratar-se de um elemento estranho ao Direito pátrio, ou a impressão de que o novo código pretende abolir o uso da legislação e substituí-la pelos precedentes como uma norma legislada pelo Judiciário.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pg.103.

Bustamante⁷⁸ aduz ser ingênuo declarar que os juízes do *civil law* não pautem suas decisões em precedentes. É evidente o amplo uso deste instituto nas argumentações de sentenças, fundamentando-as e justificando-as, ao restringir ou estender a aplicação da norma legislada, uma vez que, apenas muito raramente, o operador do Direito depara-se com casos que necessitem tão somente de subsunção do fato à lei. Assim é que, no exercício diário do mister de julgar, esta fonte do Direito encontra ampla utilização, apenas não sendo disciplinado ou organizado o seu uso até o momento.

No sistema jurídico brasileiro, de tradição *civil law*, a despeito do amplo uso dos precedentes, verifica-se a carência de uma ação coordenada. Não existe ainda um núcleo de comando, um sistema a organizar um conjunto de precedentes selecionados por sua força e qualidade, determinando aqueles que contêm ideias substanciais e representatividade suficiente para merecer figurar neste sistema.

Portanto, na prática, o precedente existe no sistema jurídico brasileiro e é utilizado diariamente pelos operadores do Direito. Renegar sua quase onipresença nas peças processuais produzidas e desmerecer a necessidade da criação de um sistema organizado é, na verdade, fechar os olhos à realidade e preferir que tal instrumento exista à margem do sistema, sem uma normatização e sem o controle efetivo do Poder Judiciário.

3.6.2 Formação de um sistema e características.

Estabeleceu o CPC/2015 o dever dos tribunais de fixar sua jurisprudência pacífica ou dominante⁷⁹ e, no universo deste acervo, percebe-se a intenção de que seja dada especial atenção e tratamento àqueles casos em que se observe relevância e impacto significativos para o sistema⁸⁰.

Não se imagina a criação de um sistema de precedentes ao toque de uma norma legislada. Apenas como referência, viu-se que a formação do sistema de

⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 288.

⁷⁹ Art.926, § 4º, CPC/2015.

⁸⁰ Art.1029, § 4º, CPC/2015.

precedentes do *common law*, na Inglaterra, ocorreu lenta e progressivamente e, ao menos a princípio sequer havia a intenção de formar uma coletânea de consulta para aplicação do Direito⁸¹.

No Direito brasileiro, atualmente, observa-se a prática de tomar-se por sistema de precedentes o conjunto das ementas de decisões isoladas, monocráticas ou de colegiado, em qualquer das instâncias, e citá-las, como argumento jurídico de destaque na construção de teses. Tornou-se praxe, viciosamente, que apenas uma parte da decisão judicial, a ementa, possa ser tomada pelo todo, sem restrições, sem sua fundamentação, sem conter os argumentos que levaram àquela conclusão, considerando-se suficiente tão somente citá-la em favor da tese defendida.

Este padrão adotado desvirtua o uso dos precedentes, tornando comum e educando para uma prática que, de tão amplamente utilizada, sequer se percebe como desvirtuada.

É comum, na prática processual hodierna, desconsiderar-se a necessidade da prova de associação dos casos *sub judice* com as decisões precedentes citadas⁸², e, ainda mais importante, falta o estabelecimento de metodologia para esta abordagem hermenêutica na aplicação do Direito.

E, mesmo com o advento do CPC/2015, ainda não é ensinado nas academias a argumentar utilizando-se um sistema de precedentes. Talvez o fato de ainda não existir efetivamente este sistema previsto, reforce a ideia de ser prescindível tal aprendizado, mas, implementado o quanto propõe o CPC/2015, espera-se que se torne necessário este conhecimento diferenciado da argumentação jurídica. E, para que vigore esta prática e estabeleça-se como rotina, é vital que nasça nas academias o ensino e estímulo ao manejo desta metodologia.

⁸¹ “Ao longo deste período, criou-se o hábito de se reunirem as decisões prolatadas pelos juízes e pelos reinos, casos conflituosos que lhes eram submetidos. Passou-se a organizar os statute books, os quais, mais tarde substituídos pelos Year Books e pelos Law Reports, serviriam de instrumento de consulta aos que operavam o Direito. Vale observar que, nos idos do século XVI, a catalogação dos julgados nos Year Books não pretendia servir de repertório principal de consulta aos magistrados, mas sim mostrar-se útil aos advogados e estudantes de Direito, mediante os quais poderiam colher lições dos litígios”. LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96-97.

⁸² Faz exceção a esta prática os casos de RE e RESP nos quais se obriga relacionar e comparar o precedente à decisão combatida, mas, mesmo nestas situações específicas, vigora a prática de comparar apenas com as ementas das decisões, e nunca o caso precedente.

Verifica-se, também, nos veículos oficiais, a falta de organização, de praticidade e, em alguns casos, a indisponibilidade dos meios para a pesquisa dos precedentes. Implantado este sistema, será importante a sua qualidade, dependente não apenas da sua organização, mas, também, de seu conteúdo.

A partir do entendimento da utilidade e importância dos precedentes, é de se notar que não basta agrupar um conjunto de decisões para que este conjunto adquira o caráter de sistema de precedentes, muito menos que exerça todo o espectro de vantagens deles esperado.⁸³ Há que se qualificar quais os precedentes que se pretende como partes deste sistema.

Já foi tratado em tópicos anteriores sobre ser a força do precedente tanto maior quanto mais amadurecida e ampla a discussão do tema em tela. Assim, dada a finalidade pretendida com a coleção destes referenciais, impende que seja feita uma triagem, que sejam selecionadas e sinalizadas pelas cortes *ad quem*, por ordem de importância, aquelas decisões judiciais com temas mais relevantes, aquelas decisões nas quais se perceber maior dissonância jurisprudencial; e que se promova seu julgamento com todo o rigor de fundamentação já determinado em lei, esgotando à exaustão o enfrentamento dos argumentos encontrados. Tais precedentes deteriam maior força, seriam dotados de melhor condição de longevidade, sendo, também por este motivo, mais úteis em seu propósito de estabilizar a jurisprudência.

Ademais, enquanto um sistema, cumpre também que seja organizado, permitindo não só acessibilidade, mas, principalmente, confiabilidade. Ao buscar-se um precedente no sistema criado, há que se confiar que o precedente encontrado ainda não tenha sido superado em decisão daquela corte, de cortes superiores ou mesmo por legislação superveniente. Daí a necessidade de integração das fontes que alimentarão o sistema.

Um sistema assim criado seria pouco útil se não fosse publicizado. Assim, para maior eficácia social de um sistema de precedentes, necessário que seja de conhecimento, não apenas dos operadores do Direito, mas, também, dos jurisdicionados, de forma a orientar seu comportamento, suas decisões, mesmo antes de chegarem as lides ao Judiciário. Desta forma, cumprir-se-ia, através deste

⁸³ LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 447.

instrumento, ainda outro papel do Direito, tal seja, orientar o comportamento da sociedade de onde emana.

O novel código interveio nesse sentido, determinando que seja dada publicidade pelos tribunais aos seus precedentes, “organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.⁸⁴

O CPC/2015 representou o passo inicial da construção deste sistema, com a reafirmação da necessidade de utilização mais ampla dos precedentes judiciais. Desnecessárias seriam outras inovações legais, *strictu sensu*, determinando o desenvolvimento de tal sistema, podendo o mesmo, uma vez autorizado no CPC/2015, ser fruto tão somente de normas internas do Judiciário, criando-o e conformando-o às necessidades atuais do Direito pátrio.⁸⁵

No art. 926 do CPC/2015⁸⁶, o legislador já deixou desenhados, em linhas gerais, a estrutura e o modo como deveria ocorrer a construção deste pretendido sistema de precedentes, delegando aos tribunais a sua instrumentalização.

A resolução n° 235 do CNJ⁸⁷, de 13/07/2016, já trabalhando no sentido de instrumentalizar o quanto determinado no novel código, dispõe sobre atos a serem levados a efeito pelos tribunais⁸⁸, visando a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, previstos no CPC/2015. Representa um passo importante para a administração dos precedentes, ao menos para aqueles com vinculação explicitamente determinada em lei, embora ainda não seja um passo em relação aos demais precedentes produzidos nos tribunais, que representam a sua maioria.

A resolução supracitada cria um banco nacional de dados a ser continuamente alimentado pelos tribunais, de modo a disponibilizar as informações relacionadas para toda a comunidade jurídica. Determina a criação do NUGEP (Núcleo de

⁸⁴ Art. 927, §5º, CPC/2015.

⁸⁵ LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 451.

⁸⁶ **Art. 926**. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁸⁷ **Resolução nº 235/CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Último acesso em 31/10/2016.

⁸⁸ STJ, TST, TSE, STM, os TJ dos estados e do DF, os TRF e os TRT.

Gerenciamento de Precedentes) nos tribunais; uma unidade permanente de gestão que será vinculada diretamente à presidência ou vice-presidência de cada uma das cortes, com competências necessárias à administração dos bancos de dados locais. E estes bancos locais serão submetidos à gestão central do NUGEP/CNJ, que exercerá a gestão do sistema como um todo, assim como dará a ampla divulgação de que trata o art. 979 do CPC/2015.

Mas, mesmo que sejam igualmente ativos e operantes os tribunais na persecução deste objetivo de construir a parte que lhe cabe de um sistema de precedentes, ainda assim teremos diferenças de construção entre os repertórios próprios de cada tribunal. A ideia é que estas diferenças tendam a ser desfeitas, paulatina e progressivamente, pelos tribunais superiores. Assim, o CPC/2015 propõe confiar a cada tribunal a construção de uma parte do sistema, ao mesmo tempo que se mantém um controle central dos resultados.

Percebe-se uma resposta inicial ao esforço empreendido pelo legislador para que o Judiciário fale uma linguagem mais homogênea. Nota-se a intenção de corrigir a relevante dissonância jurisprudencial perceptível pela sociedade, melhorando, com a utilização deste instrumento, a qualidade da justiça alcançada com a aplicação do Direito.

Neste sentido, as linhas traçadas pelo CPC/2015 são apenas o ponto de partida, um projeto lançado, ainda carente da instrumentalização que apenas inicia a ser desenvolvida, passível de várias interferências e ajustes. No entanto, é certo o direcionamento pretendido, que pode ser verificado nas medidas já em curso para sua implementação.

3.7 PRECEDENTES JUDICIAIS E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.

Motivar uma decisão judicial vai além de fundamentar, vai além de indicar os fundamentos, as razões que permitam entender como adequada aquela decisão. Não basta repetir o texto da lei ou a ementa de julgado anterior, sem justificar o porquê da escolha.

Motivar abrange ainda deixar claro que, além de uma boa decisão, além de uma decisão adequada ao caso, aquela é a melhor decisão dentre tantas outras que poderiam ter sido tomadas diante dos elementos fáticos e jurídicos, colocados à disposição para exame⁸⁹.

Os poderes criativos dos magistrados são intersticiais, abrangendo apenas aqueles espaços permitidos pela norma, e são sujeitos a muitas restrições substantivas⁹⁰, devendo sempre ser possível verificar a motivação de todos e cada um dos seus atos.

Cumpra que seja deixado inequívoco, nos autos, o desenho das pegadas através do caminho lógico percorrido pelo magistrado até que fosse alcançada aquela decisão proferida. A obrigação do magistrado de motivar as decisões judiciais mostra-se, antes de tudo como uma garantia fundamental.

3.7.1 A motivação em seus papéis de controle endoprocessual e extraprocessual das decisões judiciais.

Perdendo a sociedade a percepção de coerência das decisões judiciais, do Direito sendo aplicado, tem-se como resultado a perda da força normativa do Direito, abrindo espaços para que outros sistemas os ocupem, de modo oportunista, corrompendo o código jurídico e fortalecendo-se contra os interesses da sociedade⁹¹.

As decisões precisam ser embasadas, e deve-se demonstrá-las congruentes com o Direito legislado e com os fatos dispostos⁹²; desta forma, também prestando contas e permitindo à sociedade o controle do exercício do poder jurisdicional.

⁸⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 1ª ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 30.

⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito do Direito**. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, p.352.

⁹¹ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.331.

⁹² Art. 93, IX, CF/88, mais detalhadamente no art. 489, CPC/2015.

Além de ser uma garantia ínsita ao devido processo legal, ao contraditório, e extremamente relevante para a promoção da segurança jurídica, a motivação das decisões judiciais é um pressuposto do Estado de Direito⁹³.

Percebe-se, assim, as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação⁹⁴, senão, veja-se. Dentro do processo, como uma garantia individual do controle da sentença pelo jurisdicionado, permitindo o exercício do contraditório e a ocorrência do devido processo legal. E, fora do processo, como um controle - institucional e da sociedade - daquele trabalho exercido pelos órgãos jurisdicionais.

É de se notar que a carência de motivação em uma decisão judicial restringe o exercício do contraditório. É difícil, se não impossível, contraditar uma decisão judicial formulada solitária e individualmente, sem deixar claros os seus motivos.

Acrescente-se que, sem contraditório, a decisão judicial passa a ser um monólogo, uma manifestação unilateral, enquanto deveria ser sempre resultado da dialética, permitindo uma melhor e mais ampla contemplação dos fatos e argumentos a contradizerem-se no caso.

O CPC/2015 chamou a atenção sobre os já conhecidos deveres institucionais dos tribunais, de manter estável, íntegra e coerente sua jurisprudência, assim como de publicizá-la. Percebeu-se a intenção de dotar o Judiciário brasileiro de mais eficiência e maior previsibilidade. Mas nessa busca de proporcionar aos jurisdicionados a isonomia e a celeridade processual, o legislador não deixou ao largo direitos fundamentais processuais, como o direito ao contraditório e, ao mesmo tempo em que deu atenção e tratamento diferenciados ao uso dos precedentes judiciais, tratou também, em paralelo, de modo extensivo, sobre a motivação das decisões judiciais.

Ao olhar-se para um sistema jurídico que pretende ampliar o uso dos precedentes como mais um suporte para a construção das decisões judiciais, percebe-se o papel importante exercido pela presença de motivação efetiva nestas decisões. Verifica-se a participação da motivação, tanto na construção do precedente, como na escolha e correta aplicação do paradigma aos novos casos enfrentados.

⁹³ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 1ª ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 26.

⁹⁴ DE CRISTOFARO, Marco. **A Motivação das Decisões Judiciais**. Em I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil. Coordenadores: Zufelato, Camilo; Bonato, Giovani; Sica, Heitor VM; Cintra, Lia CB; Ed Jus Podium. Salvador, 2016, p. 69-70.

Ao motivar adequadamente, o magistrado consegue demonstrar seu convencimento sobre a questão, unindo a compreensão dos fatos à inteligência da norma, logrando deixar claras as razões que o levaram a escolher aquela tese jurídica e a não escolher a tese vencida, ou outras. É preciso que ele convença as partes e a sociedade da correição de sua decisão⁹⁵.

Vale aqui reforçar o conceito de que a letra da lei não se confunde com a norma dela extraída pelo juiz, cabe ainda frisar que este processo de interpretação precisa não só ser coerente e fiel ao quanto disposto pelo legislador, na norma em si, e adequado ao contexto fático; mas, principalmente, é necessário que possa ser verificada a demonstração do raciocínio lógico construído pelo juiz, não cabendo aqui o uso de sofismas ou malabarismos jurídicos para ajustar o conteúdo da norma aos fatos do caso *sub judice*.

“A supremacia da lei significa que todos os atos das agências governamentais estão sujeitos a exame pelo Judiciário que, por sua vez, é compelido a seguir procedimentos estabelecidos - o ‘devido processo’ - e alcançar decisões guiadas, não pelo capricho, mas por princípios amplamente aceitos e razoabilidade coerente”.⁹⁶

Isto posto, reforça-se o entendimento de que há limites para a interpretação e para a aplicação da lei e que, em um Estado de Direito, deve ser exercido o controle das decisões judiciais. Através de sua função extraprocessual, a motivação é um dos meios a tornar possível e eficaz este controle.

Aplicar precedentes nas decisões judiciais não diminui a obrigatoriedade da motivação, pelo contrário. O precedente por si só não motiva, antes, requer motivação que justifique haver sido invocado. Daí a relevância dada, especial e conjuntamente, a estes dois instrumentos, pelo CPC/2015.

Identificam-se, no Direito, os valores emanados da sociedade dando origem à norma jurídica legislada. Em seguida vê-se esta mesma norma retornando para aplicação pelo judiciário, controlando o comportamento desta mesma sociedade da qual emanou. Um sistema, neste sentido, fechado.

⁹⁵ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.334.

⁹⁶ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966, p. 190. Tradução Livre.

Assim, cabe o alerta de que não se pode pretender quebrar este sistema, permitindo que sejam tomadas decisões apoiadas em interpretações dos precedentes, dissociadas da norma legislada.

Há que se ter noção de que os precedentes precisam ser entendidos na dependência da norma e das circunstâncias presentes no caso em concreto, conjuntamente. Neste sentido, é mais um elemento a ser conjugado na sentença⁹⁷, um *plus* para a melhora da qualidade dos julgados e não um substituto para a norma legislada.

3.7.2 A motivação e a formação de precedentes.

Não apenas buscou-se uma maior celeridade e resolução ao acúmulo de processos no Judiciário, mas, principalmente, ao pretender-se ampliar o uso dos precedentes judiciais no sistema jurídico pátrio, pautou-se na premissa de que tal intervenção ajudará a fazer com que casos semelhantes recebam tratamento jurídico semelhante.

A qualidade do precedente formado e a maior quantidade de aspectos enfrentados naquele caso em concreto implicará em uma possibilidade muito mais ampla de utilização deste precedente no julgamento de futuros casos sobre a mesma temática. Julgando-se bem, otimiza-se o debate e o espaço-tempo processual, resultando em maior coerência, estabilidade e integridade do Direito aplicado⁹⁸

Daí extrai-se que, por simples racionalidade, ao se enfrentar casos novos, nos quais se perceba a possibilidade da decisão repercutir além daquele caso individual, as sentenças devem ser construídas com ainda maior cuidado e minúcia, atentando para cada um dos requisitos do art. 489 do CPC/2015, tendo em mente que a decisão daí resultante não terá restrito seu campo de atuação apenas àquele caso concreto, mas também poderá vir a servir de base para outras decisões em casos futuros, tornando-se, desta forma, um precedente judicial.

⁹⁷ Art. 489, §3º, CPC/2015.

⁹⁸ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 337-338.

Em sistemas jurídicos que se utilizam dos precedentes judiciais fala-se da transcendentalidade da decisão judicial, já que ela não tem começo, meio e fim naquele caso específico; não se restringe apenas àquela questão de Direito, ou de fato, em análise naquele momento, mas estende-se muito além daquele caso concreto específico, sendo esta mais uma razão pela qual deva ser adequadamente fundamentada e tornados explícitos os pormenores do raciocínio que levaram àquela conclusão como sendo a melhor para o caso.

É esta motivação das decisões que, ao ser repetidamente utilizada em casos futuros, permitirá manter a consistência e solidez de um modelo jurídico *sui generis*. Um modelo baseado na tradição da *civil law*, mas cujas decisões têm como fundamento tanto os códigos de leis que se pretendem universais, como as aplicações precedentes destas leis a casos concretos, funcionando como extensões interpretativas destes cânones. A ambos devem vir e retornar os julgadores, na construção de suas decisões⁹⁹.

Ou seja, não se trata de substituir a lei pelo precedente. Ao efetivar-se a ampliação do uso dos precedentes em um sistema de *civil law*, deve-se considerar a vigência um modelo jurídico que, além dos cânones, pretende também utilizar-se, em maior ou menor grau, conforme o caso, de um sistema de precedentes, para chegar-se às soluções de litígios que se apresentam, sucessiva ou repetidamente.

Para tal, há que se prezar pela construção e manutenção de um sistema íntegro e coerente, tarefa que se inicia pelo cuidado com a qualidade das decisões judiciais, com sua motivação.

Pensando-se sob a óptica nesta íntima relação entre a motivação de decisões judiciais e os precedentes, torna-se claro não haver sido apenas coincidência o fato do legislador, no CPC/2015, ter dado especial atenção, simultaneamente, a ambos.

Verifica-se que, em paralelo à determinação da construção de um sistema de precedentes, buscou-se também reforçar as bases deste sistema, pormenorizando aquelas regras que dizem respeito à motivação das decisões judiciais. Não são duas modificações processuais aleatórias e sem conexão introduzidas pelo diploma. São, antes, complementares e coordenadas.

⁹⁹ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 398.

3.7.3 O CPC/2015 e o mínimo necessário à motivação nas decisões judiciais.

Reza o art. 93, IX da Constituição Federal que: "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)". Partindo deste preceito constitucional, o CPC/2015, em seu art. 489¹⁰⁰, optou por descrever, em pormenores, didaticamente, os elementos necessários em uma sentença. Desceu-se a detalhes, de forma a reforçar e tentar ver cumprido o mandamento já trazido no bojo da Constituição, explicitando um padrão mínimo, acima do qual deve estar o nível da motivação nas decisões judiciais.

Fez questão o legislador de repisar a ideia de que a mera citação do precedente ou do diploma legal que supostamente se aplicam ao caso não são o suficiente como fundamentação, devendo o julgador, portanto, enfrentar os argumentos utilizados pelas partes, lançando mão do conteúdo das fontes utilizadas na construção de sua decisão. Reafirmou que a argumentação genérica não se presta como fundamentação da sentença.

Vê-se ainda que o legislador autorizou, sim, o juiz, em casos indicados, a deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, desde que demonstre, através de fundamentação idônea, a existência de distinção no caso em julgamento (distinguishing) ou a superação daquele entendimento (overruling)¹⁰¹. O que houve, portanto, foi apenas o advento de uma disciplina, mais clara, do método de trabalho a ser utilizado pelo juiz, e não a extinção da sua autonomia no exercício do julgamento.

¹⁰⁰ Art. 489, CPC/2015:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

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

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

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

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

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

¹⁰¹ Art. 489, § 1º, VI, CPC/2015.

4 O JUIZ, O JUDICIÁRIO E OS PRECEDENTES.

É evidente não haver subordinação, senão administrativa, do juiz de piso à Corte Suprema. O poder dos juízes para decidir no exercício de suas funções é distribuído a todos na mesma proporção, diferenciando-se, tão somente na medida de suas competências. Mas isso não escusa o Judiciário, enquanto uma estrutura de Poder, de observar o respeito à isonomia dos jurisdicionados e, como corolário lógico, percebe-se de pronto a necessidade de que os juízos *a quo* estejam vinculados aos precedentes das cortes superpostas¹⁰².

4.1 ORGANIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DECISÕES DE INSTÂNCIAS SUPERPOSTAS.

Ao chegar-se neste ponto ouve-se argumentações no sentido da usurpação da autonomia do juiz em relação às instâncias superiores, mas, é sabido que, o respeito aos precedentes judiciais não é devido pelo juiz como sujeito passivo, isoladamente, mas pelo Judiciário, em nome da coerência na expressão da ordem jurídica dentro do sistema.

Não se vê nenhuma celeuma quando um tribunal reforma a decisão do juízo *a quo*, seja a decisão individual de um juiz ou uma decisão colegiada. São considerados como consequência lógica do funcionamento daquela estrutura de poder, assim como deveria sê-lo em relação aos precedentes, pelos mesmos motivos de organização e funcionamento coerente do sistema.

Questiona, com propriedade, Freddie Didier¹⁰³ sobre qual seria, então a opção ao respeito pelos juízes às decisões dos tribunais, sobre o que seria, então, o correto. Seria correto, então, determinar o CPC/2015 que os juízes pudessem decidir como quisessem os casos, contra as decisões dos Tribunais Superiores? Poderiam, então,

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150-1.

¹⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; MONNERAT, Fábio Vítor da Fonte. **Falando de Processo – Mesa Redonda nº22 – Precedentes no Novo CPC**. (Vídeo). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8>>. Última visualização em 25/10/2016.

ser desrespeitadas de plano as decisões dos tribunais pelos Juízes e pelos tribunais de instâncias inferiores?

Em um primeiro contato pode soar como cerceamento da liberdade do juiz para julgar, mas, antes, o que deveria chamar a atenção e ser percebido com estranheza é que o contrário possa estar ocorrendo atualmente, em uma agressão constante à segurança jurídica.

Observe-se que os parâmetros preconizados pelo CPC/2015 quanto às decisões judiciais são os mesmos já existentes e determinados na Constituição, tais sejam, fundamentar e motivar. Deixa-se de lidar com preceitos Constitucionais de textura aberta, existindo agora determinações legais, detalhadas, a impedir que o juiz desconsidere, sem sequer enfrentar, os fundamentos do quanto já foi decidido. Uma obrigação a ser cumprida em nome da coerência.

O juiz não é uma peça independente e autônoma, antes, é um elemento do Poder Judiciário. Ele é parte importante de um sistema e, para o funcionamento deste, necessita trabalhar consoante as regras deste sistema, em prol de resultados sistemáticos e permanentes, e não no sentido de produzir decisões de eficácia fugaz e economicamente desfavoráveis ao sistema. As regras existem para o sistema judiciário. E, elementos deste sistema, por mais importantes que sejam, não podem se furtar a segui-las.

4.2 A VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS NO ART. 927, V.

O art. 927 do CPC/2015 é dirigido aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição. É uma determinação para que as decisões dentro do judiciário estejam vinculadas às decisões relativas ao assunto em tela já existentes no sistema. E a grande novidade é o advento do inciso V, com a menção expressa, que pode ser entendida como um comando, para que os juízes de piso e de tribunais inferiores respeitem a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados¹⁰⁴. Esta determinação não é dissonante da ideia de unificação de

¹⁰⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

condutas e manutenção de coerência no Judiciário, devendo conferir ainda economia processual, senão veja-se.

Será editada uma coletânea organizada de decisões, tornando conhecido o pensamento e a interpretação das leis conforme as cortes superiores, com base em fatos. Não há sentido em seguir o juiz de piso na direção contrária, apenas para ver reformada esta decisão em grau recursal. Seria ilógico, seria contraproducente para o Judiciário e, principalmente, seria a marca de um Poder cuja importância dos objetivos do Estado tem menor relevância que o pensamento individual de alguns de seus membros.

4.2.1 O instituto da ressalva de entendimento.

Existe, por óbvio, a possibilidade de discordância do juiz em relação ao pensamento do tribunal ou tribunais aos quais é hierarquicamente ligado ou, ainda, pode o juiz de primeira instância deparar-se com novo argumento convincente, contrário àquela tese estabilizada pelos tribunais. Esta renovação de premissas e evolução dos pensamentos é saudável e desejável pelo Direito.

Nestes casos, existe a possibilidade do juiz decidir, respeitando o precedente estabelecido pelo tribunal ao qual pertence ou que lhe é superposto e, ao mesmo tempo, utilizar-se da ressalva de entendimento (*disapproval precedent*), fazendo menção, em sua decisão, aos argumentos divergentes com os quais se deparou, instruindo a decisão, nos seus fundamentos, afim de que estes possam ser utilizados pelas partes, para alcançar, em grau recursal, o tribunal de origem do precedente, permitindo que este seja revisto e superado¹⁰⁵, ou não.

Este seria um mecanismo correto a permitir a manutenção de um equilíbrio dinâmico dos julgados, favorecendo a modificação de paradigmas por fatos novos ou argumentos novos, sem, no entanto, atentar contra a estabilidade do sistema e, por consequência, contra a segurança jurídica.

¹⁰⁵ MONNERAT, Fábio; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Falando de Processo – Mesa Redonda nº22 – Precedentes no Novo CPC.** (Vídeo). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8>>. Última visualização em 25/10/2016.

Mas membros do Judiciário não podem deixar de aplicar a legislação apenas por discordar dos seus méritos. Por motivo semelhante, as cortes inferiores não possuem competência para questionar, através de superação, aqueles precedentes vinculantes estabelecidos pelas cortes superiores¹⁰⁶. Nestes casos, a competência para o *overruling* é do próprio órgão que prolatou o precedente normativo. Ou seja, ainda que prevista a possibilidade e ainda que determinadas as indicações desta superação dos precedentes, há que se prezar pela organização do sistema e pelo método estabelecido.

Daí a previsão da ressalva de entendimento. Trata-se de uma técnica que admite a coerência de decidir o julgador no sentido de respeitar o precedente ao qual esteja vinculado, mas incluir em sua fundamentação, como ressalva, as razões que considera plausíveis para a superação daquele precedente ora ainda aplicável¹⁰⁷.

É uma forma de juízes e cortes inferiores participarem, concretamente, reforçando com sua influência, a indicação de aperfeiçoamento ou revogação daquele precedente. Aponta o magistrado no sentido de que este caso carrega em si o potencial de servir como *leading case*. E este caso será avaliado em via recursal com o conteúdo de sua argumentação, já contendo o peso do parecer concordante de um magistrado a seu favor.

Portanto, muito embora tenha sido criada uma barreira para impedir a fluidez excessiva dos entendimentos nos tribunais, percebe-se, igualmente, a existência de ferramentas a permitir uma saudável oxigenação do Direito. Do equilíbrio adequado entre estas forças vai depender da importância dada a todos os institutos previstos.

¹⁰⁶ PEIXOTO, Ravi. Aspectos Materiais e Processuais da Superação de Precedentes no Direito Brasileiro. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 546.

¹⁰⁷ CARVALHO, Mayara e SILVA, Juliana CT. Ressalva de Entendimento da Primeira Instância no Sistema de Precedentes Brasileiro. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 745.

4.3 OS MAGISTRADOS, A DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL E O CPC/2015.

A existência de decisões judiciais conflitantes sobre o mesmo tema, em casos semelhantes e, até mesmo, baseados na mesma norma, não é uma possibilidade incomum em qualquer sistema jurídico. De modo a evitar essa instabilidade nos entendimentos judiciais, os sistemas jurídicos dependem de medidas eficazes de controle, a exemplo daquelas que agora busca implementar o CPC/2015.

(...) por mais que este fenômeno, denominado “dispersão jurisprudencial”, seja, em um primeiro momento, previsível e até aceitável pelo Direito, dadas as diferenças culturais, sociais, políticas e até mesmo ideológicas existentes entre os membros do Poder Judiciário, responsáveis por aplicar, isonomicamente, a norma ao caso concreto, fato é que, o sistema jurídico deve estabelecer mecanismos, isto é, técnicas processuais e órgãos competentes, para combater ou evitar esta indesejável, ainda que a priori, previsível, diversidade de entendimentos.¹⁰⁸

A existência de interpretações e aplicações díspares de uma mesma norma jurídica em diversos pontos do Judiciário, ou até originadas em um mesmo ponto, em momentos diferentes, além de haver sido identificada pelo próprio Judiciário e pelos operadores do Direito, foi, há muito, percebido pela sociedade.

O CPC/2015 trabalhou em mais de uma frente para buscar quebrar estas discrepâncias e tornar mais isonômica a aplicação do Direito. Nesse sentido, duas destas frentes, abordadas no presente trabalho, merecem ênfase. Primeiramente, o esforço no sentido de viabilizar a construção de um sistema eficaz de precedentes judiciais, de forma a tentar vincular o juiz e as cortes às instâncias que lhes são superiores, dentro do Poder ao qual pertencem. E, em segundo lugar a ampliação de regras que determinam de forma minudente o que se espera da motivação utilizada nas decisões judiciais, especificando a extensão da obrigatoriedade. Este segundo aspecto pode ser também entendido como uma tentativa de vincular o juiz e as cortes, ao menos, as suas próprias decisões.

Ou seja, como meio de alcançar uniformidade de prestação jurisdicional e alcançar a segurança jurídica, é necessário, por suposto, que haja também coerência e não existam decisões divergentes proferidas por um mesmo juiz ou corte em casos

¹⁰⁸ MONERAT, Fábio Vitor da Fonte. **Efeitos Objetivos Do Julgamento do Recurso Extraordinário**. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistaDireito/numero-1/19-fabio-monnerat.pdf>>. Último acesso em 29/10/2016, p. 223.

semelhantes, sem que nenhuma motivação ou circunstância fática o justifique. Esta situação, que infelizmente é recorrente, denota completa anarquia interpretativa¹⁰⁹.

Se cada juiz ou órgão do tribunal julgar cada decisão como se aquela fosse um “marco zero” interpretativo e considerar ampla e irrestrita sua liberdade para decidir, o sistema terá, em questões idênticas, um entendimento para cada juiz, ou até mais de uma decisão para cada juiz, conforme explicado.

Percebe-se um árduo trabalho à frente para se tentar desfazer os vícios de uma cultura de ampla e irrestrita liberalidade para decidir, o que precisa ser diferenciado da autonomia constitucionalmente conferida ao juiz para proferir sua decisão em uma lide. Para se corrigir a incoerência sistêmica há que se começar ainda trabalhando para que as decisões de cada elemento do sistema sejam coerentes entre si e que esta coerência seja deixada transparente nos autos.

Não se trata de retirar do juiz o direito ou, mesmo, o dever de interpretar, tanto a lei como o fato, à luz da lei. Mas a premissa de autonomia não significa que ele tenha a liberdade de nadar em um mar sem raias, sem limites, e muito menos significa que a ele tenha sido dada a liberdade de sequer deixar registro dos fundamentos sopesados, dos caminhos percorridos até chegar àquele destino, tal seja, a decisão judicial.

Mesmo a um observador externo e total desconhecedor da prática jurídica diária nacional, é possível avaliar o grau de dissonância percebido pela sociedade no sistema jurídico brasileiro. Chegou-se ao ponto de ser considerado necessário determinar em lei que os membros dos tribunais acatem as decisões das Cortes que lhes são superiores (vinculação vertical), as decisões das Cortes às quais pertencem (vinculação horizontal) e que os juízes sigam, de forma coerente, o quanto eles próprios demonstraram ser o seu entendimento (vinculação do juiz a suas próprias decisões).

Visto deste modo, não deveria causar espécie a determinação da vinculação estabelecida em lei, conforme atacada por alguns autores, mas deveria chamar a atenção, sim, o grau de dissonância que foi alcançado, a ponto de dar azo e a tornar

¹⁰⁹ THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 401.

necessária tal intervenção, que busca tão somente lograr alcançar a Justiça na aplicação do Direito.

4.4 OS LIMITES À AUTONOMIA PARA DECIDIR.

É marcante, no Direito brasileiro, o não-respeito a precedentes¹¹⁰. No exercício da sua atividade jurisdicional, o magistrado pode (i) aplicar, diretamente, o texto normativo nos raros casos que permitem a quase pura subsunção do fato à norma, (ii) pode necessitar realizar um trabalho mais elaborado de hermenêutica, buscando a melhor incidência do Direito mais adequado ao caso concreto, (iii) pode seguir um precedente comprovadamente adequado à solução ou, ainda, (iv) pode trabalhar no sentido de superar precedentes já estabelecidos, deixando, fundamentadamente, de observar a *stare decisis*. Em todas estas situações, mesmo quando lançar mão da aplicação dos precedentes, ele há que se manter nos trilhos determinados pela legislação. A incidência do precedente não afasta a incidência da lei; antes, complementa-a.

Não deixa de ser saudável para o Direito a atividade criativa do magistrado, mas desde que restrita aos pontos onde haja lacunas verdadeiras na interpretação da legislação, ou seja, onde haja espaço interpretativo devido à textura aberta da lei existente. Tais situações não deveriam ser objeto de cerceamento à atividade jurisdicional criativa, posto que ela é útil e necessária à busca do melhor Direito e à efetivação da justiça na decisão judicial e é desta atividade que surgem os precedentes.

O problema está nos limites estabelecidos e nos mecanismos adequados para se exercer o controle desta atividade, individualmente ou em macro, pelo Judiciário. Foi justamente aí que procurou intervir o legislador do CPC/2015.

Não se deve confundir esta vinculação aos precedentes, ora reforçada pelo CPC/2015, com a usurpação da autonomia dos juízes, um preceito constitucional, garantido pelo quanto disposto no art. Art. 95 da CF/88.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual. n.68, pag 12. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pag 12.

Tal garantia constitucional, que permite ocorrer o julgamento com isenção e sem pressão sobre a decisão do magistrado, visa proteger o jurisdicionado e não o juiz, e esta finalidade deve ser sempre mantida em mente ao se discutir o tema da autonomia dos magistrados.

Como decorrência da interpretação sistêmica da norma jurídica, em especial, da Constituição Federal, controlada por seu próprio conteúdo, esta autonomia ganha limites, não só na lei, mas também na necessidade de fundamentação das decisões judiciais, como preceituado no Art. 93, IX, CF/88. Ou seja, o juiz submete-se apenas à lei, mas por ele são devidas, ao Poder Judiciário e aos jurisdicionados, a fundamentação e coerência das suas decisões. Trata-se do respeito aos nada tênues limites entre a autonomia e a possibilidade de fazer o que bem se entende.

Caso o sistema jurídico pretendesse impor ao juiz o modo de dizer o Direito, estaria indo contra um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Mas o CPC/2015, ao determinar o respeito a precedentes judiciais, vinculantes e não-vinculantes, não aprisiona o juiz a uma decisão externa à sua livre convicção, apenas lembra que ele é obrigado enfrentá-la, como parte que ele é de um sistema jurisdicional.

E já que ele não funciona à parte do sistema jurídico, é obrigado a levar em conta uma decisão precedente do tribunal ou tribunais aos quais seja subordinado. Ou seja, além dos argumentos apresentados pelas partes, ele precisará enfrentar também os argumentos nos quais se embasa a decisão das cortes a ele superpostas.

4.5 ALEGAÇÕES NÃO JUSTIFICADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Estando dentro de uma estrutura complexa, dentro de um sistema político regido por um arcabouço legal, não se pode avaliar inconstitucionalidades olhando apenas para um ponto isolado. Antes há que se utilizar de ponderação entre os preceitos constitucionais.

4.5.1 A questão da vinculação aparentemente estabelecida em norma infraconstitucional.

A CF/88, do mesmo modo que determina a liberdade do juiz para decidir, baseado na lei, também estabelece para o cidadão as garantias de segurança jurídica, o julgamento justo, o contraditório e a duração razoável do processo. Daí à necessidade de considerar-se, como um todo, os princípios constitucionais, os direitos e as garantias a serem efetivados. Primeiramente ponderando-os, conforme sua importância para a sociedade e, apenas depois, tratando-os como uma soma de valores com sinais diferentes.

No entanto, vezes têm se levantado a questionar a constitucionalidade no fato do CPC/2015 determinar a vinculação da decisão judicial a uma outra classe de precedentes, além do quanto textualmente previsto no texto Carta Magna.

“Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição”¹¹¹

“De início, o efeito vinculante previsto para tal instituto é inconstitucional, porque este mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária”.¹¹²

Há ainda quem afirme que, exceto pela súmula vinculante, julgamento de mérito de ADI e ADC e o recurso provido, outras modalidades vinculatórias judiciais não seriam admitidas por supostamente não estarem apoiados em parâmetros constitucionais¹¹³.

Em contrário a estas opiniões, pode-se verificar que a confecção de uma emenda neste sentido seria uma opção legislativa a reafirmar o caráter analítico da CF/88, mas não seria imprescindível para afirmar a constitucionalidade do quanto previsto neste sentido pelo CPC/2015. Tornar-se-ia até mesmo redundante uma norma constitucional específica apenas para atribuir efeito vinculante às decisões de

¹¹¹ LENZA, Pedro. Reclamação Constitucional: Inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Última Visualização em 12/10/2016.

¹¹² ABOUD, Georges. Apresentação. In: CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: Jus Podium. 2015, p. 23.

¹¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. Prefácio. In: CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: Jus Podium. 2015, p. 19.

tribunais que têm uma estrutura funcional estratificada, de superposição, em julgamento de casos concretos.

A Constituição já atribuiu aos tribunais de vértice a última palavra em relação à interpretação da lei sendo aplicada, e dispôs ainda sobre a estrutura lógico-administrativa do Judiciário, de forma a garantir-se o princípio da legalidade e a garantia à isonomia do tratamento daquele que busca a tutela jurisdicional provida pelo Estado.¹¹⁴ Já deixou claro, através de determinações textuais sobre a estrutura e a distribuição de competência funcional dentro do Poder Judiciário, a necessidade de manutenção da coerência lógica das decisões. Estes fatores já definidos permitem dispensar, neste sentido, dispositivos adicionais no texto constitucional.

Tucci¹¹⁵ vai além e afirma que, especialmente em países federados, como o Brasil, os tribunais superiores são atualmente concebidos, para exercer a importante função de uniformização da interpretação e da aplicação do Direito, ou seja, funcionam como verdadeiras cortes de precedentes. Ele chega a considerar um imperativo, uma exigência profissional e ética dos julgadores, a preocupação de examinar as mais recentes orientações em voga nas cortes superiores.

Outrossim, a CF/88 determina que compete ao STF a guarda da Constituição (art. 102, caput) e também o julgamento dos recursos extraordinários cujas decisões dos tribunais contrariarem dispositivo da Constituição; e que o STJ tem competência para julgar causas em que houver sido dada a lei federal interpretação divergente daquela atribuída por outro tribunal (art. 105, III, “c”).

Entende-se do conteúdo destas linhas anteriores, que as cortes de vértice têm, dentre suas funções, aquela de dar unidade ao Direito, mediante sua adequada interpretação (função normofilática), sendo natural, neste sentido que o precedente, no qual se fundamenta esta interpretação, tenha uma eficácia que vá além das partes do caso concreto que se derivou, e que seja dotado de eficácia vinculante¹¹⁶.

¹¹⁴ MARINHO, Hugo Chacha Carvalho. A Independência Funcional dos Juízes e os Precedentes Vinculantes. In: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 94.

¹¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Hierarquia Judiciária e Eficiência do Precedente Judicial**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial>. Acesso em 16/10/2016.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. In: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 111.

Esta afirmação é corolário dos trechos da CF/88 citados no parágrafo anterior, não podendo, portanto, ser ignoradas tais decisões pelos elementos do Judiciário, estando todos, sem exceção, subordinados à decisão, inclusive aqueles que participaram de sua elaboração, já que o magistrado não se confunde com a corte.

As Cortes de Vértice têm competência determinada pela Constituição para dar a última palavra em matéria de cunho interpretativo tanto no âmbito constitucional (STF – art. 102, I, “a” e 102, III, CF/88) como em lei federal infraconstitucional (STJ – art. 105, III, CF/88).

Ao julgar um recurso ordinário, especial ou extraordinário em um caso concreto, as cortes de vértice aplicam a melhor interpretação encontrada no sistema jurídico àquele caso, apontando que, naquela situação concreta e em semelhantes, deve ser dado aquele e não outro entendimento àquela norma jurídica. O precedente, assim construído, é fruto da força institucional da jurisdição como função básica do Estado, sendo, neste sentido, uma *authority reason*, uma *must source*¹¹⁷.

Assim sendo, além das decisões vinculantes em sede de ADI, ADC e ADPF, há base na Constituição para aplicar eficácia erga omnes aos fundamentos extraídos daquelas decisões em casos concretos que lograram julgamento pelas cortes de vértice, podendo daí ser extraídos precedentes com eficácia vinculante, produzidos naquela corte e aplicáveis a outros julgamentos de causas semelhantes dentro do Poder Judiciário.

Até o advento do CPC/2015, carecia o sistema de uma dogmática específica sobre os precedentes que lhes garantisse o respeito, tanto vertical quanto horizontal. Cumpre, agora, que seja aperfeiçoada, instrumentalizada e colocada em uso a normatização fornecida pelo novo código.

Conquanto seja autônomo o juiz, submetem-se suas decisões às fontes admitidas em Direito¹¹⁸, dentre elas, aquelas mais comumente aplicadas, tais sejam, as leis. Consectário lógico é que sejam também submetidas as decisões judiciais às interpretações das leis fornecidas pelos órgãos constitucionalmente competentes

¹¹⁷ MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 113.

¹¹⁸ MARINHO, Hugo Chacha Carvalho. A Independência Funcional dos Juizes e os Precedentes Vinculantes. *In*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 94.

para tal; e não poderia ser mais clara a interpretação fornecida pelas cortes competentes do que aquela que se traduz na aplicação da lei a um caso concreto.

Visto por este ângulo, reforça-se, claramente, a presença, no texto constitucional, da obrigatoriedade de respeito aos precedentes emanados das cortes, mesmo aqueles precedentes que não têm sua vinculação obrigatória literalmente determinada na Carta Magna.

O respeito às instituições deveria ser algo corriqueiro e desprovido de complexidade, mas, neste sentido, parece haver uma grande barreira, embora de cunho meramente cultural, a ser transposta.

4.5.2 Inexistência de afronta ao princípio da separação de poderes.

Estaria, sim, sendo afrontada a norma constitucional, caso se tratasse de vincular ou subordinar um Poder às decisões tomadas por outro. Isto violaria o princípio da separação entre os Poderes. Mas o que se vê, no caso da determinação de respeito ao sistema de precedentes pelo CPC/2015 é tão somente uma demanda ao Poder Judiciário, para que ele mantenha íntegra sua composição organizacional e administrativa, fazendo respeitar, dentro de sua estrutura, aquelas decisões emanadas de seus próprios órgãos.

Trata-se, não de usurpação de competência ou de interferência entre Poderes, mas, apenas, de uso do mecanismo de *check and balances*, de controle mútuo, exercido entre os poderes, atividade prevista na Carta Magna e desejável em um Estado de Direito. Trata-se tão somente de uma cobrança do Estado, através do Legislativo, feita ao Judiciário para que este se estruture, de forma a corrigir distorções identificadas no resultado de suas atividades.

O Estado detectou um problema, tal seja, a excessiva dissonância jurisprudencial, resultando na quebra da isonomia e na insegurança jurídica percebidas. Através do Legislativo, o Estado cobrou do Poder Judiciário a correção deste problema, a correção da incoerência lógica entre as decisões tomadas no âmbito daquele poder. Através da legislação, foi dado um norte, apontando como solução a utilização do conceito de precedentes, já existente no Direito pátrio, mas ainda não efetivado

enquanto sistema. Deixou-se, no entanto, por conta do Poder Judiciário as diretrizes necessárias para implementação efetiva deste sistema dentro da sua estrutura.

Não houve interferência entre Poderes, mas, sim, a cobrança de uma solução efetiva para um problema real e premente, identificado no funcionamento do Estado. Vê-se tratar apenas de uma medida procedimental, organizacional, a ser efetivada dentro do Poder Judiciário, medida nascida no Direito Processual, legislado, a via adequada para este fim.

4.5.3 Economia processual e eficiência enquanto princípios a serem efetivados.

Conforme atualiza Wambier¹¹⁹, o princípio da legalidade, que chegou a significar o apego quase exclusivo à letra da lei, traz hoje consigo o significado de que o juiz deve decidir de acordo com um universo mais amplo, tal seja, o sistema jurídico, mas, ainda assim, com limites definidos. Neste sistema, tem lugar garantido a interpretação das leis em casos concretos, interpretação esta carregada nos precedentes judiciais.

Em um sistema tripartido de poderes, cabe ao judiciário, quando da aplicação de determinado texto legal a um caso concreto, fazê-lo de maneira lógica, coerente com o prescrito e com as interpretações já emanadas deste mesmo texto em situações semelhantes àquela ora em tela¹²⁰. Ao ignorar um precedente da corte da qual faça parte ou à qual seja subordinado, o magistrado está prejudicando a parte sucumbente, que se vê, então, obrigada a ir ao tribunal, pedir a cassação da decisão proferida em desrespeito àquela corte.

Entenda-se que ignorar é diferente de não se submeter por achar motivos e fundamentos que justifiquem a não aplicação daquele precedente ao caso concreto *sub judice*. Ignorar uma decisão precedente é não enfrentar seus fundamentos,

¹¹⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Deben los jueces crear derecho? *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 315.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Del tribunal que declara “el sentido exacto de la ley” Al Tribunal Que Sienta Precedentes. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 206.

negar sua aplicação ainda que o *distinguishing* permita verificar serem semelhantes as situações em concreto e, portanto, aplicável o precedente.

O art. 8º do CPC/2015 determina que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**. (Grifo nosso)

Nada seria mais contrário à eficiência esperada do Judiciário que o magistrado desobedecer às regras institucionais e obrigar, imotivadamente, um novo julgamento de um tema já antes apreciado naquela corte, sem sequer se obrigar a enfrentar os argumentos em contrário já existentes.

O juiz é um agente do Estado, uma peça no complexo sistema de justiça desenhado pela Constituição para servir à sociedade. Assim, seu dever enquanto peça do sistema, termina também por mitigar a ideia de liberdade para decidir contrariamente às cortes que lhes são superpostas¹²¹.

Se não entendido como uma necessidade de respeito à hierarquia de decisões dentro de um único Poder, deveria ser entendido como uma medida de economia processual. Em tempos atuais, quando é evidente a escassez de recursos para lidar com as demandas do Judiciário, não se justifica elementos deste Poder adotarem condutas contrárias às diretrizes da estrutura da qual são parte, apenas para vê-las modificadas logo adiante no curso do processo.

Ou seja, em última instância, quando a questão for julgada pelo tribunal de onde emanou o precedente então ignorado, a questão encontrará a interpretação do Direito fornecida pela Corte competente. Mas, neste caso, somente será efetivada a Justiça quando a lide for levada a instâncias superiores, após os recursos haverem consumido tempo e dinheiro do cidadão e tornado lenta a prestação jurisdicional.

¹²¹ MARINHO, Hugo Chacha Carvalho. A Independência Funcional dos Juízes e os Precedentes Vinculantes. In.: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 94.

4.6 BASES DA AUTONOMIA ATRIBUÍDA À ATIVIDADE JURISDICIONAL E SUA ASSOCIAÇÃO COM A DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL.

Em sistemas jurídicos de Estados Democráticos de Direito, sejam de tradição *civil law* ou *common law*, sempre há que se encontrar limites à autoridade judicial.

Nos países de tradição jurídica de *common law*, a atividade jurisdicional encontra-se vinculada àquele Direito encontrado nas normas contidas nos precedentes. Antes da consolidação dos precedentes básicos necessários ao sistema, o juiz do *common law* primitivo, à época, devia dizer o Direito, no caso em concreto, a partir das tradições, valores, também do Direito Consuetudinário e/ou do Direito Canônico.

Já o juiz do *common law* contemporâneo, embora permaneça ainda vinculado às tradições e princípios emanados da sociedade, passa a ter balizadas as suas decisões no sistema de precedentes judiciais, historicamente construído, organizado inicialmente em anuários (1282 a 1573), depois em repertórios privados (1573 a 1863) e, finalmente, nos *Law Reports* (1875 -), criados por um comitê constituído pela *English Bar*¹²².

Também não é pequena a produção legislativa que, mesmo nos países tradição jurídica de *common law*, está a exercer este papel de baliza para as decisões judiciais.

Apreende-se, destas observações que, mesmo na tradição de *common law*, mesmo antes do Direito estabelecer-se enquanto ciência, mesmo antes do desenvolvimento da sistemática utilizada hodiernamente para controle de decisões judiciais, não se encontrava o juiz com liberdade sem limites no exercício de sua função jurisdicional de decidir questões fáticas ou de Direito.

Figuram como exceção apenas aqueles momentos históricos e lugares em que os Estados se afastaram do que hoje conhecemos como Estado de Direito, afastando-se o julgador da obrigatoriedade destes limites.

No tocante à decisão judicial em determinado caso concreto, é necessário haver forças maiores que a discricionariedade do magistrado, forças determinantes,

¹²² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106.

limitadoras do resultado da lide. Não importando sua origem, a norma deve ter sempre força, de forma a dar à autoridade judicial limites para decidir.

Em países ocidentais de tradição *civil law*, ao fazer-se um corte longitudinal histórico, vê-se, inicialmente, um juiz quase onipotente, que era submetido apenas ao poder absoluto do monarca, ser, subitamente, destituído desta posição pelas revoluções sociais, transformado na figura do “juiz boca-de-lei”, limitado à pura subsunção do fato à norma.

A partir desta imagem de limitação extrema para decidir, vai-se acompanhar, em momentos históricos seguintes, progressivamente, o juiz passar a ter uma maior liberdade para interpretar a lei, e não apenas aplicá-la por subsunção estrita.

E, no pós-guerra, esta tendência foi bastante amplificada, ainda que racionalmente, com as ideias associadas ao Neoconstitucionalismo e demais condições que favoreceram o aparecimento do Estado Constitucional de Direito.

Percebe-se aí um momento histórico em que o juiz ganha maior autonomia e liberdade, tomando progressivamente para si prerrogativas que o permitem até mesmo criar o Direito a partir da interpretação da lei à luz dos princípios positivados na Constituição. E, por vezes, indo até além, ao decidir *contra legem* com base em análise metajurídica de princípios ditos implícitos, em total confronto com o Direito legislado¹²³.

O resultado desta maior liberdade do Judiciário no decidir, consequência de uma menor sujeição às balizas da norma *stricto sensu*, foi percebida pela sociedade como insegurança.

É sabida a dificuldade, nos dias atuais, para que mesmo um advogado aconselhe seu cliente sobre qual possível interpretação judicial será dada à lei aplicada aos fatos. Diante do julgamento de causas idênticas, conforme o juiz da causa, podem ser diametralmente opostas as decisões. Tornou-se corriqueiro que um mesmo caso, em instâncias distintas, obtenha decisões diferentes, até mesmo opostas.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.41.

Esta imprevisibilidade, tornada regra, traz efeitos deletérios macroinstitucionais¹²⁴, que ultrapassam os efeitos da decisão no caso em concreto, representando estímulo a uma sucessão de recursos com resultados também imprevisíveis, o que vem a atingir fatalmente a segurança jurídica que se espera de um Estado de Direito, além de representar um ataque frontal à economia processual¹²⁵. Promove-se, assim, uma cascata de “decisões provisórias” intermediárias, em uma verdadeira loteria jurídica, consumidora de tempo e dinheiro, bem distante da justiça que se espera ao buscar a tutela jurisdicional do Estado.

É neste ponto que impende verificar, no estudo dos movimentos históricos do Direito, o porquê de serem observadas ondas de progressivas tentativas de sistematização da formulação das decisões, tal como ocorre agora, no Brasil, com algumas das modificações trazidas pelo CPC/2015.

É necessário, principalmente, buscar-se o conhecimento, na história do Direito e nas experiências de outros países, outros tempos e outras tradições jurídicas, para perceber se realmente está aí a solução mais adequada e esperada para estes problemas identificados.

4.7 A QUESTÃO DA HIERARQUIA ENTRE JUÍZES DE PISO, DESEMBARGADORES E MINISTROS - O JUDICIÁRIO ACIMA DO JUIZ.

O Brasil tem um sistema federativo que permite uma grande descentralização do Poder Judiciário e, por consequência, do próprio entendimento jurisprudencial. Há quem questione a existência de hierarquia no sistema jurisdicional, no desenho da estrutura do Judiciário, conforme previsto na CF/88.

Esta hierarquia não é explícita e de simples leitura, porque as competências dos diferentes estratos do Judiciário são distintas, interferindo nesta compreensão; mas

¹²⁴ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Último acesso em 26 jun 2016.

¹²⁵ REFORMA de Decisão no 1º Grau. **Justiça em Números**, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/9888da7f7eca3fe64ee6549c8835e215.pdf>>. Último Acesso em 30/07/2016.

pode ser claramente percebida com o entendimento da estrutura prevista, senão veja-se.

A CF/88 dá, como regra geral, aos juízes de primeiro grau e aos tribunais recursais, primariamente, a competência para resolver os conflitos.

Reserva-se às cortes de vértice do sistema, cumulativamente àquelas competências já atribuídas às instâncias inferiores, o dever de atribuir sentido ao Direito sendo aplicado, desenvolvendo-o, adequando-o à realidade e dando a última palavra sobre a constitucionalidade e conformidade com as leis infraconstitucionais.

Tal repartição de funções deveria gerar, nos Juízes, Desembargadores e Ministros, um sentido de compartilhamento da jurisdição, buscando o fortalecimento da instituição que integram, como partes.¹²⁶

É cediço ser o Direito edificado pelo Legislativo, ao produzir a lei, e, também, pelo Judiciário, ao interpretar e aplicar a Lei. Assim, da mesma forma que não cabe a um só um parlamentar decidir sobre uma alteração legislativa do país, também não pode caber, isoladamente, a um juiz, a seu modo e baseado em suas convicções pessoais, decidir de modo divergente do entendimento obtido em instância superior a si, quando em enfrentamento de situação equivalente.

Marinoni¹²⁷ discute este tema ao tratar do personalismo, o aspecto da cultura brasileira que admite com naturalidade tratar-se indivíduos de modo diferenciado, permitindo que um sistema judicial lhes negue igualdade e previsibilidade aos julgamentos. O autor questiona se a aceitação tácita desta situação não estaria a revelar interesse, neste sentido, de vários segmentos sociais, inclusive de grupos de juízes e de uma parcela de advogados, de forma a facilitar a resistência de alguns indivíduos à obediência da lei. Aduz ainda que:

A falta de visão institucional de alguns juízes tem atrás de si a exaltação da autonomia e do individualismo, ainda que mascaradas de 'liberdade para julgar' e de 'submissão exclusiva à lei'.

Também não é impossível perceber, desde aqui, que um juiz que não tem qualquer comprometimento com objetivos gerais, não pode compreender

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 12.

que a jurisdição depende de várias funções, uma das quais a de atribuir sentido ao Direito mediante precedentes obrigatórios¹²⁸.

O respeito aos precedentes, buscando a isonomia e garantindo a previsibilidade e estabilidade do Direito aplicado percebe-se fundamental para o fortalecimento institucional do Judiciário e precisa estar acima da figura de um juiz ou de um Tribunal. Os magistrados, em seus cargos, são vinculados a todo um sistema jurídico do qual eles fazem parte. O respeito aos precedentes precisa ser entendido como parte da manutenção do Estado de Direito, função de máxima importância na posição que os magistrados ocupam.

Porém a jurisdição não objetiva tutelar conflitos de maneira acidental e episódica - para o que bastaria a distribuição do poder entre vários juízes destituídos de qualquer compromisso com a instituição -, mas tem o poder de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade, para o que é imprescindível a racionalidade na distribuição da justiça, ou melhor, ordenação na estrutura da instituição. Sem qualquer dúvida, a hierarquia é algo inerente à realização dos fins de uma instituição composta por várias “vontades”. Não a hierarquia caudilhista – que, aliás, sempre funcionou no Brasil -, mas a hierarquia como sinônimo de organização racional, sem a qual a voz institucional efetivamente não pode ser expressa.¹²⁹

Restaria, como opção à não obrigatoriedade de vinculação aos precedentes das cortes, uma priorização da vontade do magistrado em detrimento da vontade da instituição pública à qual pertence, com claro prejuízo do interesse público. E isto, em um Estado Democrático de Direito, não pode prosperar. Trata-se de buscar o comprometimento do servidor público com os objetivos gerais e institucionais; com a função pública e a instituição da qual é um elemento.

4.8 O PODER JUDICIÁRIO E ALGUMAS BARREIRAS AO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES CONFORME PREVISTO NO CPC/2015.

Mudanças de paradigmas, desde que necessárias e bem fundamentadas, devem ser recepcionadas como positivas. Cumpre que sejam ordenadas e encaradas como peças dentro de um sistema, que sejam propostas e promovidas as alterações de

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

forma estruturada, não podendo ser aceitos freios ou impedimentos à evolução como fruto tão somente da vontade oscilante de elementos isolados deste sistema.

4.8.1 Composição das cortes de vértice e o mecanismo de ascensão do juiz a estas cortes.

Diante do quanto já disposto a respeito dos precedentes e do papel daqueles no topo da estrutura do Judiciário, percebe-se a importante função dos membros das cortes de vértice, determinando os rumos do Direito a ser aplicado dentro do sistema jurídico pátrio. Com foco neste aspecto, não se pode deixar de dar importância à qualificação dos membros destas cortes e à sua forma de ingresso no cargo.

Enquanto os magistrados na base da estrutura ingressam por concurso e sua ascensão às cortes inferiores ocorre por mérito, a CF/88, utilizando modelo semelhante ao da constituição norte-americana, determina o ingresso dos ministros nas Cortes Superior e Suprema por nomeação (art. 101, § único e art. 104, § único, CF/88), o que aumenta, ao menos teoricamente, a possibilidade de viés político, e não técnico, nas decisões tomadas nestes últimos tribunais.

Mas somente há previsão de ser político o preenchimento da vaga no que toca à restrita discricionariedade de nomeação do candidato, porque o objetivo do legislador constituinte só se perfaz por completo se cumprida a também prevista verificação, pelo Senado, dos critérios determinados na norma, dando consentimento e aval ao efetivo preenchimento dos requisitos do cargo, principalmente em relação às especificações de (i) notável saber jurídico, com sólida formação e experiência no campo do Direito¹³⁰ e (ii) reputação ilibada.

José Afonso da Silva¹³¹ cita, como inerentes à notoriedade: o renome, o relevo, a fama, reconhecidos pela opinião jurídica do país e adequada à função. Do mesmo modo associa a reputação ilibada com característica do candidato a ser verificada em fatos como notoriedade no campo da ética, do comportamento humano.

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Dos Modelos de Cortes de Vértice – Cortes Superiores Y Cortes Supremas**. Disponível em: La Missón de Los Tribunales Supremos. TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.).Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 103.

¹³¹ Silva, José A. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Ed.Malheiros, 8ª. ed. 2010. p.548

Este cuidado tem especial razão devido à função a ser exercida nas cortes de vértice; função de orientar a adequada aplicação da norma jurídica, de promover a unidade do Direito, mediante sua interpretação adequada, adaptando-a, apenas quando indicado, às novas necessidades sociais, mas sem desvirtuar o Direito legislado¹³².

A leitura dos comandos que determinam a nomeação pelo Executivo e o filtro, a ser realizado pelo Legislativo, dividindo entre dois Poderes a reponsabilidade de entrega da guarda do sistema jurídico do país, permite perceber a importância conferida pelo legislador constituinte ao ato de colocar-se indivíduos no topo da pirâmide de controle do Direito sendo aplicado.

Deste modo, para que sejam alcançados os resultados originalmente pretendidos com esta seleção, cumpre que seja realizado, responsavelmente, tudo o quanto determinado; da forma prevista, efetiva e verdadeiramente, e não de forma teatral, apenas para cumprir-se etapas.

É importante que o Executivo tenha em mente o peso de sua escolha sobre os destinos da nação, assim como impende que o Legislativo compreenda a essencialidade da sua função de controle sobre esta escolha, sob pena da longa presença, na Corte Suprema, de uma figura a desvirtuar as intenções do legislador constituinte e a macular as decisões que pautam o destino da Justiça sendo feita no país.

4.8.2 Julgamentos de colegiado e formação de um sistema de precedentes de qualidade.

Conforme já demonstrado, para que se alcance a isonomia, segurança jurídica e justiça material, cumpre que seja dada atenção pelo Judiciário, em nível diretivo central, à coerência de todas as decisões judiciais emanadas dentro do sistema jurídico.

¹³² MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 107.

Quanto à isonomia das questões decididas dentro dos tribunais, há que se considerar a necessidade de todos os membros do colegiado enfrentarem as teses divergentes e não apenas fazerem a análise das questões, isoladamente, como se inexistisse divergência jurisprudencial¹³³. Assim procedendo, afasta-se do caráter colegiado do procedimento, assemelhando-se mais a um somatório de julgamentos individuais.

Construído o precedente judicial a partir de uma decisão assim elaborada, forma-se um precedente fraco, sem enfrentamento da fundamentação sequer pela maioria dos membros, com grande propensão a ser superado em curto prazo, no próximo julgamento de outro caso semelhante, o que pode repetir-se, sucessivamente, representando retrabalho, prejuízo à economia processual e aos jurisdicionados. Perde-se, por este proceder, vários dos ganhos previstos com o uso dos precedentes.

Cabe aqui trazer o oportuno ensinamento de Donizetti¹³⁴:

“Os operadores do Direito, no Brasil, devem perceber que, no âmbito do processo, mais vale uma questão bem discutida uma só vez, que várias questões mal elaboradas e mal resolvidas”.

Ao abrir mão do diálogo institucional interno, no momento de uma decisão, para prolatá-la mais rapidamente, o Judiciário estaria laborando para diminuir o trabalho no instante daquela decisão, tão somente para voltar a refazê-lo em um próximo processo no qual fosse novamente enfrentada aquela situação fática ou jurídica.

4.8.2.1 Implicações no formato dos julgamentos em colegiado: modelos *per curiam* e *per seriatim*.

É costume, nos julgamentos ditos colegiados nas cortes brasileiras, que o relator leia seu parecer, sugerindo a adesão dos demais naquele sentido, e os julgadores seguintes emitam parecer, pela concordância ou em contrário, na forma de votos, com uma explicação superficial; ou mesmo sem fundamentação, bastando a

¹³³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 404-5.

¹³⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): Análise Comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08.

declaração “eu voto com o relator”, tornando rápido e aparentemente prático o processo. Cumpre-se aquele evento da pauta.

Outras vezes, todos trazem os seus votos redigidos, fazem uma leitura, cada um deles, para os seus pares, colocando-se contra ou a favor de uma determinada tese, também à moda de uma votação, um pouco mais elaborada. No entanto, confrontam-se apenas as partes dispositivas das decisões individuais e não sua fundamentação. Nada é construído dali, senão, muito mal, uma resposta ao caso em tela, no formato “decisão desfavorável do colegiado por 7 votos contra 4 votos”¹³⁵.

Tome-se, como exemplo, a recente votação por 7 votos a 4 pela “desaposentação”, em que cada um dos ministros baseou seu voto em seus argumentos, não havendo a obrigação de visitar os argumentos dos demais, o que, eventualmente, pode até coincidir de ocorrer, dado o limitado elenco de fundamentos possíveis.

Neste caso específico houve vinculação legal da decisão ali tomada, por ter sido admitida a repercussão geral, mas construiu-se daí muito menos que o quanto possível para decisões futuras outras. Ficaram vinculadas apenas situações exatamente idênticas e apenas por força da determinação legal, não por haver sido ali construído um precedente forte o suficiente para vincular, baseado em sua força intrínseca e nos argumentos debatidos, ou por uma tese construída em debate.

Pode-se perceber que um julgamento colegiado de uma corte traz em si a possibilidade da confrontação de fundamentos para uma questão fática ou jurídica e este momento pode ser mais bem aproveitado pelo Judiciário do que tem sido.

Este exemplo permite uma análise, ainda que não aprofundada, das possibilidades de uso da oportunidade criada pela chegada de um caso em concreto a uma corte do Judiciário e do uso eficaz daquele tempo dispendido em um julgamento colegiado.

Veja-se, de forma escalonada, as possibilidades: (i) se não motivada a decisão, resulta em nulidade com perda total do tempo dispendido; (ii) se enfrentados de maneira pífia os fundamentos ou se enfrentados por apenas um dos julgadores, o relator, limitando-se os demais apenas a declarar sua adesão, ou não, àquele parecer, seguindo ou não seu voto, muito mal se obtém o respaldo necessário para decidir a questão em tela; (iii) se bem enfrentados os fundamentos individualmente e

contando ainda com vinculação determinada em lei, a exemplo do caso da “desaposentação”, daquela decisão, consegue-se, utilizando-se daquele esforço empreendido, resolver um rol limitado de casos idênticos; mas (iv) caso se proceda com método e organização distintas, de modo a enfrentarem, todos os julgadores, os fundamentos suscitados pelos demais na solução daquela questão, pode-se criar um precedente com força vinculante própria, inerente ao seu conteúdo lógico-argumentativo, que permitirá àquela decisão ser útil, não apenas para solução de casos idênticos, mas também de casos subsequentes que, mesmo distinta a matéria tratada, partilhem da mesma fundamentação discutida, enfrentada e tida como pertinente pela maioria da Corte. Este sim um precedente forte construído pela corte, com efeito vinculante natural, qual aqueles precedentes nos quais se baseiam os sistemas de *common law*.

Nos Estados Unidos, o juiz Marshall, durante todo seu mandato como Chief Justice da Suprema Corte (1801 a 1835), impôs a substituição do modelo seriático¹³⁶ pelo modelo de opinião da Corte¹³⁷. Tomou para si a responsabilidade e o encargo, assinando como relator a maioria dos votos no período em que presidiu a Suprema Corte. Encarregava-se de dar unidade aos julgados. Na sua visão, o modelo *per seriatim* denotava uma total falta de unidade, enfraquecendo a importância das cortes e, conseqüentemente, as decisões ali tomadas¹³⁸.

Ao menos teoricamente, como extremo, pode-se conceber que, no modelo seriático, exista a hipótese de provisão da tutela jurisdicional em determinada lide, em julgamento colegiado, por unanimidade, mas sem que haja concordância de nenhum dos magistrados em qualquer dos fundamentos utilizados pelos demais, ou seja, cada um motivando sua opinião com razões diferentes, embora no mesmo sentido de voto. É possível que todos concordem com uma mesma decisão, mas por motivos distintos.

Para se criar precedentes fortes e duradouros, é importante que ao menos a maioria dos membros do colegiado enfrente os mesmos fundamentos e se posicionem a

¹³⁶ *Per seriatim*, votos em série, um após o outro, ou Norma do Consenso.

¹³⁷ *Opinion of the Court, per curiam*, pelo tribunal.

¹³⁸ MEDINA, Damares. **Instabilidade jurisprudencial no STF dificulta cultura de precedentes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-28/damares-medina-instabilidade-decisoes-stf-gera-inseguranca>>. Último acesso em 29.10.2016.

respeito destes, consolidando o entendimento da corte naquele sentido, como resultado de uma ampla discussão.

Partindo-se da visão do Juiz Marshall, verifica-se que as decisões *per seriatim* não são colegiadas no sentido próprio, mas apenas resultado da atuação de ilhas decisórias. Para ganho do Direito sendo aplicado, e formação de precedentes fortes a compor o sistema que agora se forma; e levando-se em conta que o procedimento dialógico de formação do precedente aumenta-lhe a força, seria relevante alterar-se este modelo deliberativo, podendo, por exemplo, o relator pontuar, em seu relatório, um rol mínimo obrigatório de argumentos a serem enfrentados pelos demais julgadores.

4.8.3 Influência do fator pessoal na estabilidade responsável dos precedentes.

Pelo quanto já exposto, entende-se a necessidade de uma estabilidade responsável do precedente, com o juiz respeitando o momento indicado para a superação e fazendo-o apenas por causa relevante. A estabilidade na jurisprudência perseguida pelo CPC/2015, através de regras para a construção, bem fundamentada, de decisões e da estruturação de um sistema de precedentes, embora também vise uma melhoria na justiça sendo feita, termina, como uma consequência natural, reduzindo a litigiosidade. Percebe-se a importância do juiz, enquanto elemento do Judiciário, nos resultados esperados com estas mudanças encampadas pelo novo código.

Manter-se em concordância com decisões anteriores é muito mais cômodo do que tentar defender, perante os colegas, uma nova tese em contrário daquela já existente, investindo em investigações, argumentações e fundamentações mais exaustivas.

“Judges are people and the economizing of mental effort is a characteristic of people, even if censorious persons call it by a less fine name”^{139,140}.

¹³⁹ RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. 1925. American Bar Association Journal, p. 362. Apud GENNAIOLI, Nicola. **Overruling and Instability of Law**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12913>> Último acesso em 24 nov. 2015.

¹⁴⁰ Tradução livre: Os juízes são pessoas e economizar esforço mental é característico de pessoas, ainda que indivíduos críticos possam atribuir a esta conduta um termo menos refinado.

Ainda assim, admitir-se que o juiz preferiria não empreender esforços para superar o precedente, mesmo não concordando com ele, significaria admitir, entre outras coisas, que ele não estaria convencido o suficiente para empreender este esforço.¹⁴¹

Mas esse convencimento suficiente pode chegar ao juiz por várias vias, não apenas através do senso de justiça, mas também por convicções pessoais, religiosas e políticas, que podem ter importante participação nas mudanças excessivas ou na estabilidade excessiva dos precedentes.

Se considerado também este aspecto, pode-se admitir que, eventualmente, determinadas áreas do Direito poderiam ter um maior *turnover* de precedentes que outras.

Enquanto em algumas áreas poder-se-ia prever um conflito grande de interesses e uma pressão constante no sentido de reversão das decisões, em outras áreas, esquecidas pela mídia e pelo clamor popular, precedentes de interesse apenas de grupos com menor representatividade na população poderiam perpetuar-se sem criar maiores interesses em sua superação, o que não estaria associado a uma ideia de justiça sendo feita.

Nestes moldes, abre-se a possibilidade para situações singulares, aberrantes, onde a lei poderia passar a ser, na prática, a única alternativa com capacidade para atualizar uma jurisprudência!¹⁴²

4.9 NECESSIDADE DE CONTROLE SOBRE A PRODUÇÃO DO JUDICIÁRIO E ESCOLHAS FEITAS PELO CPC/2015.

Viu-se que com a demonstração da falência dos fundamentos do Estado Legislativo de Direito no pós-guerra, firmou-se a concepção da necessidade, ao se extrair a norma para aplicação ao caso concreto, de conjugar o conteúdo das leis com os Direitos Fundamentais, que passaram a figurar como elementos das Cartas de

¹⁴¹ GENNAIOLI, Nicola e SHLEIFER, Andrei. **Overruling and the Instability of Law**. Fev/2007, Revista do National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper No. 12913. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12913>>.

¹⁴² ABOUD, Georges. Apresentação In: CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: Jus Podium. 2015, p. 25.

Intenções dos Estados a serem efetivamente realizados. Amplia-se o âmbito de atuação do Judiciário para a concretização estes Direitos.

Como resultado das prerrogativas ganhas para cumprir esta obrigação, mais do que a pura subsunção do fato à norma, o Judiciário, em seu papel de interpretar os textos normativos, utilizando a força dos princípios contidos na Constituição, passa a ter poder para negar dispositivos legais ou alterar-lhes o entendimento diante da omissão ou insuficiência de textos normativos capazes de viabilizar a satisfação de direitos fundamentais.

Isto posto, se um juiz, singularmente, em qualquer ponto do sistema jurídico, tem tal poder sobre o Direito, controlando, até mesmo, a constitucionalidade das leis, impende que as Cortes Supremas decidam, com força obrigatória, dando limites àquele poder que o Judiciário distribui entre seus elementos.¹⁴³

Neste contexto, buscando um instrumento que já se houvesse mostrado, historicamente e no Direito comparado, capaz de controlar a dissonância jurisprudencial e os excessos eventualmente praticados na função judicante, o Estado fez, através do legislador, uma opção pela reafirmação e tentativa de ampliação do uso dos precedentes, que podem, sob este prisma, ser entendidos como normas do Judiciário, endereçadas ao próprio Judiciário.

Seguindo-se este raciocínio, nas decisões judiciais, ao não se restringir a aplicação de princípios àqueles positivados na Constituição, mas ao incluir-se também aqueles tidos, pelo intérprete, como implícitos, abre-se espaço para que os valores sendo aplicados nos julgamentos não sejam comuns a toda uma sociedade, mas, sim, valores cultivados apenas por segmentos desta sociedade aos quais pertence o magistrado¹⁴⁴.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 148.

¹⁴⁴ Há uma tendência, ao definir-se princípios, de percebê-los como valores emanados da sociedade, em uma via de mão única. Ao considerar-se que os valores emanam da sociedade, através de seus representantes no Legislativo, e a ela retornam, na forma de Direito aplicado, atribui-se aos princípios uma característica predominantemente passiva em relação à sociedade da qual “emanam”. Ocorre que as normas principiológicas, à medida que materializam os valores e conceitos da sociedade, não apenas colocam-se em posição passiva de refletir um retrato da sociedade, mas, ao serem reforçados os princípios, seja pela sua positivação ou pela sua aplicação repetitiva, como se norma fossem, findam por adquirir, também, uma função ativa no reforço de determinados valores para a sociedade, à medida que proporcionam recompensa para condutas afins, e sanção para condutas divergentes de determinado tipo de comportamento.

O juiz, ao julgar, baseado em suas convicções pessoais ou em valores representativos de segmentos da sociedade aos quais pertença; ao julgar, autorizado por interpretações singulares da norma, de cunho pessoal, travestindo estas opiniões, pessoais ou de seu grupo social, como se princípios gerais fossem, dando-lhes *status* de valores supostamente prescritos pela generalidade da sociedade; o juiz, colocado, naquele momento, em evidência para a sociedade, direta ou indiretamente atingida por aquele julgado, termina não apenas por decidir quanto ao caso em concreto, mas também, e talvez principalmente, termina por reforçar condutas e comportamentos, amplificando valores nem sempre desejáveis para a sociedade como um todo.

Assim, partindo-se desta crítica feita ao mau uso das liberdades trazidas ao juiz pelo Neoconstitucionalismo e, em seguida, colocando-se o foco na formação de um sistema de precedentes, tem-se que considerar também a amplificação destes efeitos para uma escala ainda maior, podendo ser atribuído aos precedentes o papel de indução de comportamento, da mesma forma que este caráter é atribuído às leis. Daí a grave responsabilidade do Judiciário na manutenção de um controle central sobre este sistema.

Sob este prisma, vê-se o Judiciário, de modo semelhante ao que se percebe mais facilmente com o Legislativo, delineando valores morais da sociedade, atribuindo-lhes maior ou menor peso, reforçando positiva ou negativamente determinados comportamentos.

Ao exercer repetidamente e de maneira deturpada o ativismo judicial, ou mesmo apenas ao aplicar determinado princípio *contra legem*, reiteradas vezes, em decisões judiciais, em nome de um suposto respeito a princípios, o magistrado estará, também, a causar variável mudança dos valores a serem cultivados pela sociedade.

Estaríamos tratando de um preceito a repercutir em toda a sociedade, sem que tenha sido resultado de um processo legislativo, sem que haja dela emanado, nem

Veja-se, desta forma, que o princípio, ao tomar o sentido de fonte do Direito, positivado ou reiteradamente aplicado, não só reflete os valores de determinada sociedade, mas, com igual força, consolida e reforça aqueles valores neles traduzidos.

Valores que se alçam à estatura de princípios, natural ou artificialmente, ao ser transformados em norma, coletiva ou individual, vão muito além daquele papel passivo acima descrito, adquirindo um papel ativo de reforço, à moda de um experimento comportamental behaviorista na sociedade, podendo ser amplificados com maior ou menor intensidade em determinados grupos sociais.

ao menos emanado de uma parcela que se pretende representativa desta sociedade, qual seja, o Legislativo.

A reiteração deste funcionamento anômalo do Judiciário pode ser tomada, por alguns, como em prol de um “bem maior” na concreção de direitos fundamentais e, por outros, como um “mal maior”, conforme as características da sociedade e conforme a direção para a qual se inclina esta mudança e este reforço de valores.

Mas, antes e acima de tudo, é necessário manter-se em mente que este funcionamento não segue o quanto pretendido em um Estado Democrático de Direito e não tem previsão na norma constitucional vigente.

Esta deformação, fruto de excessos, adquire ainda maior significado quando consideramos que o Legislativo, eleito, tenderia a representar mais proporcionalmente a composição do pensamento e do agir da sociedade do que o Judiciário¹⁴⁵, já que este é indicado com um viés político-ideológico muito mais forte do que aquele resultante de uma eleição em uma democracia representativa.

Ou seja, pode tratar-se do surgimento ou do reforço de um valor não emanado da sociedade como um todo, mas apenas de determinado segmento da sociedade ou, até mesmo, apenas de determinada corte, ou, ainda, somente de determinado juiz em posição alta na estrutura do Judiciário.

Restou claro, ao longo do presente trabalho, que efeitos colaterais indesejáveis do Neoconstitucionalismo estão relacionados à percepção, pela sociedade, de insegurança jurídica e imprevisibilidade de decisões judiciais. Com este escopo, foi feita, no CPC/2015 a opção pela criação de um sistema de precedentes, como uma das possíveis soluções para a dissonância jurisprudencial.

Mas, tendo em vista o quanto descrito sobre a força contida nos precedentes, verifica-se ser imprescindível o exercício do controle sobre a produção de decisões que possam vir a servir de precedentes no nosso sistema jurídico. Também por este motivo são indissociáveis a produção dos precedentes da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

A explicitação obrigatória da motivação, pelo magistrado, como elemento da decisão, dada sua importância no controle endoprocessual e extraprocessual das

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. – 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.132.

decisões judiciais, serve como instrumento de controle de qualidade dos precedentes que venham a compor este sistema pretendido, tornando-se ferramenta imprescindível à validação dos precedentes.

Neste sentido, a obrigatoriedade de motivação das decisões vem a ocupar também a função de torná-las mais coesas, trabalhando assim no sentido de aproximar o Judiciário, dentro do possível, de uma unidade jurisprudencial e, ainda, mantê-lo trabalhando dentro dos preceitos de um Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Com o CPC/2015, os precedentes judiciais foram trazidos ao foco de artigos, livros e várias mesas de discussões nos encontros e congressos sobre o Direito.

À primeira vista, o observador é levado a pensar tratar-se da introdução de um elemento jurídico alienígena, totalmente novo, do Direito pátrio. E brotam várias posições contrárias ao seu uso, demonstrando não-aceitação, acusando tentativa de transformar o Brasil em um país com tradição de *common law*, alegando vários problemas e supostas inconsistências no seu uso.

Mas, ao verificar-se as razões contrárias apresentadas e os problemas apontados como relacionados ao instituto, verifica-se que representam comentários contendo simplesmente desprezo pelos conceitos envolvidos, isto somado a uma resistência ao que se entende como novo.

Daí a necessidade de revisitar a história do uso dos precedentes, tanto no Direito brasileiro quanto no Direito comparado, de forma a melhor entender o conceito e tornar possível a exploração de sua capacidade para acrescentar qualidade à prática jurídica.

Mesmo sendo indiscutível o uso mais amplo dos precedentes nos países de tradição pura de *common law*, como a Inglaterra, este elemento não é estranho ao Direito brasileiro. Uma breve incursão pela história do Direito no Brasil permite constatar que os precedentes são utilizados desde o período colonial, quando ainda vigia o Direito português, identificados, por exemplo, nas decisões dos Tribunais de Suplicação e nos Assentos. Mantiveram-se presentes na Constituição de 1891¹⁴⁶ quando restava determinado que os juízes deveriam consultar a jurisprudência dos tribunais antes de interpretar as leis. E continuaram presentes mesmo até o CPC/73, quando o diploma dispunha, em seu art. 479, caput, que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

¹⁴⁶ Art 59, § 2º, CF/1981 – “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

Hoje, conforme o proposto pelo CPC/2015, quando uma questão é levada ao Judiciário para que seja fornecida pelo Estado a tutela jurisdicional, deve ser emitida uma decisão com fundamentação adequada. Está aí um conteúdo apto a gerar um precedente.

Caso esta decisão se enquadre em alguns daqueles casos de eficácia vinculante, determinados em lei, tem-se a formação de uma decisão judicial com caráter vinculante, com sua amplitude também já determinada em lei, devendo ser aplicada naqueles termos em casos idênticos.

Na hipótese de não se enquadrar a decisão judicial neste rol, taxativo, de precedentes com vinculação por determinação legal, mas acontecer de serem seus fundamentos os mesmos utilizados em outros julgados subsequentes, em condições que não permitam distinção com aquelas condições presentes no caso paradigma, vê-se aí a possibilidade de aplicação de um precedente judicial formado espontaneamente.

Neste caso, sua força eficaz, não estará determinada em lei, mas na dependência da força de persuasão contida nos seus argumentos, qual ocorre no *common law*, portanto, ligada à qualidade de motivação apresentada para justificar a decisão ali representada.

Assim, os precedentes judiciais, conforme o conceito originário do termo, representam decisões judiciais, em casos concretos, que têm por característica expandir seus efeitos para além das partes, carreando em si a interpretação da norma à luz de casos concretos.

Se a norma é interpretada apenas teoricamente, em abstração, não há crescimento prático significativo em seu entendimento, apenas resulta um novo mandamento abstrato, a necessitar de nova interpretação para sua aplicação a casos concretos futuros.

Ao interpretar-se a norma à luz de um caso concreto, produzindo-se um precedente, aumenta-se as ramificações e conexões em uma rede de normas que compõem determinado sistema jurídico. Há ganho jurisprudencial, pois àquela norma passa a estar vinculada mais uma característica da hipótese fática que permite a incidência do Direito, resultando, assim, na indicação de que seja adequado, para aquela situação específica, o mandamento prescrito naquela norma.

Torna-se mais claro até para a sociedade, porque é um entendimento baseado em fatos. O precedente ensina que, dada aquela situação concreta e específica, espera-se aquele determinado tipo de comportamento já prescrito na norma associada.

Do surgimento e do uso dos precedentes não resulta o distanciamento da norma, pelo contrário, há apenas uma ramificação de seu entendimento que se mantém visceralmente ligado à norma originária, disponível no sistema de precedentes para ser utilizado como argumento de interpretação, toda vez que condições fáticas semelhantes se repetirem.

Assim, o uso dos precedentes não empobrece as decisões judiciais, tornando-as, ao contrário, mais completas; e, ao mesmo tempo, permite uniformizar os entendimentos sobre interpretações de determinada norma aplicada a situações fáticas específicas.

O que é trazido como novidade pelo CPC/2015 não é o uso dos precedentes judiciais no Direito pátrio, posto que estes já estavam presentes, tanto na legislação como na prática jurídica.

A novidade vem em três determinações relacionadas a esta ferramenta, que ampliarão o seu uso no Direito nacional, tais sejam: (i) a determinação de que seja dada melhor qualidade aos precedentes, construídos sob um controle mais efetivo das cortes componentes do sistema jurídico; (ii) sua organização em um sistema coerente, acessível e de visita obrigatória pelos operadores do Direito quando da construção de suas teses e decisões; e (iii) uma melhor metodologia em sua aplicação, aprimorando-se o uso das técnicas de distinção e argumentação, na construção das decisões judiciais que lhes darão origem.

O uso do sistema de precedentes judiciais, conforme proposto pelo novel diploma, indica-se por estar relacionado a uma menor dissonância na aplicação do Direito, resultando em conseqüente maior isonomia e menor grau de litigiosidade, por perceber-se estável o Direito; além de proporcionar economia processual.

O grau de dissonância, acima do aceitável, identificado no sistema jurídico brasileiro parece ter sido originado como resultado de conceitos presentes no Neoconstitucionalismo e mal utilizados pelos magistrados; isto aliado a uma tolerância excessiva dos meios de controle da atividade jurisdicional. Ao mesmo tempo em que se possibilitou maior efetivação de direitos fundamentais ao

preceituar a interpretação da lei aplicada a princípios constitucionais, permitiu-se àqueles julgadores que assim o pretendessem, esquivar-se, ao menos em parte, dos limites da norma legislada e interpretá-la à luz destes preceitos de textura aberta.

Iniciou-se com a utilização dos princípios efetivamente positivados na Constituição e ampliou-se a prática para a interpretação com base naqueles princípios ditos implícitos, dependentes mais ainda da visão do intérprete para sua extração a partir do texto constitucional. Esta interpretação estaria a alcançar o “espírito da lei” ou a “intenção do legislador”. Não poderia ser outro o resultado, senão um progressivo distanciamento dos entendimentos e decisões, que podem ser encontrados nos mais variados matizes, por vezes, conflitando até mesmo com decisões da mesma autoridade em casos indistinguíveis entre si.

Quando feita a opção pelo uso de um sistema de precedentes, procurava-se por alternativas que permitissem a correção destes efeitos indesejáveis, mas que mantivessem os progressos obtidos com o Neoconstitucionalismo.

Com relação à adoção de um sistema de precedentes, fala-se em ganhos com a duração razoável do processo e faz-se parecer que o legislador buscou apenas tornar mais rápidas as decisões que seriam, então, tomadas em massa e com prejuízo de qualidade destas. Isto não procede.

Entendendo-se, efetivamente, o procedimento de construção de um precedente judicial e a sua utilização na análise de um caso concreto, percebe-se que uma decisão judicial que tenha levado em conta os precedentes relacionados, e que tenha corretamente enfrentado os fundamentos determinantes formadores daqueles precedentes, tende a ser muito mais próxima da Justiça, mais elaborada e mais transparente quanto ao seu conteúdo, do que uma decisão que não tenha feito uso desta técnica. Ocorre, então, claro ganho, e não uma perda na qualidade das decisões, ao utilizar-se o precedente em auxílio à fundamentação.

Também, eventual e esperado ganho de tempo no trâmite do processo, por evitar-se idas e vindas dentro do Judiciário para esclarecer-se fundamentos displicentemente dispostos, é uma consequência natural do procedimento mais sério adotado, não devendo ser visto como resultado principal perseguido pelo legislador.

Mais que o excesso de morosidade no trâmite dos processos, que também está presente, foi identificado pelo legislador uma relevante dissonância jurisprudencial e identificada também sua percepção pelos jurisdicionados.

A fim de cumprir sua função como meio de pacificação social, a estabilidade do Direito deve ser percebida pela sociedade, permitindo-lhe moldar sua conduta baseada em certa dose de previsibilidade. Mas observou-se que, na prática, o contrário acontecia. Tão variável, incerta e imprevisível tornou-se a tutela esperada do Judiciário que se chegou a cunhar um dizer, de conhecimento amplo da sociedade, sobre a imprevisibilidade do produto que “sai da cabeça do juiz”.

E o Estado reagiu, através do Legislativo, em direção à regularização deste comportamento prejudicial à efetivação de direitos fundamentais.

Mais uma vez, também neste sentido, ouvem-se discursos a apontar problemas, acusando intervenção entre os Poderes, com alegada perda da separação determinada pela Constituição.

No entanto, o que se viu ocorrer, em sequência, foi a identificação de um problema no funcionamento do Estado que afeta o cidadão e a sociedade, e a tentativa do Estado de resolver este problema, através de um procedimento legislativo, tal como se esperaria que ocorresse em uma democracia representativa, em um Estado Democrático de Direito.

Parece difundida a cultura de que a autonomia do magistrado deve ser superior até mesmo à função estatal que exerce. Parece haver sido esquecido que esta autonomia, garantida constitucionalmente, tem fundamento em sua liberdade para realizar a Justiça, e que ela não o autoriza a desvincular-se da lei. Não podem os magistrados desgarrar-se do todo e considerar-se como ilhas decisórias, não importando o conjunto.

Se a Justiça esperada pela sociedade tem sido comprometida com decisões que, flagrantemente, segundo o senso comum, ferem a isonomia e a segurança jurídica; se foi verificado que tem sido feito um uso deturpado da autonomia constitucionalmente prevista, permitindo ao juiz furtar-se a realizar o quanto previsto na norma, dando espaço a interpretações pessoais, divergentes e ainda oscilantes, injustificadas; tem que haver, sim, lugar para que se corrija as técnicas utilizadas na prestação jurisdicional e reveja-se os procedimentos utilizados.

Nota-se ser necessário revisar o papel dos membros do Judiciário na sua estrutura para que a engrenagem volte a girar na direção correta e permita-se obter uma melhor obtenção de Justiça para os jurisdicionados e para a sociedade como um todo.

Para um melhor resultado das medidas propostas no CPC/2015, deve fazer-se clara a noção de que os objetivos do Estado em relação a cada cidadão e à sociedade são alcançados com a efetivação da função de cada um dos três Poderes. E que os elementos de cada um dos Poderes devem trabalhar como peças para efetivar os objetivos da estrutura da qual são elementos.

A construção do sistema dos precedentes na Inglaterra não se deu da noite para o dia; foi feita, peça sobre peça, no decorrer de muitos anos, governos, guerras e, principalmente, através de muita experiência adquirida com lides enfrentadas pelas cortes.

Também não se imagina que o sistema brasileiro passe a estar já operacional e esteja automatizada a sua utilização apenas pelo início da vigência de uma norma legal neste sentido. Mas cumpre que se inicie a sua construção com bases firmes.

Para atingir este objetivo, deve-se primar pelo rigor na produção de julgados que contenham motivação explícita, coerente e adequada, permitindo, àquele que o examina, transitar, sem sobressaltos desde o contexto fático até a parte dispositiva, entendendo todo o caminho lógico e coerente percorrido pelo magistrado no exercício de seu papel de julgar.

Não se pode começar a construção do sistema de precedentes, desrespeitando a norma, sendo tolerantes com entendimentos que não enfrentaram por completo os argumentos contidos nas teses construídas pelas partes em conflito. Isto levaria à admissão de precedentes fracos e de curta duração, trabalhando em contrário do quanto pretendido pelo CPC/2015, enfraquecendo o Direito. É necessário o uso de alguma ferramenta que permita controlar a qualidade dos precedentes sendo formados.

Este controle de qualidade, proposto para o sistema brasileiro de precedentes a ser criado, tem como sustentação uma maior cobrança da motivação adequada das decisões judiciais, conforme já determinado pela Constituição, e cujo procedimento também veio, não por acaso, detalhadamente descrito no novo CPC.

Não foi sem razão que o legislador do CPC/2015 incluiu o que vem a ser necessário para considerar-se motivada uma decisão judicial. Laborou para especificar, didaticamente, o que deve e o que não deve ser aceito como motivação de uma decisão. Assim o fez porque está aí o cerne das decisões judiciais e, portanto, o pilar estrutural do sistema de precedentes, devendo ser vistos como inter-relacionados e, mesmo, interdependentes estes dois temas tratados pelo código.

Foi feito todo um planejamento teórico do sistema, que já começa a ser posto em prática, através de resoluções do CNJ dirigidas aos tribunais. No entanto, é previsível a presença de barreiras culturais à implantação do quanto planejado, barreiras representadas por práticas viciosas já há muito arraigadas no sistema. Não se terá a derrubada, ainda que progressiva, destas barreiras, se não for esta a intenção dos que ocupam as posições de comando dentro do Judiciário e dos órgãos com função de controle dentro deste Poder.

Como alterações na cultura não ocorrem do dia para a noite, e o mesmo aplica-se à cultura jurídica, é longo o caminho esperado para esta adaptação, importando levar-se em conta que a mudança planejada foi feita na direção e sentido certos e encontra-se já em curso sua implementação.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Apresentação *In*: CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: Jus Podium, 2015.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **O Direito à Distinção no Sistema Processual Civil Brasileiro: Perspectivas à Luz do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.89, jan/mar, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. *In*.: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

CARVALHO, Mayara e SILVA, Juliana CT. Ressalva de Entendimento da Primeira Instância no Sistema de Precedentes Brasileiro. *In*.: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2012.

DE CRISTOFARO, Marco. **A Motivação das Decisões Judiciais**. Em I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil. Coordenadores: Zufelato, Camilo; Bonato, Giovani; Sica, Heitor VM; Cintra, Lia CB; Ed Jus Podium. Salvador, 2016.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Último acesso em 26 jun 2016.

Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa; Segundo Anno da Legislatura, Tomo Setimo, Lisboa, 1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/mc/c1821>>. Última visualização em 25/10/2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cláusulas Gerais Processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Último acesso em 25/10/2016.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias,**

Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador; Ed.Jus Podium, 10ª ed., 2015, v.2.

_____. **Editorial 49.** Disponível em: <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial/editorial-49>. Último acesso em 03/10/2016

_____; NUNES, Dierle; MONNERAT, Fábio Vítor da Fonte. **Falando de Processo – Mesa Redonda nº22 – Precedentes no Novo CPC.** (Vídeo). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8>>. Última visualização em 25/10/2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): Análise Comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73.** São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. – 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Segurança Jurídica entre Ouriços e Raposas.** Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727> Último acesso em 10/10/2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **O Conceito de Precedentes no Novo CPC.** Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Último acesso em 08/10/2016.

GENNAIOLI, Nicola e SHLEIFER, Andrei. **Overruling and the Instability of Law.** Fev/2007, Revista do National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper No. 12913. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12913>>

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito do Direito.** Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law.** Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 21. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1990.

INNES, A D. **Normand England and Feudalism.** Disponível em: <<http://www.britainexpress.com/History/Norman-England-and-Feudalism.htm>>. Último acesso em 29/10/2016.

KIRAFLY, Albert R; LEWIS, Andrew D E; GLENDON, Mary A. **Encyclopaedia Britannica.** Disponível em: <<https://global.britannica.com/topic/common-law>>. Última visualização em 12/10/2016.

LENZA, Pedro. Reclamação Constitucional: Inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Última Visualização em 12/10/2016.

LIMA, Tiago A Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código Civil e a Sistematização em Rede dos Precedentes Judiciais. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriil (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

_____. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Jus Podium, 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 1ª ed. Salvador: JusPodium, 2015.

MAITLAND, F W. **Sketch of English Legal History**. New York, 1915. Apud: HOGUE, Arthur R. *Origins of the Common Law*. Indianápolis, IN, USA. Library of Congress. Reprint. Originally Published: Bloomington, Indiana University Press, 1966.

MARINHO, Hugo Chacha Carvalho. A Independência Funcional dos Juízes e os Precedentes Vinculantes. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriil (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 1ª. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual. n.68, pag 12. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Del tribunal que declara “el sentido exacto de la ley” Al Tribunal Que Sienta Precedentes. *In.*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUROIS, André. **History of England**. 1917. P. 54. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/21294409/History-of-England>>. Acesso em: 12/10/2016.

MEDINA, Damares. **Instabilidade jurisprudencial no STF dificulta cultura de precedentes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-28/damares-medina-instabilidade-decisoes-stf-gera-inseguranca>>. Último acesso em 29.10.2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice – cortes superiores y cortes supremas. *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missón de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MONERAT, Fábio Vitor da Fonte. **Efeitos Objetivos Do Julgamento do Recurso Extraordinário**. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistaDireito/numero-1/19-fabio-monnerat.pdf>>. Último acesso em 29/10/2016.

_____; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Falando de Processo – Mesa Redonda nº22 – Precedentes no Novo CPC**. (Vídeo) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8>>. Última visualização em 25/10/2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Prefácio. *In*: CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: Jus Podium, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

NUNES, Dierle e HORTA, André Frederico. Aplicação de Precedentes e Distinguishing o CPC/2015: Uma Breve Introdução. *In*.: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um Rápido Olhar Sobre o Stare Decisis. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes**. 1ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2010.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos Materiais e Processuais da Superação de Precedentes no Direito Brasileiro. *In*.: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buriel (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

_____. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

QUEIROZ, Luiz Felipe. **História do Direito Brasileiro: Do Patrimonialismo-Burocrático ao Corporativismo-Nepotista na Época do Brasil - Colônia**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-do-direito-brasileiro-do-patrimonialismo-burocratico-ao-corporativismo-nepotista-na-epoca-do-brasil-colonia/93661/>>. Último acesso em 29/10/2016.

RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. 1925. American Bar Association Journal, p. 362. Apud GENNAIOLI, Nicola. **Overruling and Instability of Law**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12913>> Último acesso em 24 nov. 2015.

REFORMA de Decisão no 1º Grau. **Justiça em Números**, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/9888da7f7eca3fe64ee6549c8835e215.pdf>>. Último Acesso em 30/07/2016.

RUBIN, Fernando. **Efetividade Versus Segurança Jurídica: Cenários de Concretização dos Dois Macroprincípios Processuais no Novo CPC**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Ed. Magister, nº 65, mar/abr, 2015.

SCHAUER, Frederick. Precedente. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Marcos José Porto. **A Ratio Decidendi dos Precedentes Judiciais**. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro. Belo Horizonte: Fórum, n.85, jan/mar, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. **O Que São os Precedentes Vinculantes no CPC/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Último acesso em 29/07/2016.

THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Hierarquia Judiciária e Eficiência do Precedente Judicial**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial>. Acesso em 16/10/2016.

_____. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O Regime do Precedente Judicial no Novo CPC. *In.*: Didier Júnior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de; Macedo, Lucas Buril (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3, Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

United Kingdom Tribunal Decisions. Disponível em:
<https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/tribunal-decisions/>. Último acesso em 29/10/2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Deben los jueces crear derecho? *In*: TARTUFFO, M; MARINONI, LG; MITIDIERO, D (Coord.). **La Missón de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016.