



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

SAMUEL JOSÉ CASSIMIRO VIEIRA

**O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E A INDEPENDÊNCIA
JUDICIAL: CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

JOÃO PESSOA

2017

SAMUEL JOSÉ CASSIMIRO VIEIRA

**O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E A INDEPENDÊNCIA
JUDICIAL: CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante, da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Pós-graduado em Prática Judicante.

Área de concentração: Processo Civil.

Orientador: Professor Me. Ramonílson Alves Gomes.

JOÃO PESSOA

2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da Monografia.

V657s Vieira, Samuel José Cassimiro.

O sistema de precedentes obrigatórios e a independência judicial [manuscrito] : condições de convivência à luz do novo Código de Processo Civil / Samuel José Cassimiro Vieira. - 2017

85 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2017.

"Orientação : Prof. Me. Ramonilson Alves Gomes, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa."

1. Hermenêutica. 2. Processo Civil. 3. Direito Constitucional.

21. ed. CDD 347.05

SAMUEL JOSÉ CASSIMIRO VIEIRA

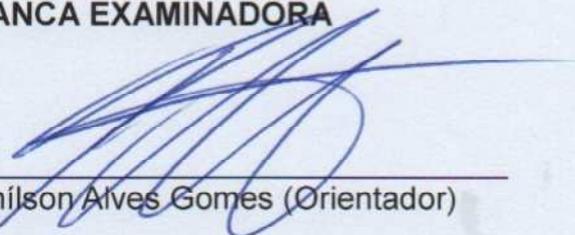
O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E A INDEPENDÊNCIA
JUDICIAL: CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante, da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Pós-graduado em Prática Judicante.

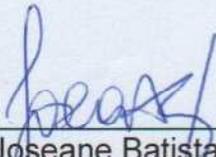
Área de concentração: Processo Civil.

Aprovada em: 07 / 03 / 2017 .

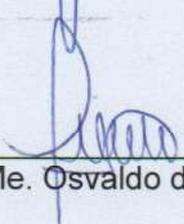
BANCA EXAMINADORA



Me. Ramonilson Alves Gomes (Orientador)



Dra. Joseane Batista de Azevedo



Me. Osvaldo de Freitas Teixeira

RESUMO

Fala-se, sem muita preocupação com a consistência, que as ideias de criação judicial do direito e de *stare decisis*, próprias dos sistemas de tradição *common law* são frutos da baixa produção legislativa e, portanto, incompatíveis com os sistemas de história *civil law*, em que prevalece o direito legislado. Este trabalho busca demonstrar a compatibilidade da técnica de precedentes obrigatórios com a independência judicial no sistema jurídico brasileiro, historicamente *civil law*, e seus valores constitucionais e identificar as condições para esta sobrevivência harmoniosa. Para tanto, utiliza-se, principalmente, o aporte histórico e teórico da crítica hermenêutica do direito. Inicialmente, busca-se examinar as origens e fundamentos do *stare decisis*, bem como movimento de aproximação entre este e os países de tradição romano-germânica. Em um segundo momento explora-se a noção de independência judicial, classificando-a em três dimensões: interna, externa e psicológica, e de liberdade decisória, exposta junto de questões conexas, como o livre convencimento motivado e a discricionariedade judicial. Na terceira parte a liberdade para decidir é contraposta com o sistema de precedentes obrigatórios adotado pelo novo Código de Processo Civil, à luz de princípios de direito constitucional processual, como duração razoável do processo, segurança jurídica, a fim de verificar a possibilidade de subsistência simultânea de ambos os institutos diante da forma como os precedentes vem sendo tratados no ordenamento brasileiro, de tradição *civil law*. Neste ponto, o trabalho defende a importância do respeito aos precedentes, quando utilizados através de uma técnica adequada, na composição da tradição jurídica brasileira como instrumento destinado ao alcance das pretensões de efetividade, coerência e integridade da ordem jurídica. Por fim, o estudo explana que a utilização indevida dos precedentes passa a ser um risco à independência judicial e à própria separação dos poderes quando entendimentos jurisprudenciais são hierarquicamente impostos, de forma dissociada dos casos que os originaram, para serem burocraticamente seguidos.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios. Independência judicial. Liberdade decisória. Hermenêutica.

ABSTRACT

Without much concern for consistency, it has been said that the ideas of judicial creation of law and of stare decisis, proper to the systems of common law tradition are fruits of the low legislative production and therefore incompatible with the systems of civil law tradition, in which prevails the law created by the Legislative. This paper seeks to demonstrate the compatibility of the technique of mandatory precedents with judicial independence in the Brazilian legal system, historically civil law, and to identify the conditions for its harmonious survival with the judge's decisory independency and constitutional values. For that end, the paper relies on the historical and theoretical contribution of the hermeneutic critique of law. Initially, seeking to examine the origins and foundations of stare decisis, as well as movement of approximation between that model and the countries of Roman-Germanic tradition. In a second moment, the notion of judicial independence is explored, classifying it in three dimensions: internal, external and psychological, and of decision-making freedom, exposed with related issues, such as free motivated conviction and judicial discretion. In the third part, the freedom to decide is opposed to the system of mandatory precedents adopted by the new Code of Civil Procedure, in light of principles of constitutional procedural law, such as reasonable duration of the process, legal certainty, to verify the possibility of simultaneous subsistence of both institutes in view of the way in which precedents have been treated in the Brazilian civil law tradition. At this point, the paper stresses the importance of respecting precedents, when used through an adequate technique, in the composition of the Brazilian legal tradition as an instrument aimed at reaching the claims of effectiveness, coherence and integrity of the legal order. Finally, the study explains that the misuse of precedents becomes a risk to judicial independence and to the separation of powers when jurisprudential understandings are hierarchically imposed, in a way that is dissociated from the cases that originated them, to be bureaucratically followed.

Keywords: Binding Precedents. Judicial Independence. Decision-making freedom. Hermeneutics

Sumário

1 INTRODUÇÃO	7
2 DO MOVIMENTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E AS TEORIAS DO COMMON LAW	9
2.1 BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> 10	
2.1.1 Da formação da teoria dos precedentes vinculantes no common law.....	12
2.1.2 O desenvolvimento histórico do <i>civil law</i>	16
2.2 O MOVIMENTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS COMMON LAW E CIVIL LAW	19
2.2.1 A influência do constitucionalismo.....	21
2.2.2 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados	23
2.3 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO	24
2.4 A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E OS MECANISMOS NECESSÁRIOS PARA SUA APLICAÇÃO.....	27
2.4.2 <i>Ratio decidendi e obiter dictum</i>	29
2.5 A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	32
3 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	35
3.1 CONCEITO DE INDEPENDÊNCIA	37
3.1.1. A Independência Externa.....	38
3.1.2. A Independência Interna	39
3.1.3. A Independência Psicológica	40
3.3 IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA.....	40
3.4. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA MAGISTRATURA.....	42
3.5. A VALORAÇÃO PROBATÓRIO E A DISCRICIONARIDADE DOS MAGISTRADOS.....	44
3.6. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	45
3.6.1 A fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015.....	48
3.6.2. A fundamentação das decisões à luz da realidade do Judiciário Brasileiro	51
4 A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COM A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	55
4.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	57
4.1.1 Eficácia persuasiva	59
4.1.2 Eficácia vinculante	61
4.1.3. Eficácia de obstar a revisão de decisões	63
4.2 APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES.....	64
4.2.1 Razão Jurisprudencial e o direito fundamental ao processo.....	66
4.3 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	72
4.3.1 Distinção de casos (<i>distinguish</i>).....	72
4.3.2 <i>Overruling</i>	74
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais contemporâneas, influenciadas pela democratização dos meios de comunicação e ampliação dos direitos fundamentais e da consciência jurídica dos cidadãos, têm por característica a complexidade e a agilidade no surgimento de novos conflitos.

Diante deste contexto, um dos grandes desafios colocados para o direito processual civil contemporâneo é a busca pela eficácia do processo, traduzida como a satisfação dos interesses daqueles que buscam na atividade jurisdicional o acesso à justiça em tempo razoável, sem que se perca a qualidade da atividade judiciária.

A necessidade de fazer frente a um número cada vez maior de ações, bem como de evitar a prolação de decisões diferentes, ou até contraditórias, para os inúmeros casos submetidos ao Judiciário despertou no Brasil, país de tradição *civil law*, um movimento doutrinário e jurisprudencial de valorização dos precedentes e de implementação de um sistema de precedentes obrigatórios, incorporando a técnica de *stare decisis*, encontrada principalmente nos países de tradição *common law*.

Parte da doutrina vê neste sistema a possibilidade de aumentar o grau de previsibilidade e isonomia no contexto judiciário, ante a pluralidade de interpretações possíveis de extrair-se do texto legal, obrigando magistrados e tribunais a observar suas próprias decisões e as das Cortes que lhe forem superiores.

Noutra perspectiva, há aqueles que se posicionam contrários à vinculação aos precedentes, ao argumento de que tal medida feriria a independência do Judiciário e de seus integrantes, assim como a liberdade dos juízes de decidirem conforme seu convencimento motivado, além de enrijecer a evolução do Direito, retornando a uma fase de mero exegetismo.

Quanto a esta matéria, um dos principais pontos de destaque do Código de Processo Civil de 2015 – Lei 13.015, de 16 de março de 2015 – diz respeito à ampliação da aplicabilidade dos precedentes. São diversos os dispositivos espalhados pelo novo Código que tratam desta temática, que se encontra concentrada, principalmente, nos artigos 926 e seguintes.

É com vistas a explorar este debate, há muito instaurado e intensificado com o Código de Processo Civil de 2015, que se buscará explicar em que medida a aplicação da técnica de precedentes obrigatórios é compatível com a independência

judicial e com a liberdade decisória dos julgadores, como medida de evitar a fragmentação de interpretações legais, assegurando a isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem. O conteúdo teórico da pesquisa foi desenvolvido a partir da leitura de legislações, livros, excertos doutrinários, artigos científicos, dissertações e notícias publicadas em jornais online, evidenciando o caráter bibliográfico da pesquisa.

Sendo assim, no capítulo inicial, analisar-se-á, previamente, a compatibilidade sistêmica do *stare decisis* com o *civil law* e, especialmente, com o direito brasileiro, bem como apreciar-se-á a teoria dos precedentes judiciais.

Para tanto, mostra-se imprescindível resgatar historicamente as tradições de *civil law* e *common law*, tangenciando a problemática das fontes do direito e percorrendo os inúmeros fatores que levam a doutrina a questionar a aplicabilidade de um sistema de precedentes no direito brasileiro, bem como estabelecer o conceito de precedente, identificar suas partes integrantes e as técnicas necessárias para sua aplicação.

O segundo capítulo terá por objetivo explanar o que se entende por independência judicial e liberdade decisória e qual a relação entre os dois conceitos. Buscar-se-á demonstrar que independência judicial é um conceito multifacetário, que se referente não apenas aos magistrados, individualmente, mas também ao Judiciário, como instituição, bem como analisar-se-á a questão da liberdade decisória dos juízes para interpretar a ordem posta.

O terceiro capítulo é desenvolvido visando a investigar o sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial os procedimentos de formação e superação dos precedentes vinculantes, debruçando-se sobre a legitimidade principiológica e constitucional desta técnica, como forma de conferir efetividade ao processo e evitar a fragmentação do direito, a fim de analisar a relação entre independência judicial, utilização de precedentes obrigatórios e autonomia do Direito.

2 DO MOVIMENTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E AS TEORIAS DO *COMMON LAW*

O sistema jurídico brasileiro, assim como o da maior parte dos países da Europa continental é filiado à Escola jurídica *civil law*, de tradição romano-germânica. Nestes, a jurisdição é estruturada de forma a privilegiar a aplicação do direito produzido pelo Poder Legislativo, escrito e positivado. A lei é considerada a fonte principal o Direito e, conseqüentemente, o instrumento apto a solucionar os conflitos levados ao Judiciário (DONIZETTI, 2015).

No Brasil, o artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988 confirma a adoção do modelo *civil law*, assegurando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do dispositivo extrai-se o princípio da legalidade, que, além de direito individual fundamental, serve como instrumento norteador da atividade jurisdicional, impondo que direitos e deveres apenas serão obtidos a partir da lei.

Didier Jr. e Cunha (2016) mencionam que a legislação processual, assim como o estudo do direito processual, desenvolveu-se a partir da análise de litígios individuais, considerando única cada demanda, retratando um litígio específico entre duas pessoas.

Na sociedade atual, entretanto, marcada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um notável aumento na quantidade de conflitos levados ao Judiciário, o qual ultrapassa a capacidade do sistema individual de solução de litígios, causado, dentre outros fatores, pela ampliação dos meios de comunicação social, pelo aumento da consciência jurídica dos cidadãos (DIDIER; CUNHA, 2016).

E, em países como o Brasil, em que não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Public interest litigation*), que consiste num dos fatores determinantes de geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim, uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo. (THEODORO Jr., 2015, p. 354).

Diante do problema da morosidade e inefetividade, o legislador brasileiro vem se deparando com duras críticas à forma da prestação jurisdicional e descrédito na instituição jurídica do processo civil (BARACHO, 2014).

Em resposta a estes problemas, há algum tempo os países de tradição *civil law*, dentre eles o Brasil, vêm experimentando um movimento de aproximação com o

sistema *common law*, através do apelo ao uso de precedentes judiciais como mecanismo para combater os problemas da multiplicação de demandas, da diversidade de julgamentos em casos análogos, a despeito da aplicação de uma única norma jurídica. A preocupação com a uniformidade da jurisprudência, embora não seja recente, intensificou-se bastante, principalmente, nas duas últimas décadas (BAHIA; VECCHIATTI, 2014).

Porto (2005) descreve que o intercâmbio de propostas e experiências entre os modelos jurídicos *civil* e *common law* é um processo histórico que foi acelerado em face do processo de globalização e facilitação das comunicações, dos quais decorre um diálogo mais intenso entre os diversos sistemas jurídicos, onde um recebe influência direta ou indireta do outro.

Tal proposta, no entanto, encontra objeção entre parte da doutrina ao argumento de que a tradição *civil law*, a que se filia o sistema jurídico brasileiro, é incompatível com um sistema de precedentes obrigatórios, porquanto apenas as normas escritas podem ser impostas como fonte formal do Direito, não havendo espaço para a atividade criativa dos magistrados (MEDINA, FREIRE e FREIRE, 2013).

Com relação a este aspecto, o capítulo inicial do estudo dedica-se à apreciação da compatibilidade da sistemática do *stare decisis* com o *civil law*, especialmente com o ordenamento brasileiro, bem como à análise da teoria dos precedentes obrigatórios e as técnicas incorporadas pelo novo Código de Processo Civil para sua aplicação.

2.1 BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O direito é, a um só tempo, processo e produto cultural. É processo, na medida em que consiste na atividade valorativa constante de uma determinada sociedade a fim de realizar a ordem, segurança e paz nas relações sociais e é produto, porquanto é um valor realizado, um resultar histórico e cultural da comunidade (NÓBREGA, 2007).

Baracho (2014) explica que, quanto à forma pela qual as normas são interpretadas e aplicadas, se costuma classificar os ordenamentos em *civil law* ou *common law*. Frutos de circunstâncias política e culturais diversas, essas duas tradições jurídicas desenvolveram costumes e práticas jurídicas diferentes, as quais

se definem por institutos e conceitos próprios de cada um dos sistemas, razão pela qual, para fins didáticos, se agrupam os diferentes sistemas sob uma ou outro destes grupos ante presença de características comuns, que os distinguem daqueles agrupados sob a outra família.

Os ordenamentos que abraçaram o *civil law* preferem as fontes escritas, ou codificadas do Direito. Têm sua origem histórica na tradição jurídica romana, sobretudo, em razão da introdução neste ordenamento do *Corpus Iuris Civilis* pelo Imperador Justiniano, com a pretensão de unificação de todo o Direito existente. Os textos produzidos pelo Direito Canônico e os estudos realizados pelas Universidades contribuíram para o desenvolver o Direito escrito em certos países europeus (VIEIRA, 2007).

A dicotomia rigorosa entre um direito inteiramente “codificado” e um Direito inteiramente “jurisprudencial” é um dos resíduos da forma de pensar positivista, que [...] considerava o direito apenas como um objeto estático a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como Direito positivo/Direito natural; norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma/proposição jurídica; Direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do Direito expositória/ censorial (BUSTAMANTE, 2012. p. 95).

Já sob a ótica do *common law*, os costumes reconhecidos por meio dos precedentes judiciais, embora não possuam, no sentido formal, hierarquia maior de que conferida à lei, constituem a principal fonte do direito (BUSTAMANTE, 2012). Na verdade, no aspecto, formal, mesmo no *common law*, a autoridade da lei é superior à atribuída às decisões judiciais, e não o contrário (MARINONI, 2013).

Marinoni (2009), entretanto, destaca que o *common law* não se opõe à produção legislativa. Embora em sua forma clássica a tradição anglo-saxônica buscasse o direito, principalmente, em fontes não escritas, atualmente, esta realidade não se verifica. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha o mesmo volume de produção legislativa de que qualquer país europeu ou latino-americano. Por outro lado, da mesma forma que existência de legislação escrita não exclui o *common law*, uma profusão de leis não se opõe à necessidade de um sistema de respeito precedentes.

Como todo produto histórico-cultural, o direito varia em função da sociedade em que se é aplicado. Para compreender com clareza os detalhes e elementos característicos de cada sistema é preciso lembrar sua respectiva origem histórica,

notadamente a influência da forma como se deu a derrocada do absolutismo na Inglaterra (Revolução Inglesa) e na França (Revolução Francesa), os quais fizeram surgir diferentes características em cada um destes sistemas (GONÇALVES; VALADARES, 2014).

Assim, a fim de compreender as diferenças e semelhanças entre a tradição romano-germânica e a anglo-saxã e, conseqüentemente, a compatibilidade de um sistema de precedentes obrigatórios no *civil law*, faz-se necessário primeiro conhecer o contexto em que se formaram.

2.1.1 Da formação da teoria dos precedentes vinculantes no common law.

O sistema jurídico *common law* desenvolveu-se na região da Grã-Bretanha como um sistema jurídico distinto do aplicado na Europa continental, em parte vinculado e em parte contraposto ao direito romano (LOSANO, 2007).

Porto (2005) leciona que o direito formado no sistema *common law* busca sua essência na tradição, costumes jurídicos de determinada sociedade, inculcando nos seus operadores um profundo senso histórico, de busca pela manutenção das práticas de seus antepassados, o qual rendeu-lhe o adjetivo de direito costumeiro.

Baracho (2014, p. 109) sintetiza o *common law* como sendo “o sistema jurídico que tem por base essencialmente a análise de precedentes judiciais a fim de se extrair uma regra de direito”, surgido após o ano de 1606, quando o ordenamento britânico deixa de ser fracionado, definido por cada tribo, tornando-se um único poder em toda a Inglaterra.

David (2002) ensina que nos séculos X e XI o direito inglês era fragmentado, organizado pela Assembleia dos Homens Livres (*Conty Court* ou *Hundred Court*), a qual utilizava os costumes locais para decidir qual das partes em conflito deveria provar suas alegações. Em suma, a parte que alegasse que a situação deveria desenvolver de forma diversa dos costumes deveria provar o porquê de afastá-los naquele caso.

Somente após a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1.066, o poder tornou-se central. A unidade política empreendida na Grã-Bretanha por Guilherme, o Conquistador, criou ambiente propício para a unificação do direito inglês. O núcleo do *common law* formou-se neste contexto, por meio da hibridização do direito romano e germânico (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015). A formação do

direito inglês comum presente em toda a Inglaterra ocorreu nos Tribunais da Westminster, a partir do século XIII.

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da common law. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da common law e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as Hundred e as County Courts, quando os tribunais de Westminster, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais (GALIO, 2014, p. 11)

A vinculação aos precedentes ocorreu de forma natural no direito inglês, em razão da preocupação com a existência de julgamentos contraditórios, protegendo o indivíduo contra o arbítrio do monarca. Neste sistema, o magistrado adquiriu importância primordial na consolidação da jurisdição, visto que não apenas interpreta a lei, mas também lhe é permitido extrair direitos e deveres dos precedentes. (MARINONI, 2009)

The common law, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of judicial will. It was not discovered but created (MARINONI, 2009 *apud* WESLEY-SMITH, 1987, p. 13)

Na Inglaterra, berço do *common law*, a queda do Absolutismo foi impulsionada por um sentimento não de quebra com as tradições, mas sim de reafirmação do Direito preexistente, limitando os poderes do Rei. A Revolução Inglesa assumiu um caráter mais conservador, sem a pretensão de fundar uma ordem jurídica completamente nova (GONÇALVES; VALADARES, 2014).

Não foi necessário formular o dogma da aplicação estrita da lei. Os juízes ingleses não só constituíam uma força progressista, preocupada em proteger o indivíduo contra os abusos do governo, como ainda desempenharam relevante papel na centralização do poder e superação do feudalismo, reafirmando o direito contido nas tradições, sem a necessidade de rejeitar o passado (BARACHO, 2014).

O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo (MARINONI, 2009, p. 18).

O direito inglês, pós-revolução, não apenas aceitava seu passado, mas o reverenciava. Ao contrário do que se verificou na Revolução Francesa, a Revolução Inglesa pretendia fortalecer o direito preexistente. Os juízes era, vistos como aliados na luta pela proteção dos direitos individuais e para frear os excessos do Rei, remetendo-se ao direito originário dos *englishmen* (MARINONI, 2013).

O Poder Judiciário não teve o mesmo desfecho do Poder Executivo – o juiz inglês, por sempre ter lutado contra o absolutismo do rei, não teve sua atuação limitada pela lei. O Poder Judiciário era independente do Parlamento e podia, inclusive, controlar os atos legislativos a partir do *Common Law*. Nessa linha de raciocínio, o juiz inglês, que não estava subordinado ao Parlamento, dava legitimidade à lei e reafirmava o *Common Law*. (GONÇALVES; VALADARES, 2014, p. 627)

Entretanto, o sistema inglês não confere o valor de precedente obrigatório a qualquer decisão. Apenas os casos que sejam capazes de tornar-se paradigma, tanto de julgadores quanto de jurisdicionados é que tem a capacidade de tornarem-se vinculantes. Ademais, não é toda a decisão que se torna vinculante, mas apenas a parte que constitui suas razões de decidir (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Ressalte-se que o *common law*, compreendido como os costumes gerais que orientavam o comportamento dos ingleses, não se confunde, depende ou pressupõe a vinculação aos precedentes (*stare decisis*), uma vez que a teoria dos precedentes obrigatórios é relativamente recente no Direito Inglês. Além de o *common law* ter nascido séculos antes da ideia de vinculação à *ratio decidendi* de casos pretéritos, o sistema funcionou perfeitamente, por alguns séculos, sem os fundamentos e conceitos da teoria dos precedentes (MARINONI, 2009).

To a historian at least any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough (MARINONI, 2009, *apud* SIMPSON, 1973).

Tucci (2010) ensina que, enquanto origem da tradição *common law* pode ser atribuída ao século XVI, as bases para o desenvolvimento da ideia de precedentes vinculantes só foram lançadas na Inglaterra em idos do século XIX, quando a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) reconheceu a si e a todos os tribunais

inferiores a obrigação de observar as razões por ela invocadas no julgamento de ações similares posteriores.

Com efeito, a doutrina de vinculação aos precedentes judiciais somente se solidificou na Inglaterra no final do século XIX, durante o julgamento do caso *London Tramways vs. London County Council*, no qual a *House of Lords* veio a reconhecer a vinculação às suas próprias decisões (*binding precedent*), no ano de 1898 (MARINONI, 2009).

Na realidade, quando, em *London Tramways v. London County Council*, foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumentos para contrariar as suas decisões, não houve hesitação em se decidir que isto não poderia ocorrer. Ou seja, a vinculação horizontal, na *House of Lords*, é devedora de um precedente com feição de *rule of precedent* (de regra concernente à eficácia dos precedentes) e não de direito substancial. (MARINONI, 2009, p. 17).

Tucci (2004) ensina que, em razão da importância adquirida pelos magistrados no decorrer da formação do *common law*, sobretudo após a Revolução Inglesa, naquele sistema, a fundamentação das decisões é importante, não só por interessar aos litigantes, mas porque proporciona aos demais jurisdicionados previsibilidade quanto ao tratamento das situações semelhantes posteriores.

De sorte que, '*Standing by a decision* (firmar uma decisão)', representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a idéia: *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzido como deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso (sic) (PORTO, 2005, p. 8)

David (2002), entretanto, destaca que a força vinculante das razões de decidir pretéritas não significa que estas sejam equiparadas à lei. O juiz do *common law* não deseja substituir o legislador. Embora se possa afirmar que o precedente possui força obrigatória, constituindo o direito diante do caso concreto, ao magistrado não é dada autoridade para criar o direito a partir de sua própria vontade, como o faz o legislador. No modelo anglo-saxônico o juiz não se limita a interpretação da lei, podendo extrair direitos e deveres a partir dos costumes (*common law*), entretanto, atua sempre à luz e a partir de um direito preexistente, ainda que não escrito.

Por outro lado, não é verdadeira a afirmação de que a ideia de um sistema de precedentes se contrapõe a um ordenamento com considerável produção legislativa. Com efeito, a inda que no direito inglês primitivo houvesse baixa produção

legislativa, este fenômeno não se verifica no *common law* moderno (BARACHO, 2014). É provável que um estado dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes (MARINONI, 2009). Assim como da existência da lei não se opõe ao *common law*, a existência de grande volume legislativo não exclui a necessidade de um sistema de precedentes.

Dessa forma, conclui-se que no *common law* a atividade do intérprete inicia-se com um estudo pragmático, partindo do caso concreto para buscar fundamentos jurídicos para a solução para o caso concreto, os quais serviram também para lides futuras, fazendo dos casos pretéritos fonte primária do direito, a fim de conferir previsibilidade e estabilidade (segurança jurídica) ao ordenamento, permitindo ao cidadão conduzir-se com base naquilo que já foi decidido em situações semelhantes.

2.1.2 O desenvolvimento histórico do *civil law*.

O *civil law* pode ser definido como o sistema jurídico de origem romano-germânica, adotado pela maioria dos países da Europa Continental, que privilegia como principal fonte formal do direito a Lei, aceitando a jurisprudência e os, no máximo, como fontes secundárias (BARACHO, 2014).

A tradição jurídica romano-germânica, também conhecida como *civil law*, tem sua origem nos séculos XII e XIII, momento em que a Europa passava por intensas transformações sociais, culturais e econômicas. Seu nome advém do termo em latim *ius civile*, que era a lei aplicável aos cidadãos de Roma (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015).

Até o século XX não havia na Europa um direito nacional. Nas universidades, diante da necessidade de maior organização jurídica, com destaque para a Universidade de Bologna, ensinava-se o Direito Canônico e o Direito Romano, devido a sua grande flexibilidade (LOSANO, 2007).

[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países,

principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico (VIEIRA, 2007, p. 270)

Sob a ótica do *civil law* a jurisprudência ocupa uma posição secundária, por vezes não lhe conferindo sequer o atributo de fonte do direito, como defendia a Escola da Exegese (DAVID, 2002). Outros sistemas, no entanto, conferem-lhe eficácia meramente persuasiva, hipótese que poderá servir para o julgamento de litígios isomórficos aos que o geraram (BASTOS, 2014). Há, ainda, estudiosos que a considerem um meio interpretativo suplementar, ao lado das fontes formais – primárias e secundárias – e das fontes materiais (MANCUSO, 2010).

Fortemente influenciado pelos ideais que circundavam a Revolução Francesa, marco inicial da queda do Absolutismo na Europa Continental, o modelo *civil law* afastou o poder soberano do Rei, substituindo-o por outro poder absoluto, o povo, exercido por meio de seus representantes, a quem, reunidos em Assembleia, caberia a produção do direito (GONÇALVES; VALADARES, 2014).

A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do Inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento (MARINONI, 2009, p. 31)

No período que antecede a Revolução, o Judiciário Francês mantinha laços visíveis com a aristocracia feudal. Os juízes faziam parte de uma classe aristocrática, sem qualquer compromisso com os valores que vieram a orientar a Revolução Francesa. Ao contrário, quando a legislação não correspondia aos interesses das classes privilegiadas pelo Absolutismo esta não era aplicada, barrando qualquer avanço progressista (MARINONI, 2013).

Assim, os adeptos da *civil law* tradicional, em sua origem, defendem a ideia de que a segurança jurídica e o tratamento igualitário encontram-se

necessariamente ligados à observância pura e simples da lei, que é prévia e comum a todos. A vinculação do magistrado à lei constituiria, portanto, meta necessária para a concretização destes ideais (DONIZETTI, 2015).

Inserido em um contexto revolucionário, marcado pela busca da igualdade, o papel do magistrado se limitava à aplicação da lei, independente de influências subjetivas. Acreditava-se que, quando o julgamento refletia a exata aplicação do texto da lei escrita, a igualdade formal estaria garantida. O papel do juiz era, apenas, transportar aquilo que afirma a norma jurídica abstrata para o caso concreto (WAMBIER, 2012)

Dada a forma como se desenvolveu, sobretudo após a Revolução Francesa, que marca o início do *civil law* moderno, o sistema caracteriza-se pela estruturação das normas jurídicas em códigos, os quais pretendiam abarcar disposições sobre todas as relações sociais possíveis, como foi o caso do *Code Napoléon* de 1804. Pretendendo que a solução de todos os conflitos pudesse ser encontrada no texto legal, a cultura jurídica da época é fortemente marcada pelo culto à exegese (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015).

O *civil law* construiu-se, portanto, em torno do primado pelo processo legislativo, considerando a lei a única expressão autêntica da nação. Ao contrário do ocorrido na Inglaterra, através deste sistema buscou-se o valor segurança jurídica através da estrita aplicação do texto legal, negando a atividade criativa dos magistrados (BARACHO, 2014).

Ao passo em que nos países de *common law* a atividade dos juristas inicia-se com a *ratio decidendi* dos precedentes, caracterizada mediante o processo de distinções (*distinguish*), no *civil law* a técnica jurídica baseia-se na interpretação de fórmulas legislativas (DAVID, 2002).

No Brasil, o artigo 5º, II, da Constituição consagra o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conforme se depreende da leitura dispositivo, apenas a partir da lei é possível extrair direitos e deveres, o que confirma o enquadramento do Brasil no grupo formado pelos países de *civil law*.

É possível concluir que o desenvolvimento histórico do *civil law* deu-se em torno do movimento de estruturação da legislação em códigos, rompendo com as tradições jurídicas estabelecidas pelo Absolutismo. Trata-se de um sistema que,

historicamente, valoriza a literalidade da lei ou sua interpretação sistêmica ou histórica a fim de dispensar tratamento isonômico aos jurisdicionados.

2.2 O MOVIMENTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS COMMON LAW E CIVIL LAW

Conforme exposto, no sistema *civil law* tradicional, o juiz encontra-se vinculado ao texto legal, ocupando a posição de mero aplicador do texto legal, não lhe sendo reconhecida autoridade para criar ou adaptar o direito (DONIZETTI, 2015).

Na concepção do positivismo jurídico, um dos movimentos que influenciou a Revolução Francesa, o direito é apenas aquilo que é encontrado na lei. Com a prevalência da Escola da Exegese, o papel do juiz foi reduzido ao de fiel aplicador da lei, apenas realizando a subsunção do caso concreto àquilo que a lei já dispunha de forma abstrata. O juiz era apenas a *bouche de la loi* (boca da lei), a fim de manter sua atuação neutra e imparcial (DAVID, 2002).

Perceba-se: nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas “perfeitas”, gerais e abstratas, de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, v.g., por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preceitos daquele que a aplicava) (THEODORO JR., 2015, p. 368)

Ocorre, entretanto, que a lei, como qualquer produção humana, pode ser interpretada de vários modos, inclusive a partir das percepções morais do julgador, mostrando-se insuficiente para, por si só, assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica que se espera do Estado Democrático de Direito (DONIZETTI, 2015).

Marinoni (2009) menciona que a quantidade de leis e seu grau de autoridade não constituem critérios válidos para distinguir os sistemas *civil law* e *common law*, visto que em ambos a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais. A existência da lei não se opõe ao *common law*, assim como uma teoria dos precedentes não necessariamente se opõe ao *civil law*.

Com efeito, a comunicação entre os sistemas *civil law*, da qual o Brasil faz parte, e *common law* pode, a primeira vista, parecer impossível. Entretanto, com um olhar mais atento, é possível verificar um movimento histórico de aproximação destas duas escolas jurídicas, através da circulação de soluções e propostas (PORTO, 2005).

Wambier (2012) destaca que os romanos já possuíam um direito jurisprudencial. As práticas judiciais aplicadas pelo direito romano durante o período clássico se assemelham mais ao sistema *common law* do que às práticas observadas nos países de tradição romano-germânica.

Quando se olha para o *common law* da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de “intérpretes autorizados” – em Roma, os jurisconsultos; na Inglaterra, os juízes – que têm prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 5).

Bustamante (2012) comenta que, na verdade, o *common law* sempre se caracterizou por ser um sistema aberto às experiências exteriores. Principalmente durante o período do Humanismo Jurídico, nos séculos XVI a XVIII, a Europa vivenciou um direito cosmopolita e jurisprudencial, com destaque para a atuação dos tribunais superiores para a unificação do direito e fortalecimento do Estado Moderno.

Em ambos os sistemas, *common law* e direito continental, a *jurisprudencia forensis* era a principal fonte do Direito, “muito mais importante que qualquer outra no referido período”, e a unificação do Direito era realizada principalmente por “interpretações judiciais uniformes”. (GORLA; MOCCIA apud BUSTAMANTE, 2012, p. 65)

Tucci (2004) destaca que, sob o prisma do direito moderno, a força dos precedentes sempre se observou, em maior ou menor grau, nos países de direito codificado. Além da força persuasiva dos precedentes, sua força vinculante, em especial os precedentes emanados das supremas cortes (precedentes verticais), como foi o caso dos *arrêts de règlement* do Parlamento Francês e dos assentos da Casa de Suplicação em Portugal.

Essa interação histórica entre as duas escolas só foi interrompida pelo Positivismo Jurídico, no século XIX, quando, em razão das características do local em que se desenvolveram, passaram a diferenciar-se para atender ao contexto específico das Revoluções Inglesa e Francesa (BUSTAMANTE, 2012).

Na França o ideal iluminista proclamava profundas reformas jurídicas, a criação de uma fonte do direito nacional unificada e a racionalidade das fundamentações, para contrapor-se aos arbítrios praticados à luz do *ius commune* do Antigo Regime. Aliado ao surgimento da Escola da Exegese, os processos de

codificação do século XIX constituem o ápice do positivismo jurídico francês. (WOLKMER, 2006).

não se poderia reconhecer com segurança e certeza o Direito que não estivesse contido no código publicizado pelo Estado. Assim, o exegetismo empírico dessa escola expressa todo um legalismo dogmático-dedutivo. Tal espírito proclamava a identificação mecânica do Direito com a lei, reconhecendo como valor máximo o Direito positivo, e a “onipotência jurídica” do legislador. Certamente que esta postura ultralegalista da escola da *École de l'Exégèse* restringia toda a experiência jurídica ao exame literal da lei positiva, relegando a um automatismo a função judicial e definindo, de vez, a estatalidade do Direito (WOLKMER, 2006, p. 192).

Na Inglaterra, noutro giro, o formalismo positivista exaltou de maneira rigorosa e utilitária a experiência judicial. Embora se tenha promovido a completa estatização do direito, o positivismo inglês não atacou de frente o sistema *common law*. Ao contrário, reconheceu-lhe caráter jurídico, afirmando que o direito criado pelos juízes no sistema jurisprudencial é, também, uma forma de produção jurídica conferida pelo Estado (WOLKMER, 2006).

A partir do século XX com a flexibilização da concepção positivista, é que se passa a admitir, formalmente, no *civil law* a existência de outras fontes jurídicas, como o costume, mas com menor importância diante de sua associação com o Antigo Regime, limitando-as ao papel integrativo (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015).

Nos séculos XVIII e XIX, no *civil law*, acreditava-se que o legislador poderia editar normas perfeitas, gerais e abstratas, capazes de prever e regular todas as situações. No início do século XX, no entanto, descobriu-se que isso não era possível, porquanto a produção legislativa não poderia acompanhar a evolução das relações sociais modernas, bem como porque, por trás desta objetividade da lei, estavam sempre os preceitos daquele que a aplicava (THEODORO JR, 2015).

A interpretação literal da lei não foi capaz de conduzir à solução adequada para todas as situações e, gradualmente, os países do *common law* vêm admitindo a atividade criadora dos juízes e a força normativa dos precedentes. Abandonada a ideia do juiz mero boca da lei, foi necessário repensar seu papel diante do *civil law*, notadamente em face da possibilidade do controle judicial da constitucionalidade material das leis e do crescente uso de conceitos indeterminados (DAVID, 2002).

2.2.1 A influência do constitucionalismo

Gonçalves e Valadares (2014) mencionam que, com a evolução dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, houve o enfraquecimento da forma clássica do *civil law*, oriundo da Revolução Francesa. A noção de constitucionalização do direito, nascida na Alemanha, permitindo ao Judiciário o controle do conteúdo das normas, consignou que o sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, acima da própria lei. A validade da produção legislativa depende da conformidade com os princípios constitucionais e de sua adequação aos direitos fundamentais.

O constitucionalismo, pois, ensejou transformações nas concepções essenciais do Civil Law – se antes o juiz apenas expressava o disposto na lei, o advento da constitucionalização fez eclodir uma nova incumbência ao Poder Judiciário, a saber, a verificação da conformidade da lei aos direitos e limites expressos na Constituição. Trata-se do controle de constitucionalidade da lei. (GONÇALVES; VALADARES, 2014, p. 628).

A constatação de que os textos legislativos comportam mais de uma interpretação possível fez com que fosse afastado o dogma da aplicação restrita da supremacia da lei (MERYMAN, 2009). Na medida em que o constitucionalismo estabeleceu um parâmetro para que o Judiciário avaliasse a validade das normas, restou prejudicada a aplicação mecânica das legislações, porquanto além de verificar a legitimação formal, o magistrado deve agora também analisar se a lei é substancialmente adequada aos preceitos constitucionais (MARINONI, 2013).

Se o Direito não mais está restrito à literalidade da lei, a atividade do magistrado não mais se resume a declarar a vontade da lei. A jurisdição se destina a conformar a legislação ordinária aos direitos contidos na Constituição e, para tanto, na falta de norma preexistente poderá realizar atividade criativa.

Donizetti (2015) ensina que, nos países que adotaram o *Civil Law*, como é o caso brasileiro, a introdução do sistema de precedentes vinculantes é orientada por práticas que busquem a uniformização das decisões para casos com o mesmo fundamento jurídico, uniformizando a jurisprudência para evitar a utilização excessiva de recursos e o aumento do número de demandas.

Porto (2005), referindo-se à obra de CAPPELLETTI, menciona que, em face dos processos de globalização e de facilitação das comunicações, é possível observar um diálogo mais intenso entre as tradições romano-germânica e *common law*. Da tradição anglo-saxônica para o *civil law* há uma crescente simpatia pela

corrente de pensamento que admite a função criadora do juiz e pelo uso da jurisprudência, ante a facilidade de comunicação e pesquisa.

Esta tendência é verificada, principalmente, nos países que adotaram um modelo misto de controle de constitucionalidade, como é o caso do Brasil, que permite o controle concentrado de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, previsto no artigo 103 da Constituição Federal, e, aos poucos começa a conferir os mesmos efeitos às decisões proferidas em sede de controle difuso, através de instrumentos como a súmula vinculante e a repercussão geral.

2.2.2 Clausulas gerais e conceitos indeterminados

Merryman (2009) ensina que um dos objetivos da Revolução Francesa era o de elaborar leis claras e completas, que não deixassem margem interpretativa para os magistrados, porque temia-se que viessem a desvirtuar os ideais revolucionários em favor da monarquia e da nobreza feudal.

Na utópica conclusão alcançada pela Revolução Francesa, imaginava-se que uma legislação completa e compreensível permitiria ao juiz declarar a lei sem a necessidade de interpretá-la. Não surgiriam situações de ausência ou de conflito entre normas legais. Mas, a despeito da quimera revolucionária, logo se percebeu que o texto legal permitia diversas interpretações a ensejarem decisões judiciais heterogêneas em situações semelhantes. (GONÇALVES; VALADARES, 2014, p 628).

Atendendo à clássica tripartição dos poderes proposta por Montesquieu, apenas o legislativo poderia elaborar normas jurídicas e os juízes deveriam ater-se a interpretá-las. A legislação teria de ser completa, visto que, havendo lacuna, o juiz deveria suprimi-la.

No entanto, o próprio poder legislativo vem mitigando o dogma da completude legislativa, principalmente, através da utilização de conceitos indeterminados, a fim de que o Judiciário possa adequar a fórmula legislativa ao caso sob análise, ampliando a efetividade da tutela jurisdicional (DIDIER JR., 2010).

Hart (2010) ressalta que, embora o direito deva buscar fornecer regras claras e concisas, através das quais o cidadão possa guiar sua conduta com previsibilidade e estabilidade, por vezes a melhor escolha é deixar certas questões em aberto, para solução posterior, quando efetivamente ocorrerem os casos concretos.

É interessante verificar que na época do Estado Liberal Clássico, vigorava o princípio da tipicidade das formas processuais, o qual visava limitar o arbítrio do

magistrado através da sua limitação às formas expressamente previstas para o exercício da atividade jurisdicional.

No direito brasileiro, é possível observar a adoção de cláusulas gerais no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, codificações inspiradas em um sistema aberto, com a intenção de resolver os conflitos sociais não somente através de seus artigos, mas de outros valores mais abstratos como a função social da propriedade, o devido processo legal, a função social do contrato (MENKE, 2006).

No *Civil Law* a tarefa dos juristas é, primordialmente, a interpretação das fórmulas legislativas. Ainda que haja a utilização de precedentes, o operador de tradição romano-germânica parte sempre da lei para extrair o direito (DAVID, 2002)

Entretanto, as cláusulas gerais provocam o magistrado o exercício do poder criativo, eis que é chamado para integrar a lacuna deixada propositalmente na norma para só solucionar determinado problema. O juiz é chamado a encerrar a construção da norma, dentro da lide. “As cláusulas gerais imprimem no sistema certa dose de imprevisibilidade e de insegurança à medida que tem a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto” (MENKE, 2006, p. 73)

É possível concluir, portanto, que mesmo no *civil law* o magistrado pode ser instado a construir o direito para decidir um caso concreto, através de conceitos indeterminados e cláusulas gerais (DIDIER JR, 2010).

Por exemplo, diante de uma hipótese de desapropriação o Judiciário é chamado a definir o que se considera cumprimento da função social, é necessário que o magistrado construa este conceito, para, então julgar o caso. O mesmo se verifica com relação à avaliação da boa-fé do possuidor que pretende valer-se de algum dos efeitos da posse, previstos nos artigos 1.210 e seguintes do Código Civil.

Admitida a atividade criativa do juiz no *civil law*, na medida em que os papéis dos magistrados em ambas as famílias passaram a convergir em diversos pontos, é possível reconhecer que o argumento da existência de diferenças entre os modelos jurídicos não pode servir de justificativa para impedir a incorporação de uma teoria dos precedentes ao sistema *civil law*, inclusive o brasileiro.

2.3 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

Nóbrega (2007) menciona que o direito costumeiro era preponderante nas sociedades primitivas, sendo perpetuado, inicialmente, através da tradição oral e, mais tarde, também através de registros escritos, coletados por especialistas, como órgãos, colégios de sacerdotes e juristas. Na maioria dos povos, entretanto, a medida em que se aproximaram da modernidade, o costume jurídico foi sendo substituído pela legislação escrita, sobrevivendo apenas como fonte subsidiária do direito.

Nos países de tradição jurídica anglo-saxônica, os costumes reconhecidos em precedentes judiciais ocupam a função de principal fonte do direito, “embora não a que tem a maior hierarquia no sentido formal a que estamos acostumados nos sistemas jurídicos de tradição continental” (BUSTAMANTE, 2012, p. 4).

Com o enfraquecimento dos dogmas positivistas, os países de tradição romano-germânica passaram a reconhecer que a lei não é a única fonte do Direito. A verificação da importância das decisões judiciais para a elaboração do direito não deve confiar em fórmulas prontas, com a intenção de ressaltar a exclusividade da lei, negando a natureza de fonte do direito à jurisprudência (DAVID, 2002).

Nos países que tradicionalmente adotaram o *civil law*, nota-se o uso, cada vez mais recorrente do uso de julgamentos pretéritos para fundamentação das decisões, embora nem sempre lhes seja reconhecido o caráter vinculante. Não raro, o magistrado brasileiro busca respaldo em súmulas e processos anteriores para motivar suas decisões, ainda que não lhes tenha sido atribuído efeito obrigatório (THEODORO JR., 2015).

O papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode precisar-se em relação com o da lei. Verificando-se a propensão atual dos juristas, em todos estes países, nos nossos dias, para procurarem apoio num texto de lei, o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma interpretação da lei. Só excepcionalmente os juristas se afastam deste hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador de regras de direito (DAVID, 2002, p. 149).

BAHIA e VECCHIATTI (2014) destacam que no *common law*, mesmo havendo vinculação ao precedente, a atividade judicial não se limita a mera repetição dos casos anteriores. Ao decidir um caso, o magistrado não o considera uma demanda única, mas sim uma como algo inserida dentro de um processo de continuidade para a construção do direito. Ao mesmo tempo em que aplica o direito, o juiz é também autor, porque acrescenta algo novo à construção jurídica, e crítico

do passado, pois interpreta-o para obter a solução do caso atual. O direito é assimilado não como um dado estático, mas como um produto histórico-judicial.

Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. (...) [A] decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre decisões posteriores, mesmo quando se situam fora da órbita particular. Essa força gravitacional faz parte da prática que deve ser capturada pela teoria geral de Hércules a respeito dos precedentes (DWORKING, 2002, p. 174).

Em países como Estados Unidos e Inglaterra, os precedentes judiciais aplicam-se apenas como ponto de partida da técnica judiciária. A partir deles é estabelecida uma dialética comparativa com o caso sob análise, verificando-se sua correlação. Existente a relação, o magistrado aplica a *ratio decidendi* do paradigma ao caso posto. Inexistente, o juiz fundamenta a não aplicação do precedente, especificando as diferenças entre os casos, procedimento a que se dá o nome de *distinguish* (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015).

Theodoro Jr. (2015) ensina que nos países de *civil law* raramente é realizada a análise detalhada e comparativa dos fatos e fundamentos jurídicos que foram submetidos no julgamento do caso paradigma, para justificar ou não a aplicação do precedente.

Magalhães e Silva (2014) mencionam que, originalmente pensadas para instrumento de indexação para registro de pesquisa, as ementas passaram a ser escritas utilizando expressões com alto grau de abstração e generalização, obstando o seguimento de recursos e, por vezes, substituindo a fundamentação de sentenças e votos, exercendo função análoga à lei.

No Brasil, o que se percebe em geral é a prática da aplicação cega do precedente, sem a análise comparativa entre os casos, ou da total negação do precedente sem referência a ele ou fundamentação das distinções com o caso específico (POLASTRI; FERREIRA; POSSAS, 2015).

Nos países de *civil law* os juízes que estão na base da pirâmide hierárquica do judiciário não se importam em ignorar as decisões proferidas por órgãos mais elevados se houver uma norma legal que lhes possibilite entender de forma diversa, ainda que tenham a consciência de que sua decisão será reformada (THEODORO, 2015, p. 361).

Embora o tratamento dado aos precedentes no *civil law* não seja exatamente fiel à prática construída pelo *common law*, não se pode negar que o exegetismo

fracassou, mesmo nos países de *civil law* é reconhecida a atividade criativa dos juízes ao interpretar o ordenamento (MARINONI, 2013).

Com isto, quer-se dizer que as fontes do direito não são estáticas, variam conforme o contexto histórico, de forma que as especificidades verificadas na tradição civilista do direito Brasileiro, por si só, não impedem o diálogo com as teorias do *common law*. A nova realidade cultural, marcada pela litigiosidade de massa e repetitiva, exige um novo olhar sobre o papel da atividade jurisdicional como fonte do direito.

2.4 A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E OS MECANISMOS NECESSÁRIOS PARA SUA APLICAÇÃO

É importante esclarecer que o *common law* e a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais (*stare decisis*) são coisas diferentes, tendo este se desenvolvido no curso daquele para dar segurança às relações jurídicas. Embora os precedentes tenham sido fundamentais para a construção do *common law*, o *stare decisis* emana da necessidade de garantir igualdade, segurança e previsibilidade (MARINONI, 2009).

Conforme já exposto, enquanto as origens do *common law* remontam ao ano de 1.066, quando a Inglaterra é invadida pelos normandos, o que fez surgir um direito novo, central e comum a todo o reino, em contraposição às tradições locais fragmentadas, o surgimento do *stare decisis* é atribuído ao século XIX, quando a *House of Lords* reconheceu, para si e para as cortes inferiores, a obrigatoriedade de observância das razões firmadas nos julgamentos por ela proferidos (DAVID, 2002).

É também equivocado afirmar que o *stare decisis* existe no *common law* porque o juiz possui autoridade para criar o direito. Na verdade, os precedentes que interpretam a lei, por si, constituem a razão de ser do *stare decisis*, com vista a preservar o valor segurança jurídica (MARINONI, 2009).

A doutrina dos precedentes obrigatórios surge como decorrência da evolução histórica do *common law*, na medida que as decisões dos magistrados ingleses passam a representar evidências do direito vigente e não meros exemplos de como aplicar as normas jurídicas. (ABBOUD, 2013).

2.4.1 Definição de precedente judicial

Taruffo (2007) conceitua como precedente a decisão de natureza jurisdicional e universal, que permite dela extrair uma norma jurídica a ser utilizada pelo órgão que a proferiu, e pelos demais a ele subordinados, para a solução de casos semelhantes. “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” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA 2015, p 441).

Bastos (2014, p. 87) conceitua precedente como sendo “uma decisão judicial que poderá ou deverá servir de parâmetro para os posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação para o futuro”.

Tucci (2004) ensina que todo precedente é composto por duas partes: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento. Embora com frequência se faça referência à eficácia obrigatória dos precedentes, apenas as razões fundamentais da decisão é que são abraçadas pela eficácia vinculante.

Na sua estrutura, interessa-nos explorar a *ratio decidendi*, também denominada de *holding* nos Estados Unidos da América. Sob o ponto de vista do precedente que versa sobre questões de direito, ela é considerada apenas como o fundamento jurídico que lastreia a decisão, ou seja, a tese jurídica aplicada na resolução do conflito. Trata-se da conclusão do raciocínio jurídico desenvolvido para se chegar à solução de um caso concreto ou aos desfechos de vários deles, e que será aplicada aos futuros julgamentos *inter alia* (BASTOS, 2014, p. 88).

Em sentido estrito, o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*, a qual são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. Ao decidir um caso, o magistrado constrói, necessariamente duas normas: uma de caráter geral, é furto da interpretação dos fatos envolvidos na causa e sua conformação com o direito (*ratio decidendi*) e outra de caráter individual, que é a decisão para a situação em concreto (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA 2015).

Porto (2005) menciona que na doutrina dos precedentes trata os casos decididos como, apenas, pontos de partida. O precedente é, na verdade, de onde se inicia a atividade do juiz do *common law*. Inicialmente o juiz extrai um princípio do paradigma e, depois, aplica-o ao caso sob análise, adaptando e moldando o princípio em questão.

Não se trata de qualquer decisão pretérita. Além da característica da anterioridade, ele deve possuir um núcleo essencial, apreensível por indução, que poderá ou deverá funcionar como premissa para decisões de futuros casos semelhantes (BASTOS, 2014, p. 87)

Ao decidir um caso, o juiz não deve considerar o precedente como uma demanda única, posta apenas entre as partes a sua frente, mas como um processo construtivo histórico iniciado a partir do julgamento do caso pretérito. O juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor e crítico do precedente (BAHIA; VECCHIATTI, 2014).

Theodoro Jr (2015) alerta, entretanto, para o fato de que no Brasil convencionou-se produzirem-se súmulas expostas por enunciados dotados de generalidade e abstração, dissociadas dos fatos que levaram àquela conclusão, a fim de encerrar a discussão de determinado ponto jurídico, evitando a repetição de demandas, desconsiderando o verdadeiro elemento vinculante dos precedentes: sua *ratio decidendi*.

2.4.2 *Ratio decidendi* e *obter dictum*

Se, por um lado, a definição de o que é um precedente judicial não parece tão complexa, o mesmo não pode ser afirmado com relação às partes que o compõe, ou melhor, da delimitação entre *ratio decidendi* e *obter dictum*.

De acordo com Didier Jr, Braga e Oliveira (2015), a *ratio decidendi* (Inglaterra) ou *holding* (Estados Unidos) são os fundamentos jurídicos sem os quais uma decisão não teria sido proferida da maneira como o foi. É a tese acolhida para solução do caso. O precedente, portanto, surge a partir da razão de decidir do julgado, de sua *ratio decidendi*.

Marinoni (2013, p. 219) conceitua a *ratio decidendi*, ou razão de decidir, como a “interpretação de norma ou tese jurídica relevante da decisão, não sendo apenas a fundamentação ou dispositivo, mas formado a partir do relatório, fundamentação e dispositivo”.

Diferente do que ocorre com as leis, que são traduzidas para os Códigos valendo à revelia das razões que a originário, os precedentes precisam vir acompanhados dos seus casos-origem para que o julgador possa perceber a razão

que levou àquele entendimento, que não se confunde com o dispositivo ou a fundamentação da decisão (WAMBAUGH, 1894).

Scofield (2005) menciona a existência de duas teorias para explicar o que seja a *ratio decidendi*. A teoria clássica considera a *ratio* como a regra ou princípio que a Corte considera necessário para obtenção do resultado da lide. Por outro lado, segundo a teoria de Goodhart, a *ratio decidendi* é encontrada diante dos fatos tratados pelo magistrado como fundamentais e da decisão proferida pelo juiz diante destes fatos fundamentais.

Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada no caso concreto (DONIZETTI, 2015, p. 3)

Marinonni (2013), no entanto, destaca que a *ratio decidendi* não possui um correspondente no direito brasileiro, porquanto não se confunde com o dispositivo, nem com a fundamentação da decisão. Seria algo externo a ambos, que se extrai da combinação destes e o relatório.

A *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), mas é formulada a partir desses elementos, sendo que os fatos narrados no relatório, a moldura jurídica eleita pelo magistrado na fundamentação e a norma jurídica individual indicada no dispositivo servem também na identificação da *ratio decidendi*. (JESUS, 2014)

Nunes e Bahia (2015) advertem que a prática brasileira, ordinariamente, não extrai dos julgados a sua *ratio decidendi*. A técnica de gerenciamento processual adotada para a litigiosidade repetitiva no país identifica apenas de maneira acidental os fundamentos determinantes do paradigma. De acordo com os autores, é como se os enunciados fossem criados e aplicados seguindo a mesma racionalidade do discurso legislativo, como se estivessem desligados dos casos a partir dos quais se originaram.

O conceito de *obiter dictum*, por outro lado, pode ser obtido de maneira negativa: o que não for *ratio decidendi* de uma decisão é *obiter dictum*. Consiste, portanto, nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, juízos acessórios ou provisórios, impressões, ou qualquer outro elemento que não tenha influência ou relevante ou substancial para a decisão (DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

De outra sorte, tudo aquilo que integrou a decisão, mas não pode ser considerado *ratio decidendi* é relegado para a categoria de *obiter dictum*, *gratis dictum* ou, simplesmente, *dicta*. O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subseqüentes (PORTO, 2005, p. 12-13)

Theodoro Jr (2015), adverte que mesmo no sistema *common law* nem todas as decisões tornam-se precedentes, ainda que proferidas pela Corte Suprema do País, o que pode ocorrer, por exemplo, porque a decisão dividiu o tribunal ou porque o próprio tribunal ressaltou que a decisão não geraria precedente. Tratam-se de questões sobre as quais não houve o amadurecimento necessário, ou que dizem respeito a situações específicas, que demandam um olhar especial.

A título de exemplo, para esclarecer a diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, Muscari (1999, p. 82-83) expõe a seguinte situação:

O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede que, nos contratos de compra e venda de imóveis, seja estabelecida a perda total das prestações em benefício do credor, caso haja inadimplemento do adquirente. Num contrato celebrado no ano de 1998 houve inadimplemento por parte do compromissário comprador. A construtora pleiteia em juízo a resolução do contrato e a perda das prestações que o adquirente moroso desembolsou até então. Questão relevante, no caso sub judice, é saber se o Código do Consumidor incide nos contratos celebrados antes do seu advento. O tribunal afirma que, veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal 8.078/1990 pode reger negócios pretéritos. E vai além, frisando que, mesmo que se entendesse inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, face a anterioridade do compromisso, a perda das prestações teria natureza penal compensatória, havendo lugar para a redução a que alude o art. 924 do CC.

No caso acima descrito, Muscari (1999) ensina que apenas a tese da efetiva aplicabilidade do Código de Consumidor aos contratos pretéritos seria obrigatória. A *ratio decidendi* do caso acima seria: veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal 8.078/1990 incide em negócios celebrados antes do seu advento.

Sob o prisma da teoria clássica, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor foi a premissa necessária para solução do caso. Por outro lado, conforme a teoria de Goldhart a *ratio* seria a junção dos fatos fundamentais do processo, no caso: “a existência de um contrato anterior ao Código de Defesa do Consumidor”, e a decisão do julgador diante daquele fato: “neste caso aplica-se o Código”.

Perceba-se que diferente do ocorrido com a *ratio*, que foi determinante para o julgamento, a parte da decisão que afirma que: “ainda não fosse aplicado o Código de Defesa do Consumidor, seria aplicado o artigo 942” não constitui elemento essencial para obtenção do resultado jurisdicional. Não foi esta a razão que levou a corte a posicionar-se da forma como o fez diante do caso concreto.

No exemplo, a possibilidade de aplicação do artigo 942 é citada apenas para enriquecer a argumentação no caso posto e, ao mesmo tempo, revela o possível entendimento que, eventualmente, o julgador adotaria em um caso similar onde não se aplique o Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, portanto, de mero *obiter dictum*.

2.5 A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A doutrina clássica do *civil law* considerava a lei como fonte primária do Direito e entendia que direitos e deveres não poderiam ser extraídos da jurisprudência. Nestes países, o intérprete primeiro buscava descobrir as regras expressas nos textos normativos para dela retirar a solução que correspondesse à vontade do legislador (DAVID, 2002).

Diniz (2011), no entanto, afirma que, no Direito Brasileiro, a jurisprudência sempre teve certa força normativa, na medida desempenha importante papel enquanto fonte jurídica, auxiliando à produção normativa, instigando e orientando o legislador a criar leis que acompanhem o desenvolvimento da sociedade.

Parte da doutrina, entretanto, assevera que o *civil law* nunca se preocupou em desenvolver um mecanismo a fim de gerar segurança jurídica e igualdade ante as decisões judiciais.

Quanto a este aspecto, Marinoni (2013) assevera que os países de herança romano-germânica preocuparam-se em editar vastas codificações a fim de garantir a igualdade de tratamento entre os cidadãos, entretanto negligenciaram a atividade judiciária, não pensando em mecanismos para proteger o indivíduo da insegurança gerada pela pluralidade de interpretações que podem emanar de uma única norma.

É imprescindível sublinhar [...] que o judiciário *de civil law* não se submete [embora devesse se submeter] ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. O judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no

momento mais importante de sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto raciocínio contrário, capaz de desculpá-lo, seria razoável apenas se lhe coubesse decidir os casos iguais de forma desigual (MARINONI, 2013, p. 139).

A tendência à utilização de um sistema de precedentes para padronização decisória no direito processual civil brasileiro teve sua manifestação mais evidente com a Emenda à Constituição nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outras mudanças, incluiu no rol dos direitos fundamentais o direito à razoável duração do processo e criou o instituto das súmulas vinculantes (DONIZETTI, 2015).

Theodoro Jr (2015) menciona que vive-se hoje um movimento de forte diálogo entre o *civil law* e o *common law*. Ao passo em que lá se buscam técnicas para flexibilizar a alta estabilidade de seus precedentes (*stare decisis*), os países do *civil law*, inclusive o Brasil, têm buscado mecanismos para estabilizar a jurisprudência, diante a instabilidade gerada pela multiplicidade de possíveis interpretações do texto legal e da falta de uma cultura de utilização de precedentes adequada à realidade local.

Nunes e Bahia (2015) comentam que antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, os tribunais brasileiros adotavam duas posturas diante da existência de precedentes sobre a questão: a primeira era repetir, mecanicamente, ementas e enunciados de súmulas, descontextualizadas do caso que as originou, como se fosse comandos abstratos e gerais; a segunda era julgar o caso desprezando as decisões anteriores, como se fosse possível analisar os processos a partir de um marco zero interpretativo.

Com o objetivo de aperfeiçoar o *stare decisis* brasileiro, o novo Código de Processo Civil incorporou importantes dispositivos referentes à aplicação de um sistema de precedentes obrigatórios (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2015). No livro dedicado ao processo nos tribunais, o novo Código estabelece, no artigo 926, expressamente o dever dos tribunais de zelar pela uniformidade, estabilidade e congruência de sua jurisprudência.

Para tanto, os tribunais deveram editar enunciados de súmulas, correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação do enunciado.

Dentre as novidades introduzidas, o artigo 927 expõe um rol de precedentes aos quais será atribuída eficácia vinculante, devendo ser observados pelos tribunais as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de

constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Sem dúvida, trata-se de uma importante inovação no sentido de promover a estabilização da jurisprudência brasileira, evitando a massificação de processos e recursos aos Tribunais, padronizando o entendimento firmado. Entretanto a adoção da doutrina dos precedentes vinculantes necessita de uma análise minuciosa da questão sub judice, sob pena de retornarmos ao exegetismo francês, tolhendo, novamente, a prerrogativa alcançada pelo Juiz do *civil law* de interpretar o direito, com a única diferença de que as normas emanariam do próprio legislativo.

3 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A Independência na Magistratura ultrapassa a concepção de ser um privilégio para a classe, sendo uma proteção aos juízes e tribunais para que possam atuar de forma imparcial e justa em cada caso por si apreciado, protegendo o Estado Democrático de Direito, que conferiu ao Judiciário a missão de apreciar as demandas que a sociedade não conseguiu resolver pacificamente, ou de jurisdição voluntária, valendo-se na sua atuação de normas fixadas pelos representantes do próprio povo, sempre com a incumbência de preservar os valores sociais e humanos, que já são naturalmente incorporados na própria norma jurídica.

Por esse mesmo raciocínio, a independência do Poder Judiciário também garante a proteção a democracia e a cidadania, pois é a este poder legítimo para proteger a sociedade, e cada um em particular, quando se expõe ou sofre risco de lesão a um direito. Dallari (1996), sobre a importância da liberdade do juiz para o alcance eficaz da justiça, menciona que o papel do magistrado é essencial para garantir a eficácia prática dos comandos legais. Não por outro motivo vários tratados de direitos humanos tratam da necessidade de independência do juiz para garantia da efetividade do direito.

No entanto, por maior que seja o esforço comum e a proteção legal para que os juízes atuem de forma independente no exercício de suas funções, o cotidiano do Judiciário não é capaz de alcançar o conceito absoluto de independência, uma vez que o antes de ser um representante do Poder Judiciário o juiz é um ser humano com convicções, crenças e experiências próprias. O ideal para o Estado é que a sua atuação esteja pautada naquilo que lhe é necessário para cumprir de forma honesta e justa o seu trabalho, isto é, sem pressão política ou social, e livre de interferências das partes que maculem a justiça no processo.

No mais, além dos fatores subjetivos, acima demonstrados, a própria Carta Magna tratou de estabelecer um limite à liberdade da atuação do juiz através do artigo 93, IX: a obrigação de fundamentar as suas decisões.

Frise-se que tal limitação não interfere na cognição do juiz, este continua com sua liberdade para julgar e atrelado aos seus compromissos legais e morais, a fundamentação das decisões é mais um mecanismo que celebra a democracia no processo, isto é a participação popular, garantindo a sociedade que o magistrado cumprirá fielmente com o seu papel diante do caso e da coletividade. Tal obrigação

serve para precaver a incidência de supostos equívocos e excessos dos poderes que lhe foi conferido. A regra que obriga que a fundamentação das razões de fato e de direito que compõe as decisões judiciais protege e demonstra que o magistrado observou o contraditório e a ampla defesa, as eventuais provas e testemunhas juntadas a juízo, respeitando o devido processo legal, e, a depender do caso, o duplo grau de jurisdição.

O dever de fundamentação das decisões garante a transparência essencial para o respeito ao Poder Judiciário e a garantia do cumprimento de suas atribuições. As decisões serão sempre fundamentadas e públicas.

Quando o juiz atua resguardando a norma jurídica, fundamenta as suas decisões, observa a ampla defesa e o contraditório junto ao conjunto probatório demonstrado pelas partes litigantes, este não poderá receber interferência o direito ao gozo indiscriminado da sua independência, não podendo ser frustrado acaso sua decisão seja divergente aos dos seus colegas ou de seus superiores hierárquicos.

Além do mais, a incompatibilidade de opiniões é a peça chave para o funcionamento eficaz de um regime democrático, que para existir necessita de um sistema jurídico atuante para a organização e a solução dos problemas da sociedade. Sendo o direito uma ciência que não esgota em si mesmo, seria um verdadeiro desperdício ao Estado manter juízes que se limitem apenas a reproduzir o formalismo da lei, há a necessidade do *manus humano* para que os valores da sociedade sejam efetivados.

Através da abordagem e análise da independência dos magistrados e da fundamentação das decisões fica evidente que, mesmo que a opinião doutrinária não seja unânime em não se considerar tais elementos como pressupostos para um Estado Democrático de Direito, estes são no mínimo considerados notórios e importantes sinalizadores de sua efetividade, pois indicam que os direitos fundamentais e o bom funcionamento de todo o Estado encontram-se a salvo. Mesquita (2002), citando lição de Couture deduz sobre a importância da relação entre a utilidade do direito dependente da autonomia do Poder Judiciário:

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. No dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo. (COUTURE *apud* MESQUITA, 2002, p 54)

Vejamos a seguir as particularidades da independência judicial e da importância da obrigação da fundamentação jurídica nas decisões judiciais para a eficácia do Estado Democrático de Direito.

3.1 CONCEITO DE INDEPENDÊNCIA

Ao longo do tempo a nomenclatura independência demonstrou ser a pedra angular para se ter uma sociedade justa e democrática, afinal aquilo que se opõe ao sentido dessa palavra remete ao tempo em que não havia-se diálogo, e sim a simples imposição de ordens e verdades, afastando o homem do seu poder de livre manifestação. A independência do Poder Judiciário e dos magistrados segue essa linha de raciocínio, uma vez que não há Estado Democrático de Direito se não existir um poder consolidado e autônomo para cuidar das situações conflituosas e tutelar direitos da sociedade. O mesmo se aplica aos magistrados, que ao se revestir da sua função devem encontrar-se num meio livre de interferências que possam vir a prejudicar o processo justo de Rogério Greco.

Sampaio (2007, p.4) traz a seguinte definição sobre a Independência Judiciária:

Podemos definir a independência do Judiciário como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de os órgãos do Judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, sem receio das consequências ou represálias advindas dos outros poderes, políticos ou sociais.

A independência da magistratura é de suma importância para a eficaz manutenção do Estado Democrático de Direito, pois ela é o alicerce para a legitimação dos magistrados e garante-lhes o poder e dever de comprometer-se com a defesa do direito e da justiça.

Diante da suma importância do tema para a categoria dos magistrados, a Federação Latino-americana de Magistrados – FLAM, junto a seção Ibero-Americana da União Internacional dos Magistrados - UIM, editaram a Declaração de Campeche (2008), que exaltam através desse documento a importância e a necessidade da independência dos magistrados como condição para a efetividade do respeito aos direitos fundamentais. A seguir o texto em íntegra do primeiro princípio ditado pelo referido instrumento, *in verbis*:

1.- Os direitos fundamentais e as liberdades dos indivíduos reconhecem como garantia de proteção, o direito à tutela judicial efetiva, a cargo de juízes independentes e imparciais, pertencentes aos poderes judiciais igualmente independentes, que contem com as condições que lhes permitam garantir aos magistrados aqueles pressupostos objetivos para o exercício da jurisdição com as qualidades indicadas. Os Estados signatários comprometem-se a garantir de modo permanente o respaldo dos poderes políticos do Estado para a consolidação da independência dos poderes judiciais e dos juízes, evitando toda ação ou decisão que possa condicionar política, econômica, social ou funcionalmente a independência do poder judicial como poder do Estado, ou, a dos juízes. Além disso, assumem o compromisso de adotar as decisões e ações que melhor contribuam com os propósitos indicados, garantindo condições favoráveis para o melhor exercício da magistratura independente e imparcial, sujeita apenas à Constituição e a lei, com estrito respeito ao princípio de hierarquia normativa e livre de toda pressão, condicionamento ou ingerência indevida externa.

Vejamos a seguir, a análise dos aspectos da independência do Poder Judiciário segundo o sistema classificatório proposto por Facchini Neto (2009), que compilou o tema nas seguintes modalidades: externa, interna e psicológica.

3.1.1. A Independência Externa

Também nominada por Sampaio (2007) como “objetiva”, “institucional”, “orgânica” e “coletiva”, esse primeiro viés sobre independência do Poder Judiciário constitui a possibilidade dos juízes desempenharem aos fatores externos, alheios às suas funções, que são as pressões políticas ou econômicas.

Conforme explica o autor, a independência externa se consagrou no meio que os magistrados estão inseridos antes das outras facetas da independência judicial, interna e psicológica, sendo até décadas atrás tratada como a única preocupação acerca da autonomia dos magistrados: a desvinculação dos julgadores a outras forças políticas e não políticas externas ao Poder Judiciário.

Dallari (1996) elenca os inimigos da independência externa como sendo: a) os regimes ditatoriais; b) os sistemas políticos e sociais que se valem de mecanismos políticos antidemocráticos para garantir o poder a determinado grupo; c) todos aqueles que se valem do seu poder econômico ou influência política e militar para manipular os magistrados em suas decisões.

Essa vertente, que outrora foi o substrato para a dedução das demais espécies, se faz sempre de magna importância, pois ela trata de frear todo e qualquer tipo de sistema de corrupção. Se numa sociedade até a magistratura for

considerada maleável por forças externas então não há como ter mais crença na justiça e nas leis e o Judiciário teria sua utilidade comprometida.

3.1.2. A Independência Interna

A Independência interna está ligada a relação do magistrado como indivíduo, em relação aos seus superiores hierárquicos. Trata-se da possibilidade dos magistrados terem autonomia de decidir livremente, sem sujeição a controle dos juízes de mesmo grau ou superior.

A independência “interna”, “decisória”, “subjéitiva”, “funcional” ou “particular” é, como o nome está a dizer, a do juiz em face de seus pares, seja os de mesmo nível, seja os de nível superior, e ainda das entidades ou de outros órgãos do próprio Judiciário, não podendo sofrer pressões ou influências, além de sua consciência e do direito, na hora de decidir ou na condução dos processos sob sua responsabilidade, sujeitando-se apenas ao poder revisional previsto em lei (SAMPAIO, 2007, p. 140-141).

Como bem aduz o autor na parte final do trecho acima mencionado, as decisões de um juiz só se sujeito apenas ao que for cabível diante do poder revisional previsto na lei, todo tipo de controle ou manifestação que fuja ao atendimento da finalidade proposta legalmente é abusiva.

A vedação da submissão dae juiz por outro também foi o entendimento ditado pela Declaração de Campeche, consagrado na inteligência do terceiro princípio, a seguir exposto:

3- No exercício da jurisdição, os juízes não estão submetidos às autoridades judiciais superiores, sem eliminar contudo, que estas, dentro de suas faculdades, possam revisar as decisões jurisdicionais através dos recursos legalmente estabelecidos.

A Emenda Constitucional 45/04 estabelece as competências do Conselho Nacional de Justiça, na esfera administrativa e financeira do Poder Judiciário, assegurando, através até da provocação de qualquer cidadão, que os magistrados cumpram com os deveres da sua função, como exemplo a já mencionada imparcialidade. Todavia, deve restar claro que o CNJ é um auxiliar da Justiça e não um meio de controle abusivo, que dita o se o que o juiz faz é certo ou não, mas sim um órgão necessário para proteger o todo de possíveis irregularidades. A sua intervenção é sempre excepcional e não pode ser usada para questionar o mérito das decisões judiciais.

3.1.3. A Independência Psicológica

Para Facchini Neto (2009) trata-se da acepção de independência mais difícil a ser alcançada, por tratar-se da imunidade às pressões culturais e ideológicas da sociedade. Segundo essa faceta, o juiz desenvolveria a sua cognição livre de quaisquer condicionamentos da unificação da opinião pública através da manipulação pelos centros de poder político e econômico.

Essa é a face mais subjetiva da independência judicial, o autor chega a considerar tal liberdade como algo improvável, e até nocivo a sociedade, pois haveria tendência às decisões mais conservadoras, uma vez que é mais confortável aquilo que já é tido como algo “normal”, para haver a mutação, que é necessária para a evolução de toda a sociedade, o magistrado precisaria antes de formar o seu juízo se valor sobre cada ação despir-se de suas tendências já construídas pelos costumes, ideias, percepções.

Ainda alerta para o fato de que, devido ao próprio percurso para se tornar um juiz – curso de direito e todo o processo para a aprovação nesse cargo público mediante concurso – é fato que predominantemente as vagas do Judiciário acabam sendo preenchidas por pessoas mais abastadas, a que geralmente possui sua formação pessoal e história voltada a manutenção da sociedade *a quo*. Para Facchini (2009), este último argumento serve para explicar o porquê que o Poder Judiciário, em diversos casos, não se levanta para se contrapor a outros Poderes em prol da coletividade.

Nalini (2006) completa o pensamento acima, defendendo que um homem não tem capacidade de ser livre de si próprio. O julgamento é um ato de vontade, em que o julgador primeiro teve que se convencer de uma verdade para depois consubstanciá-la. Todos nós estamos sujeitos às nossas subjetividades, e com o juiz não é diferente, este leva isso para as suas decisões, mesmo que inconscientemente.

3.3 IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA

A plenitude do conceito independência é intangível pelo fato de que por mais que o juiz assuma a posição de representante do Estado pacificador trata-se de um ser humano que tem suas convicções, crenças, opiniões, e teve as suas próprias

experiências pessoais. Tudo isso, mesmo que não seja expresso por meio das palavras que compõe sentenças ou demonstrado diante todo o *iter* processual, revela-se potencial influência na desejada neutralidade do juiz, mesmo que este mesmo não possua consciência da potencialidade dos seus fatores pessoais a tomar as suas decisões. Didier Jr (2007, p. 73) põe as claras a utopia da total neutralidade que erroneamente muito se é cobrada dos magistrados usando-se o argumento da imparcialidade:

Não se pode confundir neutralidade com imparcialidade. O mito da neutralidade funda-se: na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos tem medos, traumas, preferências, etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terêncio, "*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*"). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade: isso é ser imparcial.

O magistrado imparcial não se trata da utopia de um sujeito neutro, mas é aquele que preside todo o procedimento processual de forma correta, observando todos os princípios, normas e demais fontes de direito, e honesta, livre de pressões por meio das partes ou da sociedade, sem desejos pessoais no resultado final dos casos por si apreciados, isto é, livre de qualquer tipo de corrupção. Leonardo Greco (2008, p. 6) dispõe sobre a posição correta do juiz no exercício das suas funções:

O juiz não pode ser encerrado numa redoma. Ele lê jornais, ele participa de conversas privadas, ele recebe em particular, pessoas que lhe manifestam opiniões sobre causas que vai julgar. Mas o juiz sabe que não pode decidir a causa com base nessas informações extraprocessuais, que ao decidir a causa ele deve aplicar o direito aos fatos e às provas colhidas validamente no processo: *quod non est in actis non est in mundo*. Por isso ele não pode associar o seu julgamento a qualquer opinião ou convicção formadas no mesmo ou em outro processo sobre qualquer questão que guarde relação com a *res in iudicium deducta*.

A decisão imparcial não é a que não foi planejada, é aquela que não foi corrompida. O magistrado imparcial é aquele que faz com que o processo seja um instrumento de justiça para as partes e que demonstre isso igualmente para a sociedade.

Em suma, aos olhos de todos o justo é o imparcial e vice-versa, tal conclusão deixa clara a importância da obrigação dessa proteção conferida a toda a sociedade pelo princípio da imparcialidade do juiz. Essa obediência que é um dos alicerces para a independência dos magistrados é mais do que um dever, é um

benefício, porque protege o juiz garantindo a presunção de que a regra é que a sua atuação honesta e justa, e se acaso não for terá de ser provado que é o contrário, e freando muitas das supostas interferências de terceiros que poderia vir a sofrer no exercício do seu trabalho se acaso a regra da imparcialidade não fosse um princípio consagrado.

3.4. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA MAGISTRATURA

A independência dos magistrados é um fator de tanta importância para o bom funcionamento do Estado que encontra sua manutenção assegurada pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Orgânica da Magistratura – Lei Complementar nº 35 de 1979.

De início, cumpre abordar a teoria adotada no Brasil, assim como em outros diversos países, que foi a pedra angular de todas as garantias constitucionais e legais da magistratura: a Tripartição dos Poderes. Esse pensamento foi sistematizado e apresentado por Montesquieu e se tornou pressuposto para a existência de um estado democrático de direito. Na Constituição Federal Brasileira encontra-se consagrado no art. 2º, que garante a independência e a harmonia entre os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A divisão de atribuições entre poderes também assegura ao Poder Judiciário, além da sua função originária de exercer a jurisdição, a autonomia administrativa e financeira, para gerir a si própria e seus recursos particulares. A independência funcional da magistratura é, portanto, uma garantia institucional, inerente ao regime democrático. Trata-se de um conceito elaborado na República Alemã de Wiemar, cuja função é assegurar o respeito aos direitos declarados na Constituição (COMPARATO, 2011):

A Carta Magna destina todo o capítulo 3, do Título IV, do seu texto constitucional para tratar do Poder Judiciário, sendo aos seus membros assegurados as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Essas proteções estão elencadas no art. 95, incisos I, II e III, do texto constitucional

Atualmente muito se insiste na ideia distorcida que as garantias da magistratura funcionam como “privilégios dos juizes”, dando-lhes a aparência de vis regalias, sem demonstrar o que realmente são: ferramentas indispensáveis para que os juizes possam aplicar o direito de forma justa e correta. De certo que esse

repasse de informação distorcido ou está ligado a má-fé de uma imprensa parcial ou a falta de reflexão sobre a importância de tais garantias ao Judiciário. Abordaremos a seguir cada uma delas e a sua relação íntima com a manutenção da independência dos juízes.

A vitaliciedade é a garantia constitucional que protege a permanência do juiz em seu cargo, desde que não cometa infração considerada grave. No primeiro grau, encontra-se submetida ao período probatório de dois anos de exercício, conforme previsto no artigo 95 da Constituição. Antes de esgotar o estágio probatório o juiz poderá perder o seu cargo através da deliberação do tribunal ao qual o juiz está vinculado, nos demais casos, só poderá haver a perda do cargo em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, conforme inciso I do artigo 95.

Essa proteção garante ao juiz a liberdade de confeccionar decisões sem sofrer qualquer tipo de pressão sobre a estabilidade do seu cargo, pois mesmo que as suas sentenças não satisfaçam os interesses de tribunais superiores ou de autoridades do Legislativo e Executivo, os magistrados de piso têm garantida uma estabilidade mais rigorosa, para protegê-lo de perseguições.

A inamovibilidade assegura que os magistrados só poderão ser removidos do lugar onde trabalha para outro por iniciativa própria, exceto se por interesse público, mediante decisão de dois terços do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, conforme prevê o artigo 93 da Constituição. Aliás, este, pode determinar a remoção do juiz a título de sanção administrativa, conforme o art. 103-B, § 4º, III da Carta Magna.

Essa garantia assegura tanto a não frustração do juiz, como impede que este seja remanejado de localidade de acordo com interesses de terceiros. Ressalte-se que as regras que flexibilizam a movibilidade do juiz dependem de processo administrativo, em que o juiz tem assegurado a ampla defesa conforme o art. 95, II da Constituição Federal, com redação dada pela EC 45/04.

A irredutibilidade dos subsídios é um benefício dos magistrados que tem por escopo impedir que a sua atuação sofra pressões de cunho econômico. Vale lembrar que, tal garantia engloba somente a irredutibilidade nominal do subsídio, isto quer dizer, o valor percebido pelos membros do Judiciário não sofre necessariamente atualizações conforme o mercado econômico.

Há também outra espécie de proteção aos magistrados no que diz respeito ao foro especial como prerrogativa da função, sendo os juízes julgados,

originariamente, conforme o disposto na Constituição: os juízes estaduais e do Distrito Federal pelo respectivo Tribunal de Justiça (art. 96, III); os juízes federais, inclusive os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho pelo Tribunal Regional Federal (art. 108, I, “a”); os membros do TJ, TRF, TRE e TRT pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”), os membros dos tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM) pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “c”); e, os ministros do Supremo Tribunal Federal sendo julgados em se tratando de infração comum pelo próprio STF (art. 102, I “b”), e se tratando de crime de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, II).

Portanto, diante das considerações apontadas, resta esclarecido que as garantias asseguradas em Lei não se tratam de meros privilégios concedidos ao juiz para ornar a importância de sua função, essas garantias cuidam da preservação da dignidade e liberdade dos magistrados durante o exercício de suas funções.

Hely Lopes Meirelles (2012) ensina que as prerrogativas e garantias integram o patrimônio jurídico atrelado ao cargo ou função que se desempenha na estrutura do governo, na organização administrativa ou na carreira a que se pertence. São vantagens concedidas aos agentes para que disponham de autonomia suficiente para executar suas atribuições legais.

Em suma, as chamadas proteções que são conferidas aos juízes são benefícios, mas que ultrapassam esse sentido, sendo originariamente as chamadas garantias de independência, pois essencialmente propõe aos membros do Judiciário a liberdade de proferir julgamentos isentos de pressão, seja advinda da sociedade ou dos interesses de grupos políticos ou econômicos, ou até mesmo de seus próprios órgãos jurisdicionais. Esse conjunto de prerrogativas, unidos à imunidade do Juiz ao proferir suas decisões, garantem a independência da magistratura.

3.5. A VALORAÇÃO PROBATÓRIO E A DISCRICIONARIDADE DOS MAGISTRADOS

O antigo Código de Processo Civil contemplava expressamente o princípio do livre convencimento motivado, com o advento da lei processual vigente que não reproduziu tal princípio surgiu na doutrina a divisão de entendimentos a respeito ou não da proibição da sua aplicação, que dá direito ao juiz de formar livremente o seu convencimento.

Primeiramente cumpre esclarecer o seu significado para a posteriori

entender o seu sentido e compreender a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico submetido ao Código de 2015. O princípio do livre convencimento motivado confere a liberdade ao magistrado em relação a avaliação das provas produzidas em juízo, desde que atenda à sua obrigação com a fundamentação de sua decisão. Esse dispositivo era pronunciado pela antiga lei processual através dos artigos. 118, 131 e 436.

Por outro lado, cumpre destacar que o Brasil adota, também, o princípio da persuasão racional. O juiz não está desvinculado das provas e elementos constantes nos autos (*quod no est in actis est in mundo*), mas sua interpretação não depende de critérios *a priori*. Decide-se com base nos elementos do processo, mas avaliando-o segundo critérios críticos e racionais (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2011).

O suporte para aplicação desse princípio acosta-se justamente na independência judicial, que contempla a ideia da discricionariedade dos magistrados. Ora, o sentido da aplicação deste princípio não está na sua expressão pela lei, mas sim nas próprias bases estruturais da persecução da justiça. A discricionariedade de formular livremente juízo de valor perante as provas trazidas em juízo acha o seu limite na própria impossibilidade de elaborar uma decisão desconsiderando o que consta nos autos.

Portanto, o livre convencimento ou a persuasão racional não carecem de ser ditados em Lei para a sua aplicação, pois este é essencialmente o instrumento fundamental para a dinâmica dos julgamentos, sendo este o método na busca pela justiça, uma vez que é exatamente na disputada de persuasão que se dá o sentido de todos os sistemas justos e democráticos de julgamento.

A discricionariedade para formular concepções é que cria e dá razão da existência do Poder Judiciário. Sendo ao juiz é vedada a arbitrariedade, este tem o dever de obedecer aquilo que é disposto a lei e motivar na fundamentação de suas decisões o porquê se alcançou o entendimento, com o que lhe convenceu. E é assim que funciona todo procedimento que resulta no processo considerado justo.

3.6. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Para que se torne real a ideia de processo justo propagada por Greco (2005), em que sejam respeitadas as bases do processo no Estado Democrático de Direito: o Acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa, a autonomia e

independência judicial, necessário se faz a exteriorização completa e particular do juízo de entendimento dos julgadores das decisões através do corpo das decisões, sentenças e acórdãos. A priori, a fundamentação apresenta-se como uma obrigação ao magistrado, na prática ela transcende esse sentido e se revela como mecanismo eficaz para garantir a segurança da sociedade e afasta suspeitas de subjetivismos imorais e ilegais na atuação dos juízes.

No exercício de suas funções o magistrado não pode se valer de mero silogismo entre a lei e o caso por si apreciado, como se apreciar as demandas em juízo fosse algo mecânico ou um simples encaixe de norma ao fato. Necessário se faz expor sua linha de raciocínio, a sua motivação, a justificação, o respeito e a abordagem às informações trazidas pelas partes, entre outros fatores, afinal é por meio do corpo das decisões que o juiz apresenta, e também aplica, a solução.

Didier (2007) e Moreira (1998) entendem que o compromisso com a fundamentação das decisões pelos magistrados vai além da simples análise dos casos, estes também tem o dever de resolver, e por consequência tornar público, as questões de fato e de direito. Portanto, a fundamentação é a demonstração do como e do porquê o magistrado chegou a sua conclusão sobre cada caso apreciado, é a exteriorização do conjunto de fatores que construíram a cognição do juiz, garantidos estes ao alinhamento com os ditames da lei que garantem decisões justas, afastando-lhes de quaisquer suspeitas de arbitrariedades e subjetivismos. A fundamentação das decisões judiciais é a garantia de processo justo.

Da obrigação do juiz de examinar os argumentos de fato e de direito tem-se o direito das partes de conhecer as razões que consubstanciaram a decisão e de verificar o escopo dessa fundamentação, tendo essa garantia o poder de dar e potencializar o acompanhamento da atuação do juiz, como já foi dito outrora, por sua imparcialidade e pelo compromisso com a verdade dos fatos e com os ditames do ordenamento jurídico.

Além de garantir as decisões justas e transparentes, isto é, livre de vícios que as maculem, a fundamentação das decisões possui outros papéis importantes para as partes e para o Judiciário, demonstrados a seguir.

Para as partes, a missão da fundamentação das decisões significa também o dever de persuasão das partes, de convencer a ambos os litigantes de que foi feita justiça. Ora, toda lide nasce de um conflito que precisa ser levado a apreciação do Judiciário para ser resolvido, então para se existir ação é necessário sempre antes

existir algum tipo de insatisfação. O juiz, quando no momento de pôr fim a batalha judicial, tem que levar em conta a missão de satisfazer as duas partes, para que além de ser feita a justiça, as partes sintam-se satisfeitas com a prestação jurisdicional mesmo não tendo alcançado tudo ou uma parte do que desejava. Para isso, saliente-se que a decisão judicial precisa ser clara, deixar evidente que o contraditório foi respeitado, bem como as provas, as testemunhas e tudo aquilo que consubstanciou o processo, e por fim, demonstrar o que o ordenamento jurídico dita a respeito do caso, alinhando aquele a este de forma individualizada e esclarecedora.

Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. É bastante comum que o juiz, por exemplo, julgando procedente um pedido, fundamente a sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos e provas produzidos pelo autor. Isso, porém, não é correto. É imprescindível que se indique também porque as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, analisando sob a perspectiva substancial: não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado. Além disso, o julgador deve expor na sua decisão os motivos porque tais argumentos e provas não o convenceram. (DIDIER, 2007, p. 8)

Para o Poder Judiciário, o corpo das fundamentações de fato e de direito do juiz também necessita de todas as peculiaridades, já exigidas para satisfazer o coletivo e as partes, para numa situação de recurso proporcionar ao tribunal a possibilidade de bem apreciar o conteúdo da decisão que tem poder para reformar.

A conjugação do dever de fundamentar as decisões com a possibilidade de a parte influenciar nesta decisão será aferida por meio da publicidade, que somente será implementada mediante a fundamentação. Ao impor transparência e permitir um maior controle sobre Judiciário, evitando decisões arbitrárias e que considerem as partes como meros atores, sem o direito de influência.

A publicidade das decisões, e de suas respectivas fundamentações, é a parte da final da consolidação da justiça no processo. Todas as decisões iniciam com o pensamento reflexivo sobre as informações trazidas a juízo e terminam postas a termo e expostas ao público. É através desse mecanismo que a

imparcialidade e a independência judicial são ostentadas a sociedade, que além de atuar democraticamente no processo de forma indireta através das leis oriundas pelo Legislativo, legítimos representantes do povo, possui através do acesso ao teor da decisão a liberdade de verificar o compromisso do magistrado com o ordenamento jurídico, com o contraditório, com os documentos e testemunhas apresentadas pelas partes, o respeito a isonomia e a moral, no que diz respeito a coibir qualquer interferência de interesses pessoais ou vantagens por meio das próprias decisões.

3.6.1 A fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015

O Poder Judiciário diante de sua missão constitucional tem a obrigação de oferecer as partes e a sociedade decisões complexas, completas e fundamentadas que atendam ao fim das demandas judiciais, a solução de conflitos. O Código de Processo Civil de 1973 dispunha o seguinte acerca da fundamentação das decisões:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I- o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Apesar do antigo diploma processual já tratar da obrigação de fundamentar as decisões, percebe-se que o fazia de modo bastante básico, o legislador cuidou em tratar a exposição da cognição do juiz apenas no inciso II do art. 458, e no art. 165 somente tratou que as “demais decisões serão fundamentadas”. A problemática em tão simples normatização era a brecha das diversas interpretações do que realmente abrangeria essa fundamentação.

O mesmo não ocorre com o Código de 2015, que na essência do seu conteúdo não alterou a norma, mas sim cuidou em lapidar a legislação a fim de reafirmar o compromisso dos juízes com as partes e a sociedade. A atual legislação processual reafirma aquilo que a doutrina e o cotidiano da atividade judicial já direcionava há tempos e de forma crescente.

Esse entendimento se deve também a preocupação com a realidade enfrentada no Brasil, devido aos últimos anos em que eclodiram diversos casos de

corrupção e abuso de poder na esfera legislativa, necessário se fez também garantir a sociedade de forma mais rígida o compromisso de transparência e justiça do Poder Judiciário, que possui, e necessita manter, a credibilidade diante da sociedade (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015)

Outrora essa cobrança possuía um caráter mais moral do que legal, como um dever para manter a boa impressão do juiz que se preocupa em cuidar das minúcias de cada caso para proferir o juízo de suas decisões. A legislação atual apenas traduziu aquilo que já era de bom senso em obrigação de forma mais severa através do art. 489, nas hipóteses do seu parágrafo primeiro que tratam das situações que já eram combatidas na doutrina e na jurisprudência. A lei cobra dos julgadores o seguinte:

Art. 489. [...]

§ 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.

No art. 927 do mesmo diploma legal está reafirmada a ideia da norma supramencionada, demonstrando a importância do magistrado deixar as claras todos os fatores que o levaram a compor a sua decisão. Além disso, os referidos artigos do Código de Processo Civil consagram de vez o uso dos precedentes, que já vinham sendo usados para desafogar o sistema judiciário brasileiro. Este tema será abordado com as suas particularidades no capítulo posterior.

A Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispõe que a sentença se limitará aos elementos de convicção do magistrado e o registro do que for mais importante na audiência, sendo dispensados o relatório, *in verbis*:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o

relatório.

Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido.

Diante deste artigo não é correta a interpretação superficial de que essa regra objetiva enfraquecer a estrutura das sentenças nos Juizados, no sentido de se opor a essência do atual Código de Processo Civil. Primeiro, há de se considerar que a Lei dos Juizados Especiais está há uma década do Código Processo Civil de 2015, e que o seu objetivo não é o de enfraquecer a transparência e a credibilidade das decisões judiciais, mas sim de garantir que nas situações determinadas em Lei, em razão do seu valor e da sua matéria, e que são inevitavelmente, e por consequência são de menor complexidade, demandem o mesmo tempo, dos mesmos custos que dão todo o suporte para o exercício da atividade julgadora do Estado e as mesmas condições para se ter a solução de problemas “menores”.

O que torna o sistema Judiciário eficaz para julgar as demandas da sociedade é exatamente essa dinâmica de aplicar-se a justiça. Uma norma não enfraquece a outra, cada um cumpre o seu papel atingindo aos objetivos para as quais foram formuladas sem causar qualquer prejuízo para a sociedade ou para a credibilidade do Poder Judiciário.

Ressalte-se a ideia de que a credibilidade do Judiciário não depende da quantidade de decisões proferidas, mas sim na qualidade da fundamentação de suas decisões, até mesmo porque diante destas o próprio trabalho do Judiciário reduz, boas sentenças geram diminuição de recursos. Seguindo essa linha de raciocínio dispõe o mestre Humberto Theodoro Jr (2015, p. 326):

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.

Diante do vasto número de decisões judiciais, que antes poderiam ser equivocadamente proferidas sem a devida fundamentação satisfatória para as partes, esses novos mecanismos de defesa elaborados pelo legislador no Novo Código de Processo Civil contribuem para a proteção da sociedade ao não admitir,

sob qualquer hipótese, decisões com fundamentações rasas que não cumprem com o papel da justiça para as partes e que prejudicam a credibilidade do Poder Judiciário

3.6.2. A fundamentação das decisões à luz da realidade do Judiciário Brasileiro

A sociedade sempre foi marcada pela sua constante evolução, no entanto, com a pós-modernidade as mutações suportadas em diversas áreas que atingem a vida humana ficaram ainda mais aceleradas. Na atualidade, tem-se uma geração marcada pelas redes sociais, pela transmissão de notícias em tempo real e pela necessidade quase desesperadora de sempre buscar ganhar mais dinheiro em menos tempo, tornando as pessoas seres cada dia mais envolvidos em conflitos e com menos disponibilidade de tempo para solucioná-los. Além disso, o acesso à informação nunca esteve tão fácil e globalizado, estando disponível a todos que se interessarem independente do grupo econômico.

Todos esses fatores acabam afetando também ao Judiciário, que parece ter se tornado verdadeiramente o lugar para onde se escoam os problemas e conflitos da sociedade, que de forma pacífica, que parece não conseguir resolver problemas ínfimos através do diálogo, cabendo ao Judiciário o direcionamento para a satisfação da paz comum. Isso tudo, combina-se ainda mais com a exigência de velocidade. O abarrotamento de ações simples, que não apresentam força para movimentar e mobilizar juiz, cartório, etc, acabam desacelerando ações mais complexas e urgentes.

Diante disso, no cotidiano da justiça do Brasil tem-se dois polos opostos que precisam ser balanceados pelo Poder Judiciário: a necessidade de se respeitar todo o *iter* processual para se ter um processo justo, observando-se os direitos das partes, os prazos, o contraditório, e se necessário, a oitiva de testemunhas e a produção de provas; e no outro, o vasto número de processos que precisam ser céleres para serem eficazes para a sociedade.

Isso tudo gera a problemática entre a efetividade do extenso número de processos com as garantias necessárias para o dito processo justo de Rogério Greco, e põe em questão a eficácia do Poder Judiciário, que tem que lidar com a missão de garantir o acesso à justiça a todos e garantir a obediência a todas as formalidades ditadas pela lei

Conforme exposto ao tratar de independência judicial, é próprio do juiz analisar os argumentos de fato e de direito, junto com todas as informações juntados a juízo. O juiz transforma a norma geral, exposta no ordenamento jurídico, em norma específica, através do que dita a situação a qual se confronta. Porém, para dar a sociedade o sistema judiciário eficaz não há como fugir de métodos menos individualizados.

Para lidar com a vasta demanda de processos os juízes se valem de mecanismos que acelerem o acesso à justiça, através das tentativas de conciliação e dos setores de mediação presentes nos fóruns, com a aplicação da jurisprudência dos tribunais, a partir dos entendimentos das súmulas vinculantes e o acompanhamento de precedentes que norteiam a solução que o juiz dará aos processos, entre outros.

Essa preocupação com a quantidade da necessidade de respostas pelo Judiciário por sentenças e acórdãos acaba afetando todo o sistema e põe em risco à garantia de fundamentação das decisões judiciais, que sistemicamente afeta as demais garantias a ela correlacionadas. Trata-se da padronização de decisões que se distanciam do valor e do sentido dos precedentes (THEODORO Jr, 2015)

Conforme afirma o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 87.574/SP: “A igualdade jurídica perante a lei não significa tratar todos da mesma forma, em todas as situações, desprezando as particularidades e especificidades das pessoas ou dos fatos; ao contrário, a padronização e a automatização das decisões, sem a devida individualização (da pessoa, da conduta e dos fatos que as cercam) é que macula o festejado princípio.”

A adoção da sistematização das decisões é perigosa para a justiça, pois põe o sistema em risco que é o de cair em contradição com todo o processo evolutivo do direito ao acesso da justiça, que sempre apontou para maior preocupação com as particularidades e o respeito a análise concreta e justa de cada caso.

No entanto, diante da realidade que o Judiciário Brasileiro está inserido não há como garantir a igualdade de empenho de tempo e esforços para a resolução de todos os casos, até mesmo por questão de bom senso, há uma variante enorme na complexidade de processos que adentram todos os dias aos tribunais. Aliás a própria lei cuida de amenizar o abarrotamento de processos em alguns casos, como por exemplo, através dos Juizados Especiais.

Os mecanismos que aceleram o sistema judiciário brasileiro ultrapassam a margem do conceito benéficos, sendo hoje essenciais ao funcionamento da justiça. Seria um verdadeiro desperdício de tempo e dinheiro se para toda ação que entrasse na máquina judicial fosse precisa ser esculpida uma nova tese, a individualidade do processo não consiste nisso. Ao juiz é dada a responsabilidade de observar e conhecer o caso, para que diante do levantamento da situação que se confronta possa usar de todos os recursos e auxílios que a lei, a jurisprudência, os precedentes, os costumes, entre outros, podem lhe proporcionar. Contemplando esse entendimento tem-se Oliveira (20--, p. 3) dispendo sobre a eficiência do Judiciário:

A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova [...]) O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade.

Para o Poder Judiciário Brasileiro não há como escolher entre eficiência e celeridade, é preciso compatibilizar as duas, fazer com que a sua atuação seja digna de receber ambas virtudes. Esse é o desafio a ser alcançado diariamente pelo magistrado, cuja produtividade não deixa ser cobrada pela sociedade, pelo Conselho Nacional de Justiça, ou por si mesmo para fins de promoção na carreira ou para auto satisfação com o trabalho.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça através da HC 87.574/SP: “A igualdade jurídica perante a lei não significa tratar todos da mesma forma, em todas as situações, desprezando as particularidades e especificidades das pessoas ou dos fatos; ao contrário, a padronização e a automatização das decisões, sem a devida individualização (da pessoa, da conduta e dos fatos que as cercam) é que macula o festejado princípio”

Há ainda parte da doutrina que se opõe a importância dada pelo Código de Processo Civil de 2015, que dita aos magistrados a obrigação de se observar

mecanismos que auxiliam a resolução de forma mais rápida das questões em juízo. No entanto observa-se que tal posicionamento significa retrocesso, a nova lei veio apenas solidificar o que já se praticava nos tribunais do país, a luta diária por um sistema judiciário mais eficiente, isto é, que saiba dosar a medida ideal entre celeridade e a fundamentação de suas decisões.

Estabelecidas tais ponderações sobre a intencionalidade judicial, faz-se necessário compreender, em linhas gerais, o sistema de jurisprudência obrigatória adotado pelo novo Código de Processo Civil, a fim de verificar sua compatibilidade com a independência judicial e as bases do sistema jurídico brasileiro.

4 A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COM A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

A influência da jurisprudência no sistema brasileiro remonta ao Direito Português, quando as Ordenações Filipinas orientavam os magistrados a julgar os casos de acordo com os costumes em caso de ausência de lei. É possível afirmar que, naquele momento, o Judiciário efetivamente se sobrepunha ao Legislativo, porquanto embora as Ordenações legitimassem o rei para criar a lei, o poder legislativo passou, na verdade, a ser exercido pelas cortes (BARACHO, 2014).

Inobstante a tradição herdada dos portugueses, a Constituição do Império de 1824 já inseria o Brasil dentre os países de tradição *civil law*, positivando a supremacia da lei sobre as demais fontes, ao dispor em seu artigo 179, inciso I, que “nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei” (*sic*). Este preceito vem sendo repetido em nossas Constituições até a atual, que o recepcionou no artigo 5º, inciso II.

Além do papel inicialmente persuasivo, os precedentes, pouco a pouco, vêm agregando eficácia expansiva diante da possibilidade de atribuição de efeito vinculante, chegando a transpor o processo para atingir a doutrina, transformando limitando o saber da ciência jurídica à reprodução dogmática. Gradualmente os livros de doutrina buscam debruçar-se sobre os julgamentos pretéritos, com a pretensa missão de replicar precedentes, entretanto sem analisar os fundamentos utilizados para decisão, apenas descrevendo a ementa (MAGALHÃES; SILVA, 2014).

Para os partidários da ideia de que o juiz deve ser absolutamente livre para julgar, apreciar a prova ou escolher dentre os vários caminhos legislativos para a solução do conflito, através de juízo discricionário, a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios minaria a independência interna da magistratura, a independência decisória dos juízes e, até, o princípio do livre convencimento motivado.

Marinoni (2013), em defesa da corrente acima exposta, considera equivocada a noção de que os juízes do *civil law* não devem qualquer respeito às decisões pretéritas, ao argumento de que tal vinculação impediria o livre conhecimento da causa e sua liberdade para julgar. Para o autor, esta concepção nega que as decisões sejam resultados da atividade judiciária, como um todo, colocando-as como produto individualizado, emanado da vontade de cada julgador.

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário (MARINONI, 2013, p. 62-63).

Os defensores da teoria dos precedentes obrigatórios argumentam que esta não é incompatível com a independência judicial, porquanto existe um compromisso dos magistrados com a integridade e coerência do ordenamento jurídico, devendo ser evitadas as decisões diversas, ou mesmo contraditórias, para casos semelhantes.

Outros, criticam não a incorporação da teoria dos precedentes, mas sim a forma pela qual esta tem se desenvolvido na prática brasileira.

Neste sentido, Theodoro Jr (2015) destaca que o *stare decisis* exige uma exaustiva análise comparativa de casos (*distinguish*) para averiguar, verificada a similitude, em que medida a solução do caso pretérito pode aplicar-se ao novo. Na experiência brasileira, entretanto, diante de casos similares, a jurisprudência defensiva dos tribunais esforça-se para logo editar um enunciado de súmula a fim de encerrar o debate sobre o tema, e, no futuro, resolver os casos pinçados sobre o tema quase automaticamente.

Magalhães e Silva (2014) mencionam que sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 consolidou-se a prática de utilizar as ementas para substituir as fundamentações dos votos, uma vez que são regidas através de expressões dotadas de abstração e generalidade, num claro intento de exercer função análoga à lei

Neste contexto, em um primeiro momento, o presente capítulo dedica-se a descrever brevemente o sistema de precedentes obrigatórios adotado pelo novo Código de Processo Civil – Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Após, buscar-se-á refletir sobre a forma com o precedente vem sendo tratado na prática brasileira e sobre as premissas fundamentais dos posicionamentos acima descritos, a fim de averiguar a compatibilidade do sistema de precedentes obrigatórios com a independência judicial.

4.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ideia de necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, materializada através do Ato 379/09 do Senado Federal ganhou força ao argumento de garantir a coerência do sistema processual, alvo de profundas mudanças, principalmente, nas duas últimas décadas, pautando-se pelo objetivo de garantir a simplicidade da linguagem e do processo, a celeridade e a efetividade do resultado da ação, modernizando os procedimentos previstos na legislação processual (GONÇALVES; VALADARES, 2014).

Dentre as diversas novidades propostas pelo novo diploma, destacam-se a ênfase na uniformização e estabilização da jurisprudência, as quais, conforme exposto, emergem como mecanismos para assegurar a isonomia entre os jurisdicionados e a segurança jurídica, respostas aos problemas da coexistência de diversos entendimentos judiciais incompatíveis e morosidade processual.

Donizetti (2015) menciona que é comum encontrar na doutrina e nos tribunais certa resistência a respeito da atribuição de força normativa aos precedentes judiciais. Entretanto, diante da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência atual é que a atividade jurisdicional ganhe força, solucionando situações que não poderiam ser resolvidas pela aplicação literal da lei. Situação que é agravada pela litigiosidade repetitiva, referente a inúmeras situações semelhantes que ingressam simultaneamente no Judiciário, e litigiosidade de interesse público, referente ao pleito dos cidadãos pela efetivação de direitos e políticas públicas.

Quanto à existência de *stare decisis* no ordenamento brasileiro, Jesus (2014) divide a doutrina em três posições: a primeira, liderada por Streck e Abboud, entende não ser possível falar em precedente no Brasil, porquanto a eficácia atribuída às decisões judiciais decorre de lei, enquanto que o *stare decisis* no *common law* deriva de uma compreensão histórico-concreta dos julgados. Outra parte da doutrina reconhece a existência de precedentes vinculantes nacionais, mas apenas quando lhe for atribuída tal eficácia pela lei, em sentido amplo. Um terceiro grupo, capitaneado por Didier Jr, Braga e Oliveira (2015), defende que o precedente judicial, como núcleo essencial que pode servir de diretriz para o julgamento de casos futuros e similares é inerente a qualquer ordenamento que busque coerência,

seja de tradição *civil law*, seja de *common law*. Segundo esta última corrente, o que varia entre um sistema e outro não é apenas o grau de autoridade concedido ao precedente, que em alguns lugares recebe apenas eficácia persuasiva e noutros lhe é atribuído força vinculante.

Baracho (2014) ensina que, na verdade, embora o Brasil se insira dentre os países de tradição romano-germânica desde a Constituição do Império de 1824, que já previa que “nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei” (*sic*), a orientação jurisprudencial nunca foi abandonada pelos brasileiros, atuando como referência para a julgador diante de casos similares, chegando às salas de aula, onde a doutrina mostra-se, cada vez mais, interessada em descrever o que pensam as Cortes superiores sobre os diversos temas jurídicos.

Além do papel inicialmente persuasivo dos precedentes, pouco a pouco os precedentes vêm agregando força normativa, chegando até mesmo a tornarem-se vinculantes. No Brasil este movimento é sentido, principalmente, desde a emenda constitucional 45, que introduziu o efeito vinculante dos julgamentos de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar enunciados sobre matéria constitucional com efeito vinculante para a Administração, Direta e Indireta, e para o próprio Judiciário, mesmo em sede de controle difuso.

Outro exemplo desta nova força dos precedentes é a utilização destes julgados para obstar, monocraticamente, o seguimento de recursos ou até dar-lhes provimento, quando a decisão atacada estivesse em desconformidade com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Conforme previa o Código de Processo Civil de 1973:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º. A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Donizetti (2015, p. 8) menciona que “o *stare decisis*, entendido como o precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior” e pressupõe o reconhecimento de que

magistrados estão aptos ao exercício de uma atividade constitutiva (*law making authority*) e declaratória.

Nunes e Lacerda (2014) defendem que o Brasil se encontra em processo de mudança nos níveis qualitativo e quantitativo de litigiosidade. Esta mudança, aliada a transição para um modelo jurídico principiológico – formado por conceitos abertos –, às altas taxas de congestionamento, aos novos perfis de litigiosidade repetitiva, têm ensejado a formação de um modelo de Direito Jurisprudencial, no qual utilizam-se precedentes para geração de padrões decisórios através da técnica e casos-piloto, escolhendo um caso representativo, cuja solução aplicar-se-á a todos os demais.

No Brasil, embora mantenha-se fiel à tradição *civil law*, é possível afirmar a existência de um *stare decisis* mitigado, na medida em que além do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal deterem o poder de criarem normas, para unificar a jurisprudência nacional, os juízes inferiores também possuem o dever de aplicar estes precedentes (DONIZETTI, 2015).

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário (MARINONI, 2013, p. 62-63).

Com vistas ao aperfeiçoamento do *stare decisis* brasileiro, o novo Código de Processo Civil contemplou importantes mecanismos relacionados ao sistema de precedentes judiciais. Neste sentido o artigo 926 prevê, objetivamente, o dever de os tribunais manterem sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, inclusive por meio de edição de súmulas.

4.1.1 Eficácia persuasiva

O precedente é um fato que ocorre em qualquer lugar do mundo onde houver decisão judicial. O que varia diante dos diferentes contextos histórico e cultural é o valor jurídico dado a este fato, desde o valor simplesmente persuasivo até o caráter vinculante. Os precedentes existem em todos os sistemas jurídicos e não somente nos países de *common law*. O que ocorre é que, nestes, lhe é prestado um respeito maior, atribuindo-lhes eficácia normativa (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Tucci (2004) ensina que o precedente persuasivo constitui um indício da solução racional e socialmente adequada, tendo em vista que vários julgadores

apontam no sentido de uma decisão específica diante de situações similares, o qual se segue por estar convencido de que aquela é a prática ou interpretação correta.

O artigo 926 do novo Código de Processo Civil dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, em prol da segurança jurídica e do tratamento isonômico dos jurisdicionados, regra voltada principalmente aos tribunais superiores, principais responsáveis por defender a unidade da interpretação jurídica nacional.

A eficácia persuasiva é a eficácia mínima do precedente, que convence o magistrado da correção dos argumentos utilizados pela repetição das razões invocadas para decidir um caso pretérito. Nesse sentido quanto mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, maior será sua força persuasiva, porquanto menor a chance de reforma pela Corte Superior e maior o indício de que aquela será a interpretação final da norma (LOURENÇO, 2015).

Didier, Braga e Oliveira (2015) ensinam que a eficácia persuasiva do precedente pode ser extraída de sua própria existência, da credibilidade que agrega pela convergência de entendimentos. Entretanto, há situações em que o próprio legislador reconhece a força persuasiva dos precedentes, a fim de obter a uniformidade do direito, sem a necessidade de vincular os juízos inferiores, como é o caso dos embargos de divergência, previsto no artigo 1.043¹ do novo Código de Processo Civil, instrumento pensado para uniformização de interpretação de turmas de um mesmo tribunal, e do recurso especial com fundamento em divergência de interpretação da legislação infralegal, previsto no artigo 105, II, da Constituição e artigo 1.029, § 1^o², do novo CPC.

-
- 1 Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; [...] III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;
 - 2 Art. 1.029, § 1^o. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

4.1.2 Eficácia vinculante

Assim como sugere o seu nome, a eficácia vinculante (*binding authority*) é aquela que obriga o intérprete a adotar a *ratio decidendi* do precedente sempre que estiver diante de um caso similar, vinculando órgãos administrativos e judiciais às razões fundamentais invocadas na solução do paradigma. O efeito vinculante é o mais abrangente, dentre os efeitos dos precedentes, incorporando dentro de si os demais, razão pela qual se entende possível afirmar que o precedente obrigatório também detém eficácia persuasiva, e impeditiva (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015).

Conforme já mencionado, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil estabelece o dever dos tribunais em manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, evitando decisões contraditórias ou mesmo conflitantes sobre casos similares. A fim de viabilizar o exercício deste dever, o novo Código de Processo Civil coloca vários instrumentos à disposição do Judiciário, a exemplo da possibilidade de dar publicidade a sua jurisprudência consolidada, de forma organizada, através da edição de súmulas, prevista nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 926.

Jesus (2014) ressalta que a simples edição de súmulas, embora dê publicidade ao posicionamento dominante dos membros do tribunal não é suficiente para atingir os objetivos traçados pelo artigo 926. A estabilidade da jurisprudência, isonomia e tratamento entre os jurisdicionados em situações similares e a segurança jurídica, só restarão alcançadas se, além de manter coerente a jurisprudência interna, os tribunais observarem também o que vêm decidindo as Cortes superiores, conforme a regra do artigo 927, que estabelece um rol de precedentes de observância obrigatória.

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.

Neves (2016) menciona que, para parte minoritária da doutrina, o termo “observarão”, no artigo em comento, cria apenas o dever do órgão jurisdicional levar em consideração os precedentes e julgados expressamente indicados nos incisos do artigo 927 para formação de seu convencimento, mas não estariam obrigados a observá-los, podendo fundamentar sua decisão com o argumento de ser equivocado o fundamento.

Para a maioria dos doutrinadores, no entanto, o artigo 927 cria um rol de precedentes de eficácia vinculante, instaurando o dever das Cortes inferiores adotarem as razões fundamentais (*ratio decidendi*) invocadas para solução do paradigma (NEVES, 2016).

Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua fundamentação (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 455).

Jesus (2014) menciona que o sistema inaugurado pelo novo Código de Processo Civil deixa clara a eficácia obrigatória dos precedentes se verifica no plano horizontal, vinculando os juízes e tribunais abaixo do órgão prolator da decisão na organização judiciária, entretanto não possui disposição expressa com relação à possibilidade de vinculação do próprio órgão aos precedentes por ele firmados (eficácia vertical). Neste caso, entende a autora que a eficácia vertical decorre da própria existência de um sistema de precedentes, principalmente, de forma implícita, no dever dos tribunais de manter estável e coerente a própria jurisprudência, disposto no artigo 926.

Por fim, por serem de observância obrigatória, há o dever dos magistrados de conhecer, inclusive de ofício, dos precedentes vinculantes, sob pena de caracterizar-se omissão e negativa de justiça (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Não por outro motivo, o inciso I, o parágrafo único, do artigo 1.022, do novo Código de Processo Civil, reputa omissa a decisão que: “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”, os quais são precedentes obrigatórios, na forma do artigo 927, III, do mesmo Código.

4.1.3. Eficácia de obstar a revisão de decisões

Para Lourenço (2015) outro dos principais efeitos atribuídos aos precedentes obrigatórios consiste na eficácia para obstar a revisão de decisões, impedido a rediscussão da matéria pela via recursal ou por meio de remessa necessária, como é o caso das súmulas do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, que permitem ao relator, monocraticamente, negar seguimento ou indeferir o recurso, evitando que o processo passe por fases cuja possibilidade de alterar o disposto na sentença é quase nula ou inexistente.

Didier, Braga e Oliveira (2015) ensinam que o efeito obstativo, na verdade, é um desdobramento do efeito vinculante. Nestes casos, o legislador permite ao julgador que negue o seguimento de recursos com baixíssima chance de sucesso, quando a decisão estiver conforme a jurisprudência dominante ou súmula, principalmente se o enunciado houver sido editado por um dos Tribunais Superiores.

Os precedentes judiciais impeditivos são espécies de precedentes judiciais vinculantes. Na verdade, os precedentes judiciais impeditivos são os precedentes judiciais vinculantes que possuem a finalidade específica de impedir a apreciação de demanda, a revisão de decisões ou a remessa necessária (JESUS, 2014, p 23)

O Código de Processo Civil estabelece algumas das situações em que os precedentes terão eficácia impeditiva ou permissiva da seguinte forma:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (grifo do autor)

Assim como podem ser obrigatórios ou denegatórios, os precedentes podem ser também assumir o caráter autorizante, por exemplo a existência de tese firmada em sede de julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, que autoriza a concessão de tutela de evidência documentada, prevista no artigo 311 do CPC³.

4.2 APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Conforme exposto, o aspecto fundamental de um precedente não é o dispositivo do julgado, mas a sua *ratio decidendi*, os motivos determinantes que levaram o tribunal a adotar determinada solução para o caso em questão (MARINONI, 2013). Em sentido estrito, o precedente vinculante se confunde com a própria *ratio decidendi*, porquanto é esta que é dotada de força obrigatória, devendo ser observada pelos magistrados (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Baracho (2014) ressalta que, não obstante tenha se filiado à tradição *civil law*, com a adoção de um sistema jurídico codificado, o Brasil nunca negou completamente a importância da jurisprudência como meio de superar o problema da morosidade do judiciário e, assim, atribuir maior efetividade ao processo civil, norteando a solução dos litígios futuros através das decisões reiteradas dos tribunais.

Theodoro Jr (2015) alerta para o fato de que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o Brasil não possuía um sistema de precedentes obrigatórios, mas apenas técnicas de julgamento em larga escala, partindo-se de uma suposta homogeneidade entre várias situações levadas ao Judiciário e um caso paradigma, que era pinçado dentre os demais para apresentar a solução única para todos. Na prática, a jurisprudência era utilizada, principalmente, como filtro recursal na busca por uma eficiência quantitativa.

Conforme destaca Neves (2016), no *common law* um julgamento só se torna precedente quando sua *ratio decidendi* passa a servir de fundamento de decisão

3 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando. [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

para outros casos futuros. Existe naquele sistema um compromisso prévio com a historicidade do direito, que evolui, também, a partir da prática forense. No Brasil, por outro lado, a legislação predetermina quais julgamentos tornar-se-ão precedentes. O julgamento inicia-se com a intenção de que aquela decisão se torne um precedente e encerre a discussão de determinada matéria jurídica. Trata-se, portanto, de um precedente “doloso”, um dado histórico de um determinado momento que busca fixar, a partir de então, a interpretação da regra jurídica, como se daquele ponto, a partir de então, se iniciasse a discussão.

Bahia e Vecchiatti (2014) mencionam que os precedentes obrigatórios, a exemplo das súmulas vinculantes integram uma tentativa audaciosa de segurar a interpretação do texto legal, gerando uniformidade decisória a qualquer custo, resolvendo todos os casos com a submissão do caso concreto a uma hipótese jurídica abstrata, antes a lei e, a gora, as súmulas.

A pretensão da Escola da Exegese, de formatar Códigos completos, os quais contemplem todos os casos possíveis, logo mostrou-se inviável, dando ensejo ao surgimento de novas doutrinas, mais arrojadas e práticas, como o método da livre investigação científica, proposto por François Geny, os movimentos libertários, encabeçados por Bulow, Kantorowicz, Fuchs e Ehrlich, representantes do movimento do direito livre (RAATZ, 2015).

O próprio Portalis, no seu famoso discurso preliminar do projeto do Código Civil de Napoleão, duvidava da onipotência do legislador. afirmando que “si la prévoyance des Législateurs est limitée, la nature est infinie” (se a previdência do legislador é limitada, a natureza é infinita), num claro apego ao direito natural, instância em que se resolveria o caso quando o Código apresentasse lacunas (RAATZ, 2015, p. 222).

Para Magalhães e Silva (2014) o atual Código de Processo Civil, diferente de seu antecessor, redimensiona o lugar dos precedentes no ordenamento brasileiro, com destaque para a disposição expressa da ideia de que os precedentes judiciais devem ser respeitados om base nos fundamentos determinantes do julgado, não considerando fundamentada a decisão que se limite a invocar a existência do precedente, conforme artigo 489, § 1º, do novo Código.

Desta forma, a fim de compreender a compatibilidade do sistema de precedentes obrigatórios com o exposto no capítulo anterior acerca da independência judicial, é necessário tecer, a seguir, algumas considerações sobre a

aplicabilidade dos precedentes como base decisória no Código de Processo Civil de 2015 e seus mecanismos de superação.

4.2.1 Razão Jurisprudencial e o direito fundamental ao processo

Polastri, Ferreira e Possas (2015) falam na existência de um movimento de *commonlawlização* às avessas, através da aplicação cega de decisões tidas por precedente, sem a fundamentação constando as similaridades com o caso específico ou a total negação do precedente sem ao menos referência a ele ou fundamentação das distinções com o caso concreto.

No Brasil, os precedentes obrigatórios e súmulas vinculantes propõem-se a segurar a interpretação do texto legal pelos juízes de primeiro grau, gerando uniformidade da jurisprudência a qualquer custo, sem observar todas as particularidade da questão. “Uma decisão qualquer, ainda que rápida, não é uma melhor decisão (BAHIA; VECCHIATTI, 2014, p. 28).

Theodoro Jr (2015) ressalta que o juízes do século XXI não podem se tornar “boca da jurisprudência”, assim como foram “boca da lei” no tempo dos exegetas, repetindo ementas, trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou mesmo julgados pontuais em consonância com suas preferências (*confirmatio bias*). É preciso incorporar ao direito nacional não só o *stare decisis*, mas também a cultura de inspiração histórica do case law, reconstruindo a história institucional de formação daquele precedente, desde o leading case até o caso atual, sob pena de criarmos uma jurisprudência autoritária, ao gosto do intérprete.

Para Baracho (2014) a vinculação decisória dos juízes e tribunais inferiores põe em risco os avanços da pós-modernidade jurídica, transformando os juízes e tribunais inferiores em meros repetidores das decisões emanadas dos tribunais superiores, ainda que não tenham como origem o devido processo legal, retomando o dogma exegeta de normas absolutas e definitivas oriundas, sobre as quais não cabe a análise do intérprete, a fim de garantir a pacificação social pela eliminação da heterogeneidade decisória.

Em sentido contrário, entretanto, há juristas como Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, p. 105), que defendem que:

os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ou de interpretação é

reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente.

Diante deste contexto, conforme exposto no capítulo anterior, muitos autores defendem que a vinculação aos precedentes restringe a independência judicial, impedindo os magistrados de lançarem novos olhares sobre a questão. Outros, asseveram exatamente o contrário, que os precedentes obrigatórios fortalecem a independência do judiciário, fortalecendo a atuação do Judiciário como um todo, diante de sua voz uníssona.

Conforme destacam Abboud e Nery Jr (2013), no *common law* a doutrina dos precedentes surge como um mecanismo de fortalecimento da independência judicial, limitando a ingerência do monarca sobre a distribuição da justiça. Sendo o precedente a principal fonte do direito, a atividade do Judiciário fica blindada em relação à interferência do Parlamento e do governo.

Esta visão dos precedentes obrigatórios como mecanismos de fortalecimento da independência judicial, entretanto, só é possível diante do modo pelo qual eles são aplicados no *common law*, como a continuidade de uma atividade interpretativa, produtora de sentido, que considera todas as respostas dadas nos casos anteriores indícios da resposta correta, que deverá receber força vinculante (BAHIA; NUNES e THEODORO JR, 2011).

Para Streck (2009) para garantir a autonomia do direito é necessário afastar os decisionismos e a indeterminabilidade do direito, causada pela profusão de decisões contraditórias ou antagônicas sobre casos similares, o que só se pode alcançar através de uma jurisprudência íntegra e coerente, obra coletiva de toda a atividade judiciária.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ficar solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Supera-se, desse modo, o problema da dimensão meramente institucional do direito ou que o coloca como caudatário do poder [...] (STRECK, 2009, p.330).

Abboud (2015), no entanto, menciona que boa parte da doutrina brasileira incorre em grave erro ao tratar sobre o tema de precedentes equiparando o precedente formado no *common law* com a jurisprudência vinculante brasileira, apontando três principais fatores que diferenciam as práticas: os fatores histórico, hermenêutico e democrático.

Com relação ao fator histórico, conforme já referido, o direito inglês forma-se historicamente, diante da prática, passado de geração em geração, formando-se na experiência dos antecessores. Mesmo antes do surgimento do *stare decisis*, o *common law* sempre se baseou no estudo de casos (DAVID, 2002).

Já o *civil law* formado a partir da Revolução Francesa, buscava romper com a experiência dos antepassados franceses, como forma de superar o paradigma da monarquia. Buscou-se a formação de um direito completamente novo, a partir da teoria e razão iluminista que fosse capaz de frear os abusos do rei. Desta forma, na origem do *civil law* não se formulou a ideia de historicidade do direito com base na prática forense. Para o exegetismo vigente à época, a lei era apenas um dado emanado do legislativo (MARINONI, 2009).

Neste ponto, merece destaque que, a pós-modernidade democrática, da mesma forma que se opõe à fria reiteração apriorística dos precedentes, também repudia a simples subsunção de uma lei geral e abstrata a um fato da vida, pois a legitimação das decisões judiciais só se manifesta na medida em que as partes tenham igual direito de interpretação do ordenamento jurídico a fim de que, caso seja preciso, ocorra sua reinvenção, visto que o entendimento judicial do que venha a ser justo (certo) ou injusto (errado) deve ser compartilhado, e, não, imposto (BARACHO, 2014, p. 114-115).

Quanto ao fator hermenêutico, em de um paradigma pós-positivista, com a superação do dogma da redução da norma jurídica o texto legal, Abboud (2015) considera ingenuidade imaginar que atribuição de efeito vinculante à determinadas decisões, ou outros mecanismos que almejam a solução por meio de efeito cascata, sejam a solução adequada para a crise do judiciário.

A partir do momento em que o direito e o processo passam a girar em torno de padrões apriorísticos de verdades, mitigando o ambiente dialógico-participativo em prol de ideais antidemocráticos de uma “jurisdição relâmpago” e previsível, a jurisprudência transforma-se em técnica de ideologização do discurso, condicionando a atividade decisória à reiteração de consensos imunes à falseabilidade continuada (crítica científica). Dessa forma, prestigiam-se técnicas de argumentação que obscurecem os fundamentos da razão, revelando utilitarismos de engodo e dominação que enrijecem ainda mais um núcleo duro de saber indevassável, impedindo a discussão no marco de uma teoria crítica da norma, distinguindo-a de outras concepções de lei egressa da voluntariedade humana impregnada de

poderes míticos juridicamente institucionalizados pela força da autoridade (FARIA, 2012, p. 03)

Quanto a este aspecto, Baracho (2014) destaca que o processo civil brasileiro, por força do princípio do devido processo legal, o processo judicial deve-se desenvolver legitimado pelo contraditório e ampla defesa, que se traduzem na possibilidade efetivamente influir na formação de opinião do magistrado, acrescidos do princípio fundamentação das decisões, inscrito no inciso IX do artigo 93 da Constituição, e do princípio da isonomia, positivado pelo *caput* do artigo 5º da Carta Magna.

Veja, assim, que o direito fundamental ao acesso à jurisdição, mais do que assegurar àquele que tenha um direito lesado ou ameaçado o ingresso em juízo, deverá proporcionar, acima de tudo, um agir processualizado, segundo os vetores do *due process of law* (BARACHO, 2014, p. 114).

Com relação ao fator democrático, por fim, Abboud (2015, p. 66) menciona a necessidade de vislumbrar o precedente sob dois níveis de análise

[...] em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá dele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares

O mecanismo de precedentes é naturalmente e funcionalmente hermenêutico, não havendo espaço para aplicação mecânica ou submissiva de precedentes para a solução de casos em cascata, por dois aspectos: a impropriedade de reduzir o precedente a um simples enunciado e a necessidade de reconstruir o precedente a cada caso concreto (ABBOUD, 2015).

A decisão por precedentes não se articula por textos pré-definidos, porquanto o precedente, em sentido estrito, é a *ratio decidendi*, a linha de raciocínio essencial seguida para solucionar o caso, a qual não deve ser limitada a um simples texto, súmula, tese, ou tema, sob pena de deixar de ser um raciocínio, para tornar-se um comando abstrato e geral (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Por outro lado, é necessário destacar que a decisão formada a partir de um precedente não abrange previamente um pressuposto fático. O precedente é formado como a razão para decidir diante de um determinado contexto e não pode ser dissociado daquele contexto. A aplicação daquela *ratio* a casos futuros depende da demonstração da singularidade de cada caso, evidenciando a possibilidade de aplicação ou não do paradigma invocado (*distinguish*). Em outras palavras, o

precedente do *common law* não nasce precedente, a decisão torna-se precedente diante de um novo caso similar (NEVES, 2016).

Conforme ensina Abboud (2015) o que torna uma decisão precedente é a sua aceitação pelas partes e instâncias inferiores, diante da coerência, integridade e racionalidade suficientes para tornar a decisão ponto de partida para a discussão das teses jurídicas contrapostas em juízo. Neste sistema, os Tribunais superiores não impõem que determinado *leading case* se torne um precedente

Paradigmático nesse sentido é o caso *Marbury vs Madison*. Isso porque o Justice Marshall quando o decidiu, não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, Justice Marshall não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente (ABBOUD, 2015, p. 67)

No Brasil, por força de lei, várias decisões já nascem com eficácia vinculante, como é caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no parágrafo 2º, do artigo 102 da Constituição, e, mais recentemente, das hipóteses elencadas no artigo 927 do novo Código de Processo Civil.

Neves (2016) menciona que diante de fatores como o alto volume de trabalho, aliado a estrutura deficitária, os juízes brasileiros, como regra, vêm os entendimentos dos tribunais de forma mecanizada, sem a devida preocupação com a identificação do caso concreto como sujeito àquela *ratio decidendi* e sem a necessária correlação motivada entre o entendimento consolidado e caso concreto. Diante deste contexto, o autor defende que, na prática brasileira, aplicam-se os precedentes não como um ato hermenêutico, mas como mera repetição mecânica.

Em atenção a esta forma indevida de aplicação dos precedentes, o novo Código de Processo Civil, ao tratar do modo de aplicação dos julgados de observância obrigatória, reafirma a importância atribuída aos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. O parágrafo primeiro do artigo 927, neste sentido exige que os órgãos jurisdicionais, na formação e aplicação dos precedentes judiciais, atendam ao disposto nos artigos 10 e 489, § 1º, do Códex, dispositivos trazem, respectivamente, a proibição a decisões surpresas e a necessidade de fundamentar adequadamente as decisões judiciais.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 489 [...] § 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** (grifos do autor)

O novo Código, portanto, exige do julgador que adote uma fundamentação adequada tanto para a aplicação como para a rejeição dos precedentes no caso concreto, bem como impõe que o magistrado dê às partes a oportunidade de manifestarem-se sobre a pertinência da aplicação do julgado obrigatório ao caso concreto, regra que se mostra ainda mais importante quando houver a adoção *ex officio* de um julgado paradigma.

Abboud (2015) defende que o sistema de jurisprudência vinculante adotado pelo novo CPC, a ser observada pelas demais instâncias nos casos semelhantes, não dispensa a atividade interpretativa do magistrado, tampouco a necessidade de garantir o contraditório, ampla defesa e a possibilidade efetiva da parte influir sobre a decisão do magistrado. A interpretação constitucionalmente mais correta do dispositivo, à luz do princípio do devido processo legal, é de que a regra não impede os magistrados de analisarem o direito, mas apenas os obriga a utilizarem os provimentos vinculantes em suas decisões, adotando-os ou afastando-os, sempre de forma motivada, para assegurar a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

Não podemos mais tolerar a simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória, na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em

face da consistência dos julgados anteriores (THEODORO JR, 2015, p. 326).

Para Baracho (2014) diante destas inegáveis diferenças entre a doutrina dos precedentes, consolidado no *common law*, e o sistema de jurisprudência obrigatória, adotado no *civil law* brasileiro, a importação do *stare decisis*, ao contrário de surtir o efeito desejado, garantindo a estabilidade e previsibilidade da jurisprudência, poderá reduzir o espaço da argumentação no processo, causando estagnação jurídica.

4.3 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Os sistemas que admitem a eficácia vinculante de determinados julgados (*stare decisis*) adotam regras para superação deste, a fim de permitir a uniformidade e estabilidade do direito sem, no entanto, estagnar sua evolução. As principais técnicas utilizadas para tanto são o *distinguish* e o *overruling*, das quais podem ser desdobradas outras formas.

Conforme já exposto, no *common law* os precedentes são dotados de obrigatoriedade vertical, submetendo as Cortes inferiores, e horizontal, quando os tribunais, também, se vinculam aos precedentes por eles próprios editados. A vinculação horizontal, entretanto, é relativa, podendo o tribunal rejeitar seus próprios precedentes quando se tornarem inadequados, por exemplo, pela mudança dos valores da sociedade (SOUZA, 2007).

Dessa forma, os tribunais se afastam da *ratio* firmada no paradigma, deixando de aplicá-la ao caso concreto ante as diferenças entre o caso em análise e o precedente, através do *distinguish*. Já o *overruling* é a superação do precedente proferido pela Corte, porque se tornou inadequado, porque se formou erroneamente (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

De acordo com Raatz (2015), um dos argumentos normalmente utilizados em defesa do *stare decisis* é a possibilidade de superá-lo com novos argumentos (*overruling*). Entretanto, para o autor, o argumento é contraditório, porquanto o *overruling* não teria condições de ocorrer enquanto

4.3.1 Distinção de casos (*distinguish*)

A aplicabilidade de um determinado precedente a um caso concreto posterior necessita da análise de sua *ratio decidendi*, confrontando as circunstâncias do caso

que deu origem ao precedente com os fatos do caso atual, sob análise. A esta técnica de diferenciação fática entre o caso pretérito e o caso posterior similar dá-se o nome de *distinguish* (MARINONI, 2013).

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento o afasta do precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p 491).

No *common law*, a distinção de casos não é, propriamente, uma maneira de superação de precedentes, mas um verdadeiro pressuposto da aplicação do *stare decisis*. A atividade do magistrado inglês se inicia, sempre, pela análise comparativa exaustiva entre o caso concreto e os precedentes cuja *ratio*, aparentemente, pode ser aproveitada para obter a solução do conflito atual (MARINONI, 2009).

Esperava-se que novo Código de Processo Civil, por adotar um sistema de jurisprudências obrigatórias, criasse também uma maneira de afastar a aplicação do precedente, distinguindo-o do caso concreto em razão de determinadas peculiaridades fáticas ou jurídicas, mantendo o precedente válido para outras situações (NEVES, 2016).

Embora não tenha sido previsto expressamente como um procedimento ou etapa anterior à aplicação do precedente, a existência do *distinguish* no novo Código de Processo Civil pode ser extraída dos incisos V e VI, do parágrafo primeiro, do artigo 489, que consideram não fundamentada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (*distinguish*), ou 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.

O emprego da técnica de distinção, à luz dos dispositivos em comento, é dever do órgão jurisdicional sempre que estiver diante de um precedente que o vincule, seja para declarar a semelhança entre os casos, aplicando a *ratio decidendi* formada, ou para declarar a diferença entre estes, suficiente para tornar a *ratio* inadequada para solução do caso posterior (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

4.3.2 *Overruling*

Embora o *common law* tradicionalmente admita o *stare decisis*, cumpre destacar que este não depende da doutrina dos precedentes obrigatórios para sobreviver, pelo contrário, o *common law* surgiu muito antes da possibilidade de vincular os magistrados às razões dos tribunais superiores e funcionou de maneira satisfatória durante todo este período. O *stare decisis*, conforme já ressaltado, é uma criação do *common law* moderno (MARINONI, 2009).

No plano vertical não houve dificuldade em admitir a possibilidade de superação do precedente de tribunal por uma Corte que lhe fosse superior. No plano horizontal, entretanto, até 1996 a Câmara dos Lordes estava absolutamente vinculada a seus próprios precedentes. Só com o transcorrer do tempo é que se passou a admitir a possibilidade de revisão dos próprios precedentes, admitindo que a obrigatoriedade horizontal é relativa (MARINONI, 2013).

Conforme definição proposta por Didier Jr, Braga e Oliveira (2015, p 494), “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*”.

Neves (2016) pondera que, se o artigo 926 cria o dever de manter a jurisprudência íntegra, coerente e estável, é necessário compreender que a superação de precedentes, quando necessária, deva ocorrer com cautela, em situações excepcionais. Se por um lado a eficácia vinculante dos precedentes não deve engessar o ordenamento nacional, por outro não existe sistema de precedentes obrigatórios sem um mínimo de segurança jurídica e estabilidade.

A possibilidade de mudança de entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede a alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento poder revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 215, p. 495).

O parágrafo 2º, do artigo 927, em especial, tem o cuidado de garantir a possibilidade de participação popular, por meio de debate público, no qual possa ser realizada a rediscussão da tese, exposição dos argumentos contrários e a favor do precedente. Embora mencione apenas a súmulas e casos repetitivos, por aplicação sistemática, há de se compreender aplicável a todos os demais precedentes do artigo 927.

Art. 927, § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

O parágrafo 4º, do artigo 927, do novo Código de Processo Civil, por sua vez, exige que a decisão que modifique enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, e deverá considerar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. No mesmo sentido o parágrafo 3º do mesmo dispositivo prevê a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que alterem a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, no interesse social e da segurança jurídica.

Registre-se que no Projeto de Lei do novo Código, no artigo 521, § 7º, o legislador mencionava expressamente “à superação diante de superveniente realidade econômica, política, econômica ou social ou de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese do precedente”. Embora a expressão não tenha sido mantida, Neves (2016), defende ser pacífico que são estas as circunstâncias que autorizam a superação o entendimento fixado em súmula ou precedente.

Para Didier, Braga e Oliveira (2015) exatamente por demonstrar o rompimento com o entendimento consolidado, a decisão que implicar em *overruling* exige uma maior carga de motivação, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação da necessidade de superar o precedente, porque a alteração do precedente vigente atinge, em certo grau, a previsibilidade e estabilidade da jurisdição, exigindo um maior esforço daquele que litigue contra o *status* estabelecido.

A técnica de *overruling*, entretanto, não se confunde com o *overriding*, porquanto neste o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente em razão de superveniência de regra ou de princípio legal em sentido contrário. Neste caso não há, verdadeiramente, uma superação do precedente, mas sim sua conformação parcial à nova realidade instaurada (NEVES, 2016).

Neste sentido, Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 498), citando os enunciados nº 322 e 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, defendem que a lei nova, que se contrapõe ao precedente, implica na impossibilidade de aplicação deste, salvo se a norma for, posteriormente, declarada inconstitucional.

322. A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida [...].

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

Desta forma, é possível perceber que estabilidade gerada pelos precedentes pressupõe uma aplicação racional e interpretativa, com atenção às circunstâncias de fato que os cercam, às razões que levaram à adoção de determinada situação, e, principalmente, à garantia de que as partes possam, razoavelmente, manifestar-se sobre o precedente, que é um processo contínuo de construção da norma jurídica e não um dado abstrato, emanado de uma mera imposição de um órgão superior.

5 CONCLUSÃO

As constantes transformações ocorridas, sobretudo após do século XIX, levaram a construção de uma sociedade que caminha em ritmo acelerado. As relações jurídicas constroem-se, modificam-se e se desfazem com intensa velocidade, a qual não é acompanhada pelo Estado na regulação destas mesmas relações. A democratização do acesso aos meios de comunicação, a ampliação dos direitos fundamentais e da consciência jurídica dos cidadãos, a litigância em massa, sobretudo a litigância de interesse público, para efetivação de políticas públicas, dentre outros fatores, contribuíram para a instalação de um Judiciário em crise, afogado no enorme volume de processos que lhe são submetidos diariamente.

Diante da necessidade de fazer frente à este novo contexto, de um número cada vez maior de ações ajuizadas, garantido o respeito ao devido processo legal, sem, no entanto, olvidar da necessidade de que o processo dure apenas o prazo razoável para que o provimento seja, ainda, efetivo, os países de *civil law* despertaram o interesse na adoção de mecanismos de vinculação decisória, típicos do *common law*, em um movimento de valorização da jurisprudência e implementação de um sistema de precedentes vinculantes.

Há, entretanto, na doutrina quem defenda que a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, embora privilegie a segurança jurídica e a isonomia nas decisões judiciais, causaria a perda da independência dos magistrados, prejudicando independência judicial e a liberdade decisória, impedindo-os de posicionar-se criticamente diante da norma jurídica, reduzindo-os a meros repetidores de jurisprudência.

Por outro lado, há também aqueles que vêm no sistema de precedentes obrigatórios algo necessário, mesmo em um sistema de *civil law*, ante a necessidade de conferir maior estabilidade à jurisprudência brasileira, permitindo ao cidadão segurança e relativa previsibilidade da forma como sua conduta será interpretada diante da lei, reduzindo o número de situações que necessitam ser levadas ao judiciário.

No primeiro capítulo foi analisado o movimento de aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*. Percebeu-se que enquanto o *civil law* construiu-se sobre a ideia da prevalência dos Códigos, a fim de romper com o paradigma da monarquia, formando um novo direito, eminentemente teórico; o *common law*, de

outro lado, consolidou-se através da reafirmação do direito costumeiro inglês, reafirmando as tradições dos *englishmen* para contrapor-se aos arbítrios do rei, formando um direito voltado para a prática e os costumes forenses.

No segundo capítulo, foi abordado o tema da independência judicial, buscando explicar o tema da independência judicial e da liberdade decisória dos magistrados, como forma de garantia da efetividade do ordenamento e corolário do devido processo legal. Considerando o exposto neste ponto, é possível afirmar que a independência judicial é uma condição garantida, constitucionalmente, de que os órgãos do Judiciário possam tomar decisões com base na convicção formada diante do sistema de fontes do direito admitidas, sem receio de consequências ou represálias, salvo em situação de abuso.

No terceiro capítulo foram expostas, em linhas gerais, as bases sobre as quais fundam-se o sistema de julgados vinculantes adotados pelo novo Código de Processo Civil, abordado a forma de aplicação e possibilidade de superação dos precedentes obrigatórios no novo sistema, com ênfase à especial importância conferida à motivação dos atos decisórios.

No caso do sistema brasileiro, a legislação buscou dar ênfase ao contraditório e motivação das decisões judiciais, principalmente nos artigos 10 e 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil, que preveem, respectivamente, a necessidade de oportunizar o contraditório sobre os precedentes, mesmo os vinculantes, antes de aplica-los ao caso concreto e a obrigação do magistrado de fundamentar adequadamente a decisão que aplica ou deixa de aplicar determinado precedente, não podendo se limitar a invocar sua existência ou simplesmente omitir-se sobre aquele.

No *common law* o precedente se forma a *posteriori*, de maneira acidental, pela aceitação da *ratio decidendi* de um caso anterior como solução adequada para um novo caso, posterior e similar. Já no sistema do novo Código de Processo, há uma predefinição de quais casos serviram como precedentes, ensejando a decisão em cascata dos processos considerados similares. Inobstante, assim como o sistema anglo-saxônico, o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil prevê o dever-poder do magistrado de interpretar o precedente, rejeitando a ideia da aplicação mecânica de sumulas e temas.

O dever de fundamentação adequada sobre os precedentes, previsto nos incisos do parágrafo primeiro, do artigo 489, do novo Código de Processo Civil,

confirma que, embora vinculados às decisões dos tribunais que lhe forem superiores, há sobrevivência de certo grau de independência do magistrado para avaliar o precedente, visto que a sua aplicação é uma atividade hermenêutica, ante ao dever de interpretar a *ratio decidendi* antes de aplica-la ao caso atual.

Diante destas premissas, é possível concluir que o sistema de julgamentos vinculantes, previsto no artigo 927 do novo Código de Processo Civil, apesar de não ser idêntico ao *stare decisis* inglês, é capaz de promover a estabilidade da jurisprudência e a segurança jurídica, sem contrapor-se ao devido processo legal e à independência judicial. No entanto, para que tal condição seja alcançada, faz-se necessário superar a prática consolidada sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 de mera repetição de ementas e enunciados, como se fossem dotados de abstração e generalidade, verdadeiros argumentos de autoridade, fazendo o papel destinado à lei.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In DIDIER Jr, Fredie (coord.) **Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 399-404.
- _____; NERY Jr, Nelson. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord) **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivum, 2013.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 out 2016.
- _____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 set. 2016.
- _____. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 20 out. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 87.574/SP**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Brasília, 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701726365&dt_publicacao=07/02/2008>. Acesso 20 out. 2016.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (overruling) no novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola da exegese. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Vol. II. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- _____; NUNES, Dierle; THEODORO Jr, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In CLEVE, Clèmerson Merlin; BARROSO Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. Coleção Doutrinas Essenciais, vol IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARACHO, Luiz Fernando. Jurisprudencialização e estado democrático de direito. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – PUC Minas Serro, n. 9, p. 107-124, 2014

BASTOS, Antonio Adonias, O precedente sobre questão fática no projeto do novo CPC. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Vol. II. Salvador: Jus Podivm, 2014.

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

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER Ada Pelegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. In CLEVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luiz Roberto (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. Coleção Essenciais, vol IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/101574990/Clausulas-Gerais-Processuais-Fredie-Didier>>. Acesso em 07 set 2016

_____. Sobre a fundamentação da decisão judicial. In CARVALHO, Milton Paulo de (org.). **Direito processual civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio da Introdução a Ciência do Direito**. Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em 20 ago 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. O poder Judiciário e sua independência: uma abordagem de direito comparado. In: **Direitos fundamentais e justiça**. Ano 3, n. 8, Porto Alegre: HS, 2009

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FEDERAÇÃO LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS. **Declaração dos princípios mínimos sobre a independência dos poderes judiciários e dos juízes na América Latina**: Declaração de Campeche, 2008. Disponível em: <http://www.uijlp.org/docs/declaracao_campeche.pdf>. Acesso em 16 out. 2016.

GALIO, M. H. . **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em 20 set 2016

GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 out. 2016.

GONÇALVES, Glaudo Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Vol II. Salvador: Jus Podivm, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Problemas da filosofia do direito**: ensaio sobre teoria do direito e filosofia. Tradução de José Gihardi e Lenita Rimoli Estaves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

JESUS, Priscila Silva de. **Teoria do precedente judicial e o novo Código de Processo Civil**, 2014. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>>. Acesso em 20 set. 2016.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos : introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**; tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. - São Paulo. Martins Fontes, 2007

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Vol II. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p11-58, 2009

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENKE, Fabiano. **A interpretação das cláusulas gerais**: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista AJURIS, Porto Alegre, nº 103, 2006.

MERRYMAN, John Henry. **The civil law tradition**: introduction to the legal systems of European and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOREIRA, José Carlos Barbosa.. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol V, Rio de Janeiro: Forense, 1998

MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Sumula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao direito**. 8ª ed. João Pessoa: Linha d'Água, 2007.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2105: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC**: doutrina selecionada. Salvador: Jus Podivm, 2015.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Vol II. Salvador: Jus Podivm, 2014.

POLASTRI, Leonardo Lima Peixoto; FERREIRA, Pedro Rocha; POSSAS, Wagner de Carvalho. Tradições jurídicas contemporâneas: comparativo entre a tradição jurídica europeia continental e o common law. In: **Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 91-104, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o common law, civil law e o precedente judicial**. In: Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade do processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 20---. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>>. Acesso 20 de set. 2016.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual** Volume XI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/18069/13323>>. Acesso em 20 ago 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCOFIELD, Robert. **Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivismo and legal realism in the first half of the twentieth century**, 2005. Disponível em: <http://www.legalargument.net/assets/kclj_162_Scofield_311to388.pdf>. Acesso em 20 set. 2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientífica, 2007.

THEODORO Jr, Humberto, *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

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

_____. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. 2ª ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.