

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO

BACHARELADO EM DIREITO

**UMA ANÁLISE CRÍTICA À TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL: A
EVOLUÇÃO E A APLICAÇÃO DO *STARE DECISIS* NO NOVO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

DIEGO DE ALCÂNTARA ALVES

CARUARU/PE

2015

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO

BACHARELADO EM DIREITO

**UMA ANÁLISE CRÍTICA À TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL: A
EVOLUÇÃO E A APLICAÇÃO DO *STARE DECISIS* NO NOVO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à
Faculdades ASCES, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a
orientação do professor João Alfredo Beltrão
Vieira de Melo Filho.

DIEGO DE ALCÂNTARA ALVES

CARUARU/PE

2015

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___

Presidente: Professor João Alfredo Beltrão Vieira de Melo Filho

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

A Deus, pelo seu dom e amor indescritível, que é minha motivação para seguir nessa tão difícil jornada.

Simplesmente, a Deus, o meu eterno sustentáculo.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, pela Sua graça inexprimível.

A minha mãe, Maria Valdeclere Moraes de Alcântara, com a mais valorosa gratulação pela batalha diária e pelo amor incondicional.

A minha família, pela ternura e educação com que sempre me cingiram.

A minha namorada, Adriana, pela companhia e amor indescritível.

A Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, pela realização de tantos sonhos.

Ao grande orientador e professor João Alfredo Beltrão Vieira de Melo Filho, pela paciência e vultoso apoio.

Não poderia deixar de agradecer àqueles que, de alguma forma, foram essenciais a realização desta presente etapa.

Por fim, o meu mais sincero muito obrigado.

*“Assim, mantenham-se firmes, cingindo-se
com o cinto da verdade, vestindo a couraça
da justiça.”
(Efésios 6:14)*

RESUMO

É de notório conhecimento a quantidade absurda de processos que circulam nos órgãos jurisdicionais brasileiro e, dada essa circunstância, mister se faz a implementação de mecanismos que busquem materializar os preceitos constitucionais de uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Ante essa conjuntura, surgiu um novo Código de Processo Civil, o qual trouxe como uma de suas principais novidades a sistematização dos precedentes judiciais. Sendo assim, o presente trabalho terá por escopo a análise crítica desse instituto jurídico, desde sua evolução histórica no cenário jurídico nacional aos seus impactos no direito brasileiro com essas respectivas regulamentações trazidas pela Lei nº 13.105/2015. Portanto, será estudado a eficácia do *stare decisis*, como também, as formas de interpretação e superação de deste e, ainda, os métodos de identificação da *ratio decidendi*. Observar-se-á a evidente aproximação dos sistemas jurídicos *common law* e *civil law*; o hodierno instituto do Incidente de resolução de demandas repetitivas; e os efeitos dessa uniformização jurisprudencial com os seus pontos polêmicos. Por fim, ante a influência dessa uniformização, o trabalho em comento dará enfoque a uma discussão sobre um possível enrijecimento do direito e se tais mudanças materializarão os preceitos constitucionais da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional frente a essa exacerbada quantidade processos que circulam nos tribunais do país.

Palavras-chave: Precedente judicial; novo Código de Processo Civil; *stare decisis*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	13
1.1. Jurisdição e Sentença.....	13
1.2. Requisitos essenciais da sentença.....	16
1.2.1 Relatório.....	16
1.2.2 Fundamentação.....	17
1.2.3 Dispositivo.....	19
1.3. Norma jurídica geral e individual.....	19
1.4. Jurisprudência e Súmula.....	21
1.5. Precedente judicial e sua eficácia <i>erga omnes</i>	22
2. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	24
2.1. <i>Ratio decidendi</i>	24
2.2. <i>Obiter dictum</i>	25
2.3. Identificação da <i>ratio decidendi</i>	26
2.3.1 Método de Wambaugh.....	26
2.3.2 Método de Oliphant.....	27
2.3.4 Método de Goodhart.....	27
2.4. Intepretação do precedente judicial.....	29
2.5. Eficácia dos precedentes judiciais.....	30
2.6. Superação do precedente judicial.....	31
3. A EVOLUÇÃO E A APLICAÇÃO DO STARE DECISIS NO NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	35
3.1. Evolução histórica.....	35
3.2. A “ <i>commolização</i> ” do <i>civil law</i>	36
3.3. O precedente judicial e a Lei nº 13.105/2015.....	38
3.3.1. A importância da fundamentação nas decisões judiciais e o <i>Distinguishing</i>	38
3.3.2. O precedente judicial e o Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	42

3.4.	Uma análise acerca dos objetivos da sistematização dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro.....	44
3.4.1.	Uniformização da jurisdição ou enrijecimento do direito?.....	44
3.4.2.	As inúmeras demandas e a necessidade da efetiva e célere prestação jurisdicional frente a nova sistematização dos precedentes judiciais.....	46
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
	REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A incessante busca pela efetiva e célere atuação jurisdicional do Estado em consonância com uma beligerante segurança jurídica fornecida pelo próprio ordenamento forma um binômio perseguido inexoravelmente pelo direito processual das grandes e inúmeras demandas e dos anseios e complexidades de uma sociedade que não para de se transformar.

Nessa tangente, surgiu um importante instituto jurídico que vem se tornando um inevitável instrumento para que o já referido binômio, harmonicamente, conduza a ciência processual para um resultado mais padronizado e, claro, mais célere.

Ora, é sabida a imprescindibilidade que um ponto de referência tem para qualquer ramo científico. O axioma – aquela verdade universalmente inquestionável – norteia-se em exemplos e situações pretéritas e semelhantes. E dessa forma, não é diferente para a ciência jurídica a importância desse espelho, principalmente, por uma questão de segurança, que, como peculiaridade, molda-se às transformações de uma sociedade mutável e complexa. Ou devemos achar que o processo eletrônico sempre existiu? E que pessoas do mesmo sexo podem consolidar uma união estável?

O novo requer mudança e o aumento e a complexidade das demandas requerem efetividade, padronização e segurança jurídica. Ante essa conjuntura, fora criado um novo Código de Processo Civil (CPC), que dedica em um capítulo a regulamentação dos precedentes judiciais, tendo em vista as diversas dificuldades que o Brasil enfrenta em promover uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz, que, conforme estudo promovido pelo Conselho Nacional de Justiça¹, estava congestionada com 66,9 milhões de processos que aguardavam sentença até o começo do ano de 2013, um número fora de cogitação quando se compara com a perspectiva jurisdicional conjuntamente com os direitos fundamentais abordados no texto constitucional de 1988.

Portanto, o presente trabalho terá por escopo a análise crítica desse instituto jurídico, sua evolução no cenário jurídico nacional e os seus impactos no direito brasileiro com essas respectivas regulamentações, que, com certeza, proporcionará

¹ Relatório Justiça em número 2014, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf

um grande avanço para o ordenamento jurídico, pois o reconhecimento do precedente judicial é tido como um importante passo em busca de uma eficaz e estável atividade jurisdicional.

Contudo, antes de qualquer coisa, necessário se faz entender a razão de ser de um precedente judicial, seus conceitos e definições e sua disponibilidade, precipuamente, no direito processual civil brasileiro, seja como consequência de uma norma jurídica de caráter geral, seja, também, como mecanismo de padronização e organização do poder jurisdicional.

Sendo assim, dependendo do sistema em que o ordenamento jurídico estiver inserido, haverá uma mudança de receptividade desse instituto. Portanto, há de ser feita uma análise do acolhimento de princípios inerentes a países da *common law* pelo sistema jurídico brasileiro, que traz consigo uma veemente característica legalista. Mas, como percebe-se atualmente, é uma tendência de todos os sistemas jurídicos atribuírem caráter vinculante aos precedentes judiciais.²

A pertinência de tal assunto é verificada na recente discussão em que se aborda a influência cada vez mais sólida do *common law* nos países do *civil law*, como é o caso do Brasil. Dado esse ponto, será destacada a importância do precedente judicial no direito brasileiro e as mudanças que o direito processual terá com a entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil.

Nesse aspecto, será dada uma atenção cada vez mais importante a atuação do magistrado, principalmente no que concerne ao fundamento de sua decisão e, conseqüentemente, à formação da norma jurídica de amplitude geral, essência do precedente judicial. Ou seja, será dado um enfoque mais firme e tratar-se-á com mais rigor a razão de decidir, afinal de contas, a participação do juiz positivada na sentença terá efeitos ainda mais preponderantes com as mudanças vindouras.

A produção de efeitos de um precedente judicial é umas das questões mais discutidas dentre essas modificações e, assim, não se deve deixar de expor as

² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de: "A tendência de se atribuir força vinculante aos precedentes judiciais no âmbito da jurisdição constitucional não é uma singularidade do Direito brasileiro. Pelo contrário, é uma tendência de todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, pouco importando a tradição jurídica em que estejam inseridos. No âmbito do Direito europeu, por exemplo, estamos vivenciando um processo parecido com aquele que se verificou no período de formação do Estado Moderno, quando a unificação do Direito se dava quase que exclusivamente por meio dos tribunais". *Jornal carta Forense*, agosto de 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/teoria-do-precedente-judicial/9091>

principais razões divergentes em relação à eficácia e, de fato, quais foram esses conteúdos polêmicos, digamos assim, que o novo CPC passará a tratar.

O precedente judicial não é absoluto, embora possa aparentar em algumas situações. Contudo, deverá se destacar as técnicas de aplicação do *stare decisis* e como isso será utilizado no cenário jurídico nacional. É fazer a distinção ou o confronto do contexto fático que envolve o precedente com o caso a ser discutido para que se verifique se há uma consonância em aplicá-lo naquela circunstância. Tal ato é chamado de *distinguishing*.

Em se tratando de aplicação, não há como deixar de observar, também, a ação de superar um precedente judicial, ou melhor, de revogá-lo. Se antes, ao se falar da consolidação do precedente judicial com o objetivo de trazer uma maior segurança jurídica, agora se fala da superação deste precedente, para que além da segurança jurídica proposta, o enunciado normativo daquela decisão possa se adequar a uma norma superveniente e, sobretudo, a transformações sociais e culturais que eventualmente surgirão e demandarão um posicionamento estatal.

O ato de superação de um precedente, também chamado de *overruling*, será trabalhado em suas mais diversas peculiaridades quanto à capacidade de produção de efeitos. Sendo assim, o presente estudo abará conceitos e definições acerca do *overruling* prospectivo e retrospectivo, como também, não deixará de mencionar o *overruling* antecipatório. Outro tema fundamental no estudo dos precedentes judiciais é expor as diferenças entre o *overruling* e o *overriding*, que, conforme leciona Celso de Albuquerque Silva³, este acontece quando um Tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente, sendo apenas uma superação parcial.

Dada toda essa temática em relação à produção de efeitos temporais na aplicação de um ato revogatório de um precedente, cabível analisar as principais motivações e novidades que a matéria em comento abordará. Há quem fique inquieto com o temor de se instrumentalizar a atuação do magistrado, sendo uma ferramenta pré-programada para julgar, somente. Contudo, diante da lição de Didier Junior, Braga e Oliveira, a teoria do precedente judicial não tem por base desumanizar e enrijecer a justiça, pois “*assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-*

³ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005, p. 406.

lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua ratiodecidenti.”⁴

O trabalho em comento terá como preocupação fundamental a análise da incidência desse instituto jurídico e as suas prováveis consequências para o direito brasileiro, como, por exemplo, a atenção acerca de um possível direito enrijecido por meio da uniformização da jurisprudência.

Portanto, há de salientar-se que esse tema talvez seja o assunto do momento em âmbito processual no Brasil e que denota uma preocupação em saber como e por que a adoção de uma regulamentação acerca desse instituto jurídico poderá beneficiar a Justiça do país, claramente inconstitucional na prática.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 08.

1. UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

1.1. Jurisdição e Sentença

A convivência em sociedade requer, antes de tudo, organização para que as relações entre as pessoas e as instituições se configurem de maneira mais respeitosa e eficaz possível.

Assim, afasta-se completamente qualquer possibilidade de utilização da força para alcançar algo determinado. Thomas Hobbes⁵, em sua obra, mencionava que o ser humano é mau por natureza, sendo seu próprio lobo, portanto, inviável seria a convivência próspera e tranquila.

Porém, há de se concordar que não existe convivência humana sem que haja uma ordem para estabelecer tal relação. Pois, como se sabe, é inerente o conflito em qualquer comunhão. O ser humano não tende a ser igual ao outro e, assim, em qualquer momento, o confronto de ideias e ações é inevitável.

Nesse ínterim, uma parcela da igualdade e liberdade humana foi recolhida para que essa coexistência ocorresse da melhor forma possível através da criação do Estado.

(...) a fim de assegurar o exercício de suas liberdades e, principalmente, garantir suas propriedades, os homens abandonam a liberdade e a igualdade do estado de natureza e se unem através do contrato social. Transferem, então, para a sociedade o poder de executar as leis afirmadas pelo direito natural.⁶

Contudo, como já fora comentado, os conflitos de opiniões e de ações não deixarão de existir, cabendo, portanto, ao Estado a solução de tais divergências. Dessa ideia nascerá um importante instituto jurídico: a jurisdição.

Etimologicamente, a palavra jurisdição tem ascendência latina das palavras *juris* e *dicere*, que em tradução livre significa dizer o direito. E isso é uma das principais características que define o Estado. Ora, é justamente na presença desses conflitos que o Estado, através da jurisdição, solucionará e porá fim aquele conflito.

Nos dizeres do conspícuo Guiseppe Chioventa, a jurisdição é a:

(...) função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁶ LOCKE. *Segundo tratado sobre governo civil*. São Paulo: Edipro, 2014, pp. 76; 92-94.

atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁷

Dessa forma, há de se concordar que a função jurisdicional é inerente a atividade estatal como método de solucionar esses embates decorrentes da convivência humana, uma vez que “*só atua diante de casos concretos de conflitos de interesse (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação dos interessados*”.⁸ Ainda, deve-se ressaltar que não são todos os conflitos de interesses que estarão sob apreciação do Estado, mas sim aqueles caracterizados por uma pretensão contraposta⁹. Esse é o real significado de litígio e o principal pressuposto da atividade jurisdicional.

Portanto, é na materialização da função jurisdicional que o presente trabalho irá discorrer, uma vez que a ação de dizer o direito remete a um outro importante feito: a decisão.

Será a decisão que balizará, juntamente com as normas, os padrões de conduta a serem seguidos e, também, a solução daquela situação conflituosa. E no ordenamento jurídico pátrio, a decisão que traz consigo o tema objeto deste estudo denomina-se sentença e, antes de adentrar-se na discussão sobre os precedentes judiciais, necessário se faz analisar todo o contexto.

O Código de Processo Civil vigente deixa bastante margem a imaginação quando se trata de conceituar o importante instituto jurídico da sentença. Ora, no art. 162 do referido diploma legal, a sentença é o ato do magistrado que implique em alguma das situações dos arts. 267 e 269, sendo o primeiro dispositivo indicado responsável por enumerar as hipóteses de sentença terminativa – aquela que extingue o processo sem resolução do mérito – e o segundo pelas situações de sentenças definitivas – aquelas que apreciam o pedido do autor, solucionando a lide.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

⁷ CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 3.

⁸ THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 48.

⁹ THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 48.

- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
 - V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
 - VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
 - VII - pela convenção de arbitragem;
 - VIII - quando o autor desistir da ação;
 - IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
 - X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
 - XI - nos demais casos prescritos neste Código.
- (...)
- Art. 269. Haverá resolução de mérito:
- I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
 - II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;
 - III - quando as partes transigirem;
 - IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
 - V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.¹⁰

Nesse entendimento, a conceituação concentra-se apenas no conteúdo. Na lição de Tereza Arruda Alvim Wambier, é necessário que se atente ao cerne deste instituto jurídico, uma vez que “*é o seu conteúdo, preestabelecido por lei de forma expressa e taxativa, que as distingue dos demais pronunciamentos do juiz*”.¹¹ O presente entendimento agrega a definição de sentença, justamente, às hipóteses de dos arts. 267 e 269, do CPC vigente.

Contudo, definir sentença apenas pelo seu conteúdo e, também, pelo ato do juiz que põe termo ao processo gerou várias implicações. Ainda mais pelo fato de que em várias situações a extinção do processo não acontece e mesmo assim dá-se o nome de sentença. Portanto, a polêmica se deu pelo fato de que qualquer decisão que se enquadrasse nos dispositivos em comento seria impugnada pela apelação. Verifica-se tal situação nos casos de indeferimento de petição inicial, que mesmo figurando no rol do art. 267, do CPC vigente, trata-se de mera decisão interlocutória.

Nesse sentido, vale a pena expor a maestria do professor Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

Um relevante reflexo prático dessa colocação é o recurso cabível no caso de indeferimento parcial da petição inicial, para que algum litisconsorte passivo não seja citado (ou, inversamente, para que um dos co-demandantes não fique como parte). Se a demanda fosse repelida por inteiro, ter-se-ia ali um caso de extinção de processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, c/c art. 295), a desafiar recurso de apelação (art. 513, c/c art. 296). No indeferimento parcial acima figurado, entretanto, o processo vai prosseguir, apenas com menos figurantes do que o autor pretendia

¹⁰ BRASIL. Lei nº 5.869/1973, *Código de Processo Civil*. Brasília.

¹¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

inicialmente; se o processo era um só e não se extinguiu, é meramente interlocutória a decisão que indeferiu a inicial em parte, sendo por isso cabível o agravo de instrumento (art. 162, § 2º, e 522). O mesmo se dá, quando uma oposição interventiva é indeferida, ou quando o litisdenunciado é excluído do processo etc.¹²

Ademais, definir sentença, ainda, como a decisão que põe termo ao processo cognitivo gera algumas discussões, uma vez que, quanto ao processo de execução, tal conceituação mostra-se inapropriada. Nesse sentido, a sentença não colocaria termo somente ao processo cognitivo, uma vez que isso também seria compreendido em outro cenário, qual seja o executório. Entretanto, isso é só uma das divergências que envolve o referido conceito.

No novo Código de Processo Civil, que, *a priori*, entra em vigor em 2016, esse problema conceitual busca ser sanado, justamente para que não ocorra complicações decorrentes de interpretações extensivas.

Em seu art. 203, §1º, da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), o encerramento da discussão referente a extinção da execução, como já fora divulgado, materializou-se, haja vista considerar a sentença como o pronunciamento do Juiz que põe fim não somente à fase cognitiva do procedimento comum, mas, também, a execução.

Portanto, conforme expõe o professor Cássio Scarpinella Bueno¹³, não se deve conceituar sentença apenas pelo seu conteúdo, mas por sua função específica. Com isso, observa-se, portanto, se o ato irá pôr termo naquela operação jurisdicional específica.

1.2. Requisitos essenciais da sentença

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 489, expõe as condições intrínsecas¹⁴ da sentença: relatório, fundamentação e dispositivo. Pelo teor de imprescindibilidade, a ausência dos requisitos essenciais acarretará na nulidade da sentença.

1.2.1 Relatório

A epítome do processo é, justamente, o relatório. É de grande importância o referido requisito, haja vista que por este se comprovará o conhecimento do

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, n. 9, p. 36 e 37.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009, p. 328.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 541.

magistrado acerca do processo, demonstrando, assim, segurança necessária para uma vindoura decisão. A relevância mostra-se visível, pois será essa parte da sentença que balizará o dispositivo, que será estudado mais adiante, impedindo, assim, um julgamento *ultra petita*, o qual o magistrado julga além do que fora pedido pelo autor da demanda; *citra petita*, quando se julga aquém do que fora realmente pleiteado; ou *extra petita*, ocasião em que o juiz concede algo completamente estranho ao que fora pedido na petição inicial.

Ademais, nessa parte da sentença, além de apresentar os principais episódios, deve ocorrer o relato de qualquer assunto probatório, ou seja, será exposto o requerimento de produção de prova e, conseqüentemente, seu resultado.

Contudo, há de salientar que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o relatório é dispensado, conforme expõe o art. 38, *caput*, da Lei nº 9.099/1995.

1.2.2 Fundamentação

Enquanto o relatório facilita o trabalho do magistrado para o seguimento da decisão, alinhavando, assim, para o julgamento. A fundamentação “*deve demonstrar as razões do juiz, ou melhor, as razões da decisão*”¹⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 93, inciso IX, corrobora a relevância da fundamentação, in verbis: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”¹⁶.

Ademais, pertinente expor as seguintes palavras:

A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e, se for o caso de interpor recurso, apresentar suas razões adequadamente, demonstrando os equívocos da sentença. Além disso, a fundamentação também possibilita ao órgão de segundo grau entender os motivos que levaram o julgador de primeiro grau a dar, ou não, razão ao autor.¹⁷

Desta feita, observa-se claramente a necessidade de fundamentar a decisão. Portanto, há certa margem em relação ao parâmetro que balizará essa fundamentação. Ora, o que seria, assim, uma fundamentação adequada?

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – vol. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 406.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – vol. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 407.

Tal questionamento tem seu valor, haja vista a importância que o novo Código de Processo Civil tem dado a este tema.

Contudo, há de salientar que, conforme aduzido pela expressão *iura novit curia*, o magistrado não deve se limitar às regras jurídicas elencadas pelas partes, devendo, quando for oportuno, aplicar *ex officio* as normas, pois goza de presunção de conhecer o direito.¹⁸

O novo CPC, já observando essa lacuna acerca da definição de uma fundamentação adequada, elenca alguns fatores que devem ser levados em consideração quando da fundamentação de uma decisão judicial. O art. 489, §1º, do referido diploma legal, assim dispõe:

§ 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.¹⁹

Note-se que a preocupação do novo Código se estende, também, para as decisões interlocutórias, tais como: liminares e antecipação de tutela. A relevância destas decisões requer, conseqüentemente, uma fundamentação adequada. Tal situação requer algumas críticas, que, porém, serão estudadas mais adiante.

Também, não se poderia deixar de perceber a presença do que será discutido com mais afinco em outros capítulos do presente trabalho: os precedentes judiciais. Os incisos V e VI do dispositivo em comento demonstram a importância que é devida ao supramencionado instituto jurídico. Ora, o magistrado terá que analisar o precedente ou o enunciado de súmula e efetuar o *distinguishing* – que mais na

¹⁸ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes*. Disponível em: <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-noticia.php?tipo=imprensa¬icia=159&data=2013-01-23&titulo=juiz-nao-esta-limitado-as-regras-indicadas-pelas-partes>

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105/2015, *Código de Processo Civil*. Brasília.

frente será estudado –, não se admitindo, portanto, a invocação de determinado precedente ou súmula de maneira robotizada. Deve-se, assim, comprovar as similitudes entre o caso em apreciação e o contido no precedente judicial, evitando, de qualquer forma, os fundamentos *aliunde*.

Destarte, a atenção quanto à fundamentação implica na efetividade da prestação jurisdicional e, também, em uma maior segurança jurídica. Por outro, lado é notório o entendimento de que o magistrado terá ainda mais trabalho no exercício de suas funções – pois obrigatória será a observação destes critérios – em meio a um sistema judiciário sobrecarregado de processos.

1.2.3 Dispositivo

Considera-se dispositivo o desfecho da demanda, “*é um elemento nuclear comum a todo e qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório*”²⁰.

Será nessa parte da sentença que o magistrado julgará procedente ou não o pedido do autor, bem como, decidirá sobre questões incidentais, não somente, assim, ao mérito da questão.

Portanto, a ausência de dispositivo não acarretará somente a nulidade da decisão, uma vez que se tornou um ato inexistente. Ora, não existe sentença sem dispositivo.

Outrossim, é de notável destaque o dispositivo, tendo em vista que dará ensejo a coisa julgada material.

1.3 Norma jurídica geral e individual

Como já se sabe, uma das atividades do Estado é a criação de normas com objetivos variados, seja para dispor sobre determinada conduta, ou para intervir em determinadas situações. Nesse ponto, é dever do cidadão cumprir e obedecer ao que o ordenamento jurídico expõe.

Contudo, conflitos ocorrem e não deixarão de acontecer. Assim, o magistrado ao analisar aquele problema terá uma árdua tarefa de identificar qual norma presente no ordenamento jurídico pátrio é cabível para solucionar a presente demanda. Ou seja, é a identificação da norma jurídica geral do caso concreto.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 333.

Será na fundamentação da decisão que o magistrado esposará a norma jurídica geral do caso concreto que influenciou a sua *ratio decidendi*. Entretanto, há de salientar que a norma geral em comento não é a lei.

O que acontece é uma interpretação pelo magistrado. Ora, o juiz situa-se, justamente, no meio do caminho entre a lei e o caso concreto, sendo, assim, uma norma geral produzida pela atividade jurisdicional e construída (interpretada) através de um contexto.

Desse modo, elogiáveis são as palavras do ilustre professor Fredie Didier Junior, *in verbis*:

Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, tema que será abordado mais adiante. Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”.²¹

Porém, a característica mais importante da norma jurídica geral do caso concreto é que esta surge de um contexto fático para servir de padrão para a solução de casos futuros. Motivo esse para a utilização do termo “geral”, visto que será amplo o seu propósito.

Diferentemente é a norma jurídica individualizada. Esta restringe-se apenas as partes, pois somente esta norma obrigará um polo da relação litigiosa a fazer ou deixar de fazer algo e assim por diante.

Assim sendo, toda sentença terá a norma jurídica geral, em sua fundamentação, e a norma jurídica individualizada, no dispositivo. Assim, congruente evidenciar o seguinte entendimento, *in verbis*:

(...) ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua

²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>

conformação ao Direito positivo: Constituição, lei etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise.²²

Dessa forma, a norma jurídica geral que fora desenvolvida a partir da apreciação de um caso concreto e que, portanto, servirá de espeque para a solução de casos futuros semelhantes chama-se precedente.

Na lição de Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, precedente *“é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”*.²³

1.4 Jurisprudência e Súmula

No entanto, ao analisar o presente conceito, natural será o surgimento de dúvidas. A mais corriqueira, então, é justamente diferenciar o precedente judicial da jurisprudência.

Em primeira linha, a jurisprudência forma-se na ação de aplicar determinado precedente judicial diversas vezes, assim, a *“palavra “jurisprudência” (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”*²⁴

Faz-se, dessa forma, necessária a análise das seguintes palavras:

A jurisprudência é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominante que, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. É o conceito utilizado, por exemplo, pelos artigos 557 e 557 §1º-A do CPC, para, respectivamente, negar ou dar provimento ao recurso, bem como mencionado nos arts. 120, parágrafo único, 543-A §3º, 543-C §2º, 544 §4º, II, “b” e “c”, todos do CPC. Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente é uma só, contudo, em sistemas como o nosso, faz-se referência a muitas decisões.²⁵

Surgido o precedente judicial e, posteriormente, uma jurisprudência, nasce outro importante instituto jurídico: a súmula. Ora, como já fora dito que a jurisprudência é o emprego repetido de algum precedente, ou seja, sua

²² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 428.

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 427.

²⁴ REALE, Miguel apud FIDELIX, Vanessa Azevedo, ARTEIRO, Rodrigo Lemos. *A influência do sistema common law no direito brasileiro: A teoria da transcendência dos motivos determinantes*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3266/3015>

²⁵ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*.

popularização. A súmula é, justamente, o enunciado normativo baseado em um precedente judicial que, por consequência, ensejou uma jurisprudência.

Assim, a importante lição existente na análise da conceituação de súmula é “expressar a orientação dominante do Tribunal acerca de tema controvertido na jurisprudência e eliminar divergências, objetivando cumprir com eficiência a divulgação da jurisprudência e a celeridade processual, a súmula.”²⁶

Portanto, aqui o precedente judicial se estabeleceu, sendo imprescindível a interpretação daquele precedente que embasou o surgimento de uma súmula para a devida aplicação em um caso concreto. Antes de utilizar qualquer súmula, essencial é a interpretação do caso concreto do precedente judicial estabelecido que deu origem aquela súmula.

O Código de Processo Civil vigente já faz menção, em seu art. 479, ao objetivo de uniformizar a jurisprudência através da súmula. Assim:

Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurar os advogados o êxito a aos juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muito se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas da doutrina jurídica os repositórios da jurisprudência.²⁷

Eis, dessa maneira, a essência da súmula.

1.5 Precedente judicial e sua eficácia *erga omnes*

Note-se, assim, que aquela norma jurídica individualizada produz efeito somente entre as partes. De outro modo, a norma jurídica geral do caso concreto produzirá efeito *erga omnes*. Ou seja, qualquer indivíduo poderá utilizar-se do entendimento ali criado com o intuito de solucionar determinado caso, embasando o seu pedido.

O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico) é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial (...).²⁸

Nesse sentido, verifica-se claramente a abrangência de um precedente em relação ao seu efeito. Poderá ser aplicado para *A* ou *B*, pois o que embasará essa

²⁶ PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *A Súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374

²⁷ MAZIMILIANO apud PALADINO, Rodrigo Pinheiro. *A Súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374

²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 442.

aplicação, antes de tudo, é a interpretação do contexto fático daquele precedente com o objetivo de verificar o seu cabimento em determinada situação.

Assim, o próximo capítulo do presente trabalho discorrerá com mais veemência sobre este tão importante instituto jurídico do precedente judicial, com seus termos técnicos, efeitos, interpretação etc.

2. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

É de grande notoriedade a importância desse instituto jurídico, como se percebe, uma vez que necessária é a existência de referências para a tomada de decisões. Ora, é inerente ao ser humano a busca pela sensação de segurança ao deliberar em algo valoroso. Assim, diferente não se mostra acerca da atuação de um magistrado, pois seu exercício calca-se em tomar decisões que irão implicar em diversos e importantes efeitos na vida dos envolvidos. Portanto, o caráter de referência de um precedente judicial denota a relevância desse tema em relação ao funcionamento do poder jurisdicional de um Estado, sendo, dessa forma, imprescindível a análise pormenorizada desse instituto, estabelecendo e discutindo a sua essência, os seus efeitos, interpretação etc.

Ao debater sobre esse tema, importante citar o fulgor do discurso do jurista José Rogério Cruz e Tucci:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.²⁹

2.1 *Ratio decidendi*

Como outrora já fora discutido, é mister a fundamentação da decisão judicial, conforme expõe a Carta Magna de 1988. O surgimento da norma geral do caso em comento dá-se, justamente, nesse ponto da decisão judicial.

A importância disso tudo é perceptível, haja vista a fundamentação, nos moldes da lei, ser o atestado de uma decisão imparcial e reflexo de um processo justo. Assim sendo, é dever do magistrado expor a justificativa de decidir de tal forma, ou seja, a razão de sua decisão.

A *ratio decidendi* (*holding*, no direito norte-americano) “representaria os dados reputados relevantes no julgamento, as “razões” que conduziram à decisão”.³⁰ Ou

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; apud CARON, Déborah, *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia para garantia da segurança jurídica*.

³⁰ RODRIGUES, Bruno Sousa. *Breve estudo sobre os métodos de identificação da ratio decidendi dos precedentes judiciais*. Disponível em: http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais

seja, é o cerne da fundamentação, caracterizadora de toda decisão judicial, sendo a norma jurídica geral do caso concreto.

2.2 *Obiter dictum*

Deve-se salientar que nem tudo constante na fundamentação de uma decisão é, por assim dizer, *ratio decidendi*. Nessa tangente, há elementos que não constituem esqueleto considerável e lógica a essa razão de decidir, sendo participantes da fundamentação em questão, mas inexistentes no *holding*, pois nem tudo que se encontra na fundamentação é *ratio decidendi* e, portanto, não são precedentes judiciais.

O *obiter dictum* é justamente esse elemento “descartável” ao que fora consolidado como *ratio decidendi*. São comentários que estarão na fundamentação, mas que não poderão ser considerados a razão de decidir.

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito”, mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.³¹

É evidentemente normal a existência de comentários paralelos e lições doutrinárias feitas pelos magistrados em suas decisões e a retirada destes elementos da motivação, com certeza, não iriam comprometer o veredito.

Todavia, não se deve pensar que o *obiter dictum* não possua nenhum valor, pois esse mesmo instituto jurídico pode revelar um futuro direcionamento interpretativo daquele órgão jurisdicional. Nesse ponto, pertinente destacar a lição do professor Salomão Viana, *in verbis*:

Imaginem que um tribunal, ao julgar uma apelação, produza o seguinte texto: “Efetivamente, tal como defende o apelante, a sentença impugnada foi proferida por juízo absolutamente incompetente, motivo pelo qual é ela nula, apesar do acerto da fundamentação nela utilizada, já que, de fato, o juiz está certo ao concluir que é inválida a venda feita por um ascendente a um descendente, sem o expresse consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante”. Percebam: tendo o tribunal invalidado a sentença, o conteúdo dela, sentença, perdeu completamente a importância.

³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 430.

Mesmo assim, o tribunal entendeu de afirmar que, quanto ao conteúdo, a sentença estava correta.³²

Conforme mostrado no exemplo acima, o fato de expressar que acompanha o entendimento do juízo *a quo*, materialmente, não corrobora a razão de decidir pela nulidade da decisão em razão da absoluta incompetência. Tal comentário faz surgir o *obiter dictum*, que, em questão, tem sua utilidade no direcionamento interpretativo que fora dado.

2.3 Identificação da *ratio decidendi*

É sabido que nem tudo constante na fundamentação de uma decisão judicial poderá ser considerado *ratio decidendi*. Mas importante é o reconhecimento do que é a razão de decidir de determinado juízo. Ora, tal imprescindibilidade de identificação dá-se por tal *ratio decidendi* servir, a partir de então, de espelho para outros casos futuros e semelhantes.

Acerca dessa relevância, expõe-se o brilhantismo das palavras do professor Fredie Didier Junior:

Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.³³

No mesmo direcionamento, apropositado citar Luiz Henrique Volpe Camargo:

A decomposição tem o objetivo de separar a *essência da tese jurídica* ou *razão de decidir* (*ratio decidendi* no direito inglês ou *holding* no direito norte-americano) das *considerações periféricas* (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores.³⁴

Assim sendo, alguns autores norte-americanos desenvolveram alguns métodos de identificação da *ratio decidendi* das decisões judiciais

2.3.1 Método de Wambaugh

³² VIANA, Salomão. *Como identificar um “obiter dictum” numa decisão judicial?* Disponível em: <http://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/211700170/como-identificar-um-obiter-dictum-numa-decisao-judicial>

³³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 433.

³⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673.

Criado pelo norte-americano Eugène Wambaugh, o presente método tem como a característica a inversão, pois após encontrar os fundamentos utilizados pelo magistrado e ter formado uma proposição, deve-se inserir algum elemento que inverta todo o significado adquirido na afirmação. Feita a inversão, analisa-se se a decisão ainda consegue manter lógica, dado que se conseguir manter sustentação demonstraria que os fundamentos contidos na proposição formariam *obiter dictas*. Em contrapartida, se a decisão necessitasse de uma nova inversão para se sustentar, tais fundamentos contidos na presente proposição constituiriam, enfim, a *ratio decidendi*.

Um primeiro método, que se difundiu no final do século XIX, intitulado “Teste de Wambaugh” – por ser de autoria do norte-americano Eugene Wambaugh –, pauta-se em uma técnica de inversão, segundo a qual se constata que dado enunciado é razão de decidir quando, invertido, implicar uma mudança da conclusão final (do julgamento, a norma concreta). Ou, em outras palavras, a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente. Entretanto, se a inversão ou exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da *ratio decidendi*, mas, sim, de *obiter dictum*.³⁵

2.3.2 Método de Oliphant

O presente método, criado pelo professor Herman Oliphant, mostra que a decisão de um tribunal não representa as razões reais e que isso somente era encontrado ao se debruçar sobre as provocações que ensejariam aquela decisão. Assim, a *ratio decidendi* será justamente essa ligação entre esses estímulos e a decisão ou solução do caso, não tendo, portanto, isoladamente, “qualquer ligação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão. Em outras palavras, o trabalho mental do juiz, que consta da decisão, deve ser ignorado inteiramente.”³⁶

2.3.3 Método de Goodhart

Talvez a contribuição mais eficaz acerca da identificação da *ratio decidendi* de uma decisão tenha sido desenvolvida por Arthur Goodhart. Aqui, deve-se analisar os fatos materiais apegados pelo juiz ao julgar a causa. Portanto, é necessário, antes de tudo, ter o foco da motivação do magistrado para então identificar quais fundamentos seriam ou não materiais, pois a identificação dependeria da atribuição dessa característica pelo julgador.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 434-435.

³⁶ LEITE, Maria Oderlânia Torquato; SILVEIRA, Cristiane. *Racionalidade decisória e controle interpretativo no sistema do common law*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e987cf1b2f1f6ff>

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Goodhart apresentou o seu método em ensaio que apareceu publicado, pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930. Este ensaio, intitulado *Determining the ratio decidendi of a case*, tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema no *common law*. De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi*, a que se refere constantemente como “*principle of a case*”, não é encontrada nas razões ou na *rule of law* apresentadas ou estabelecida na *opinion*. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a *ratio* é identificada por meio da análise dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e na decisão que neles se baseou.

Melhor explicando: para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso *como vistos* pelo juiz e, após, identificar quais fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também é importante a decisão que neles se fundou.

Na verdade, é necessário descobrir quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais. Muitas vezes é difícil determinar os fatos que foram considerados imateriais. Isso porque a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz. A dificuldade, nestes casos, é saber se o tribunal considerou, ou não, o fato como imaterial. É o que ocorre quando a Corte, depois de ter definido todos os fatos do caso, identifica um pequeno número de fatos para fundamentar a sua decisão. Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais. Goodhart explica através de exemplo, servindo-se do caso *Rylands v. Fletcher*. Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) *B* tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por *B* para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou *A*. Foram considerados “fatos materiais: i) *B* tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou *A*. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Assim, como a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de *B* pela negligência do seu contratado, mas sim a instituição da doutrina da “*absolute liability*” (responsabilidade objetiva).

O juiz deve expressa ou implicitamente tratar os fatos como materiais ou imateriais. Frequentemente, o juiz expressamente indica os fatos que considera materiais ou imateriais. Como isso nem sempre ocorre, Goodhart sugere vários testes para determinar quais fatos devem ser admitidos como tendo sido tratados como materiais ou imateriais pelo juiz. Assim, os relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que declarados como materiais. Os argumentos e razões da Corte, assim como a declaração da regra de direito que está sendo seguida, igualmente têm importância para a identificação dos fatos que foram considerados materiais e imateriais.³⁷

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi e os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cp6CclmJcSwJ:marinoni.adv.br/baixar.php%3Farquivo%3Dfiles_/ARTIGO%2520-%2520RT%25202012.docx+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

2.4 Intepretação do precedente judicial

Como é conhecida, a utilização do precedente judicial não deve ser mecanizada através da colagem desregrada das ementas das decisões. Para vincular determinado caso, o contexto fático do precedente judicial em questão deve ser analisado com cuidado.

Ao aduzir determinado precedente judicial em sua decisão, o magistrado deve, antes de tudo, verificar se o caso em julgamento se encaixa no contexto em que o *stare decisis* surgiu. Após essa observação objetiva, o juiz, então, irá ao x da questão, a *ratio decidendi*.

Nas hipóteses em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.³⁸

Destarte, essa análise visa proporcionar um conflito entre o caso em discussão e o precedente judicial com o intuito de se obter uma distinção para, por fim, verificar se a sua aplicação na situação a ser julgada poderá ser feita. A essa análise, dá-se um nome bem peculiar: o *distinguishing*.³⁹

Como forma de exemplo da aplicação de tal método no direito brasileiro, essencial trazer à baila o seguinte entendimento jurisprudencial:

(...) 5. Assim, necessário se faz a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade do precedente consubstanciado no recurso especial nº 1.159.189/RS, pois os fundamentos fáticos ali destacados, que foram reconhecidos pelo Tribunal a quo, não estão presentes no acórdão ora recorrido. 6. Agravo regimental não provido.⁴⁰

Por conseguinte, essa distinção feita pelo magistrado poderá abster a aplicação do precedente judicial naquele caso concreto, sendo, assim, chamado de

³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 455.

³⁹ “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, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 455.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 201202262460. Relator: Mauro Campbell Marques. Diário da Justiça Eletrônica: Brasília, 13 de maio de 2013.

restrictive distinguishing, ou seja, a utilização do método de distinção para restringir ou impedir a utilização do *stare decisis*.

Por outro lado, o ato de distinguir o precedente do caso concreto pode ensejar na sua aplicação por manter semelhança com a situação em julgamento. Nesse caso, há um *ampliative distinguishing*.

2.5 Eficácia dos precedentes judiciais

O precedente judicial possui eficácia *erga omnes*, ou seja, não vincula somente as partes que ensejaram a sua criação, mas, também, todas as pessoas. Ora, conforme fora mostrado anteriormente, o precedente judicial é uma norma jurídica geral que serve de base para casos futuros e semelhantes, sendo, assim, um instituto jurídico de bastante relevância. Porém, há de se afirmar que toda decisão judicial possui diversos efeitos, sendo, isso, inerente ao precedente judicial.

O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá. Obviamente, o tratamento jurídico desse fato variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não se pode dizer, portanto, que só há precedentes em países de common law, há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do common law prestam-lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo-lhes, muitas vezes, eficácia normativa.⁴¹

No direito brasileiro, tal eficácia é medida em relação ao órgão jurisdicional que fez surgir aquele determinado entendimento e decisão.

O primeiro efeito é o persuasivo, que é comum a todo precedente judicial, pois visa convencer o magistrado. Importante expor que o grau de persuasão é relativo a hierarquia do órgão que produziu aquele precedente.

Os precedentes persuasivos para que tenha autoridade dependem de vários outros fatores como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a qualidade da fundamentação e etc.⁴²

Outro efeito do precedente é o obstativo, ou seja, que impede qualquer discussão acerca de seu entendimento, até a interposição de recurso. Pode-se

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 441.

⁴² SOUZA, Marcelo Alves Dias de, apud CARON, Déborah, *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia para garantia da segurança jurídica*.

enquadrar nessa seara as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, há o efeito vinculante dos precedentes judiciais. Existe, portanto, uma obrigação de seguir tal precedente judicial, não devendo o magistrado levar em consideração a sua vontade. Esse tipo de precedente judicial materializa o ápice da eficácia *erga omnes*, corroborando a máxima do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha a decisão e não mova no que está quieto), presente com perspicuidade nos sistemas jurídicos de tradição no *common law*.

2.6 Superação do precedente judicial

Há uma preocupação – e isso será amplamente estudado no próximo capítulo – para que o direito não se torne algo completamente imutável, uma vez que isso não faz parte de sua essência. Assim sendo, deve-se entender que nenhum precedente é para sempre e, portanto, há técnicas que superam a sua eficácia.

A primeira técnica denomina-se *overruling* e consiste na superação absoluta do precedente em questão. Essa superação pode ser expressa (*express overruling*), ou pode ser implícita (*implied overruling*).

Quanto a substituição implícita, cabe ressaltar que são raras essas situações em que o magistrado se utiliza de entendimento distinto daquele precedente, mas não faz menção em sua decisão que assim se manifesta por entender estar superado aquele.

No Brasil não se pode falar em *implied overruling*, somente o *express overruling*, pelo menos no que se refere às súmulas vinculantes, mediante o devido processo legal estabelecido, como se observa do incidente de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, previsto no art. 103-A §2º da CR/08, regulamentado pela Lei 11.417/06. Contudo, nada impede que, diante de um caso concreto, sejam aplicadas as técnicas do *restrictive distinguishig* ou do *ampliative distinguishig*[48]. De igual modo, há diversas possibilidades do interessado se valer dessas técnicas, como, por exemplo, no manejo de um agravo interno, da apelação contra a decisão do art. 285-A, do agravo de instrumento da decisão que impede o processamento da apelação, com base no art. 518 §1º do CPC.⁴³

Ainda, merecem menção as espécies de *overruling*. Quando se fala em *overruling* existem duas formas de especificar tal ação em relação aos seus efeitos temporais: o *overruling* prospectivo e o *overruling* retrospectivo.

⁴³ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>

No primeiro, a mudança em questão daquele entendimento não afetará situações anteriores já julgadas, por uma questão meramente lógica. No *overruling* retrospectivo, há o que chamamos de efeito *ex tunc* daquele precedente.

Excepcionalmente, é possível se falar em *overruling* retrospectivo. Trata-se da substituição de um precedente com efeitos *ex tunc*, ou seja, o precedente substituído não poderá ser utilizado mesmo em relação a casos anteriores a substituição do precedente, ainda que esses processos não tenham sido julgados.⁴⁴

Portanto, nessa circunstância, o precedente judicial não poderá ser utilizado nem em relação a fatos anteriores a essa substituição. Como exemplo, pode-se fazer menção a jurisprudência pátria, que vetou a execução provisória de pena mesmo que esteja em trâmite algum recurso de natureza extraordinária, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a

⁴⁴ HOLANDA, Livia Patriota de. *O precedente judicial e sua dinamicidade*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-precedente-judicial-e-sua-dinamicidade,47335.html>

constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- - disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida." (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).⁴⁵

Vale ressaltar, também, a figura do *anteceptatory overruling*, que é uma ausência da aplicação de determinado precedente pelos órgãos jurisdicionais inferiores por entender que as cortes superiores, em atividades hodierna, estão sinalizando para uma superação de tal precedente.

Outra técnica utilizada para superar a aplicação de determinado precedente é o *overriding*. Tal método estriba-se na substituição parcial daquele *stare decisis*, uma vez que o tribunal limita o âmbito de incidência daquele precedente judicial.

É importante distinguir ainda entre *overruling* e *reversal*. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão-somente a *reforma*, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão *ad quem* altera o entendimento firmado pelo órgão *a quo*. O *reversal* não configura, pois, uma técnica de superação do precedente, mas apenas uma técnica de controle.⁴⁶

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05 de fevereiro de 2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010.

⁴⁶ SOUZA, Marcelos Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 153.

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro não enumera as formas de superação de um precedente, ou talvez de controle, levando e consideração a literalidade do termo estrangeiro. Contudo, há alguns instrumentos que materializam na prática essa possibilidade de superação de um precedente e, até mesmo, de controle.

O art. 103-A, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao falar do procedimento de aprovação de súmula, deixa em clara observância na parte final do dispositivo em comento, que se fará, também, a revisão ou cancelamento de tais entendimentos sumulares.

Dessa maneira, não há como deixar de notar a criação de técnicas de utilização de precedentes judiciais no cenário nacional, ainda que sem menção direta ao *overruling* ou *overriding*.

3. A EVOLUÇÃO E A APLICAÇÃO DO STARE DECISIS NO NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Com a sanção da Lei nº 13.105/2015, vieram à tona diversas mudanças que na seara do direito processual brasileiro. E, ante tais alterações, pertinente pontuar as implicações disso tudo no âmbito do presente estudo, bem como analisar o progresso de tal instituto jurídico.

3.1 Evolução histórica

O precedente judicial vem se tornando cada vez mais comentado no cenário jurídico nacional em decorrência do espaço e do reconhecimento que vem sendo dado a esse instituto.

Porém, há de salientar que a preocupação e a materialização da teoria dos precedentes no direito brasileiro não vêm de agora. Mesmo que outrora esse apego se verificasse da forma mais tímida possível, há vestígios da preocupação com o referido estudo que datam do império.

Nesse período existia o instituto do “assento”, proveniente das Ordenações Manuelinas, que era justamente uma definição de tal entendimento que deveria ser dado a uma ordenação, por parte da “mesa grande” – formada por desembargadores.

Portanto, através do Decreto Imperial de nº 2.684, de 23 de dezembro de 1875, fora conferido caráter vinculante aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa – Corte suprema de Portugal. Contudo, todos os assentos foram considerados inconstitucionais com a chegada da Constituição de 1891.

Em 1923, foi criado o Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro, o qual criava um instituto jurídico de uniformização de algumas interpretações diferentes nas Câmaras de Apelação: o prejudgado. Tal mecanismo tornou-se um marco na evolução do precedente judicial no direito brasileiro, mesmo tendo efeitos somente no Distrito Federal.

Porém, mais tarde, a Lei nº 319, de 1936, conferiu a aplicação em todo território nacional do prejudgado.

Em 1963, o Supremo Tribunal Federal, em sede de regimento interno, criou o a Súmula da Jurisprudência Predominante, que, mesmo sem possuir um efeito vinculante, possuía uma característica persuasiva importante.

Enquanto isso, o art. 38, da Lei nº 8.038/1990, citou a súmula como fator responsável por impedir o seguimento de algum recurso ou pedido perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal caso estes contrariarem, nas questões predominantemente de direito, a súmula do Tribunal correspondente.

Ainda nessa década, a Lei nº 9.139/1995, ao alterar o art. 557, do então Código de Processo Civil de 1973, caminhou no mesmo sentido do que já vinha sendo exposto desde o início da década. Contudo, a mudança teve uma certa repercussão pois adentrou no texto do então Código de Processo Civil.

Um pouco mais tarde, no ano de 1998, a Lei nº 9.756, alterou novamente o art. 557 do Código de Processo Civil vigente na época, trazendo, então, a possibilidade de o relator negar seguimento de recurso se este fosse contrário a súmula ou jurisprudência imperante do Tribunal respectivo.

Até a época, essa era tida como a maior mudança em relação ao reconhecimento da importância dos precedentes judiciais.

Em 2004, com o surgimento da Emenda Constitucional nº 45, foi criado um dos mais importantes e polêmicos institutos jurídicos: a Súmula Vinculante.

Isso só mostra a evolução do prestígio da sistematização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, ainda mais com a chegada deste novo código.

3.2 A “commolização” do *civil law*

Como outrora já fora mencionado, o reconhecimento cada vez mais sólido da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro afasta aquela única e intocável ideia pertencente ao sistema jurídico romano-germânico de extremo apego ao texto normativo.

Ora, como se sabe, a estrutura jurídica de determinada nação baseia-se, por razões históricas, em algum sistema, e o *civil law* – conhecido, também, por sistema jurídico romano-germânico, conforme já citado – é um deles.

O *civil Law* é um sistema jurídico muito apegado a escrita, a codificação e, por conseqüência, a lei. É aqui que o ordenamento jurídico brasileiro se encaixa, uma

vez que “*tem um sistema jurídico fundamentado em leis escritas e codificadas, que englobam de forma geral e genérica, os casos particulares*”.⁴⁷

(...) o Sistema Jurídico do Civil Law caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma (...)⁴⁸

Por outro lado, o *common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, sustenta-se nos costumes corroborados pelos tribunais e suas decisões, reforçando o tão importante sistema jurisprudencial. Ora, aqui o sistema tem por espeque o *case law* e é regido desde o princípio pela máxima *stare decisis et non quieta movere*, que por sua vez, em tradução livre, quer dizer “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”. Eis, portanto, a essência da teoria dos precedentes judiciais.

Diferentemente do *civil law*, que limita a atuação do juiz de “criar o direito”, restringindo-o a somente aplicar a lei, no *common law* o magistrado tem um papel criador amplo, uma vez que sua decisão servirá de parâmetro para outras futuras.

Assim sendo, verifica-se, a partir do vindouro e acertado reconhecimento mais sólido do sistema de precedentes, que o direito brasileiro tem adotado cada vez mais características dos sistemas da *common law*. Nesse sentido, pertinente expor as sábias palavras da professora Ana Carolina Borges de Oliveira:

Não restam dúvidas que o direito brasileiro sofreu influência direta e inicial dos direitos europeus da família romano-germânica; o que justifica, mais uma vez, a análise sobre a aplicabilidade de um instituto típico do direito inglês – o sistema de precedentes – no direito brasileiro, de origem romano-germânica.⁴⁹

Há de se destacar que tal aproximação não deve ser encarada como algo negativo. Como é sabida, a teoria dos precedentes judiciais possibilita que as decisões vindouras se baseiem em outras decisões tomadas anteriormente e que guardem, obviamente, semelhanças. Assim, existem várias particularidades que

⁴⁷ CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura

⁴⁸ CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. Op cit.

⁴⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. *Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law*. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>

tonificarão a segurança jurídica do ordenamento, sendo, assim, algo natural tal aproximação.

Thomas Rosa de Bustamante, ao discorrer sobre o tema em matéria do *Jornal Carta Forense*, diz:

A tendência de se atribuir força vinculante aos precedentes judiciais no âmbito da jurisdição constitucional não é uma singularidade do Direito brasileiro. Pelo contrário, é uma tendência de todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, pouco importando a tradição jurídica em que estejam inseridos. No âmbito do Direito europeu, por exemplo, estamos vivenciando um processo parecido com aquele que se verificou no período de formação do Estado Moderno, quando a unificação do Direito se dava quase que exclusivamente por meio dos tribunais.⁵⁰

Assim sendo, é notável que o sistema jurídico nacional adquire, de forma mais concreta, características e princípios dos sistemas jurídicos de origem anglo saxônica.

A sanção do novo Código de Processo Civil corrobora essa ideia de mescla entre os dois sistemas, uma vez que ao adotar um dos principais institutos – o precedente judicial, que será abordado acerca da nova sistematização com a Lei nº 13.105/2015 – do *common law*, nota-se claramente essa “commolização” do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 O precedente judicial e a Lei nº 13.105/2015

Quando se falou no tópico anterior sobre a mistura entre os sistemas *civil law* e *common law* no direito brasileiro, o argumento a embasar tal estudo fora justamente as modificações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que impactará, com certeza, todos os operadores do direito, desde o oficial de justiça aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, deve-se analisar com mais afinco – ainda mais por ser o cerne do presente trabalho – as implicações e as disposições acerca dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro com essas significativas mudanças.

3.3.1 A importância da fundamentação nas decisões judiciais e o *Distinguishing*

O novo Código de Processo Civil, ao elencar situações em que o instituto da fundamentação estará comprometido em determinada decisão judicial, reforçou a tese já trazida pela Carta Magna de 1988.

⁵⁰ *Jornal Carta Forense*, agosto de 2012, p. B18.

Porém, a necessidade de fundamentar uma decisão judicial é ainda mais imprescindível quando se adota um sistema de precedentes judiciais. Ora, conforme já fora mostrado no primeiro capítulo do presente estudo, é na fundamentação que estará o cerne do *stare decisis*. É manifesto, também, que a fundamentação é reflexo do respeito ao princípio do devido processo legal.

Isso fica evidente quando se quer somente mudar a fundamentação de uma decisão – que é onde encontra-se o precedente judicial – por meio de um recurso. Imprescindível expor a fundamentação de uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho que fora objeto de recurso com o fim de se mudar a fundamentação daquela anterior decisão e, assim, o precedente judicial. *In verbis*:

Logo após a crise econômica mundial, a Embraer promoveu uma demissão coletiva. Esse procedimento foi levado ao judiciário trabalhista, em razão da magnitude de suas consequências. O TST, ao julgar o recurso da Embraer, entendeu, por maioria, que a dispensa não fora abusiva, muito menos teria havido ofensa à boa-fé objetiva, exatamente porque a jurisprudência não criava restrições para esse tipo de conduta empresarial. Sucede que o mesmo TST decidiu fixar “a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. (TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, rel. Min. Maurício Godinho Delgado. J. Em 10.08.2009).

Agora a ementa do acórdão em sede de recurso:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica,

inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-. **DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.** A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do (s) respectivo (s) sindicato (s) profissional (is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. **Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-, observados os fundamentos supra.** Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (TST. RODC 30900-12.2009.5.15.0000. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 10/08/2009. Órgão Julgador: Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Publicação: 04/09/2009) – destaquei

Vê-se, portanto, a importância da fundamentação para um sistema de precedentes judiciais.

Essa preocupação ganha ainda mais espaço quando se relaciona esse imbróglio com o dever por parte do magistrado de se efetuar o *distinguishing*. Portanto, vê-se que esse dever do juiz se encontra dependente de uma pretérita e fundamentada decisão judicial.

Ora, diz-se isso, pois o ato de se fazer uma distinção e, por consequência, verificar se aquele precedente encaixa-se no caso em análise está intimamente ligado a existência de uma fundamentação nesse já citado precedente. Ora, como

poderá então ser realizado o *distinguishing* por parte do magistrado se aquele precedente não possui uma fundamentação congruente?

Contudo, há de se perceber que a adoção do dever de fundamentação para toda e qualquer decisão judicial, conforme expõe o art. 489, do novo CPC, gerará alguns evidentes problemas, principalmente no que tange a atuação do magistrado em relação ao *distinguishing*.

É uma faca de dois gumes. De um lado a necessidade da fundamentação para a teoria dos precedentes judiciais; do outro, a exacerbada fundamentação e suas conseqüências em um ordenamento que trabalha com a similaridade entre decisão e precedente judicial e que busca uma célere prestação jurisdicional.

Nesse ponto, mister se faz expor as palavras do professor Silvano José Gomes Flumignan:

O problema é que, ao se conceber que o termo “precedente” é sinônimo de decisão, gera-se a necessidade de o julgador ter de utilizar o procedimento da distinção para todo e qualquer julgado suscitado no processo diante da previsão do art. 489.

Tal entendimento não parece ser o mais lógico, nem mesmo razoável, diante de qualquer realidade jurídica que se imagine no mundo moderno.

Para se chegar a essa conclusão, não se faz necessário nem mesmo buscar dados estatísticos. Basta se pensar um exemplo de um advogado que propõe uma demanda com três pedidos e utiliza quatro decisões judiciais para cada um deles para convencer o magistrado de suas razões. Na resposta, o réu fundamenta cada capítulo de sua contestação em três julgados distintos dos sustentados pelo autor. Ao se entender que o precedente é sinônimo de decisão, chega-se à absurda conclusão de que o magistrado deverá utilizar o procedimento da distinção pelo menos 21 vezes nessa demanda.⁵¹

Assim sendo, é percebido, conforme o exposto no art. 489, do novo CPC, que esse cuidado com a fundamentação das decisões judiciais equivoca-se no que concerne às conseqüências das interpretações dos termos técnicos.

Vê-se, portanto, que a valorização da fundamentação é somente uma das inúmeras mudanças trazidas pelo novo CPC na seara que envolve diretamente os precedentes judiciais. Adiante será estudado outro importante instituto jurídico criado, por assim dizer, pela Lei nº 13.105/2015, que está intimamente ligado ao presente trabalho: o Incidente de resolução de demandas repetitivas.

⁵¹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente>

3.3.2 O precedente judicial e o Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

O novo CPC, em seu art. 976, traz uma das principais novidades para o âmbito processual nacional: o Incidente de resolução de demandas repetitivas .

O instituto em comento deixa bem claro o dever de se seguir os precedentes criados pelas cortes superiores, possuindo estes, assim, aspecto de vinculação e obrigatoriedade acerca de casos futuros e semelhantes. É observado, ainda, que o presente instituto possui forte influência do já conhecido Incidente de uniformização de jurisprudência.

Nota-se, portanto, que a criação do presente instituto visa acelerar a solução das lides e, conseqüentemente, diminuir a quantidade de processos que possui o sistema judiciário brasileiro.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (macrolides), em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.⁵²

Portanto, a criação se deu justamente para viabilizar, de forma mais rápida, a solução dos processos em que as partes estão em situações semelhantes, sendo, assim, uma consequência natural do reconhecimento do *stare decisis* no ordenamento jurídico pátrio.

O Incidente de resolução de demandas repetitivas terá cabimento quando, simultaneamente, exista um risco de alguma controvérsia no julgamento de demandas acerca de questões unicamente de direito e nos casos em que haja um risco à isonomia e à segurança jurídica, conforme art. 976, incisos I e II, do novo CPC.

Dada admissibilidade do IRDR, serão suspensos todos os processos que versarem sobre aquele tema no Estado federativo ou na região. Vale ressaltar que o IRDR será processado nos Tribunais Regionais Federais ou nos Tribunais Estaduais.

⁵² DONIZETTI, Eplídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. 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>

Contudo, embora exista para desafogar o poder judiciário, o Incidente de resolução de demandas repetitivas carrega consigo alguns assuntos a serem analisados com cuidado. Ora, é notório a importância de acelerar a prestação jurisdicional, porém há de se deixar claro que essa preocupação pode desconsiderar alguns importantes princípios constitucionais.

Quando se fala em IRDR e analisa-se a razão de ser deste instituto jurídico, percebe-se que algo irá ser retirado de um lado e posto em outro e é justamente isso que pode acontecer.

Ora, ao unificar o julgamento de várias ações e uma única ação pode desencadear um afastamento de alguns princípios previsto na Constituição da República Federativa de 1988, haja vista que *“o incidente de demandas repetitivas, ao buscar efetivar a duração razoável do processo, sacrifica vários outros princípios constitucionais de suma importância para que se tenha o devido processo legal, como a isonomia, o contraditório e a ampla defesa.”*⁵³

O princípio do contraditório demonstra com certa clareza esse desapego aos valores constitucionais. Um exemplo disso é mostrado na oportunidade dos interessados naquele IRDR – e aqui pode se incluir várias pessoas – de se pronunciarem, quando do julgamento do incidente, pelo incrível prazo de 30 minutos, não tendo sequer a possibilidade de proporção ante a um grande número de interessados, conforme descreve o art. 984, inciso II, alínea b, do novo Código de Processo Civil.

Se naquele IRDR estiverem presentes 30 interessados, cada um gozará de 1 minuto para materializar, de maneira bem cerceada, o seu contraditório e ampla defesa, principalmente, ainda, pelo fato da ausência de um mecanismo específico para aduzir o afastamento de uma determinada ação por falta de semelhança com a demanda proposta pelo IRDR.

(...) o projeto não prevê qualquer mecanismo para que as partes possam comprovar que seu processo não se trata da mesma situação dos que os feitos em que foi determinada a suspensão. Trata-se de um item que merece atenção na referida legislação, uma vez que, em épocas de neoconstitucionalismo, de neoprocessualismo, em que a preocupação passa a ser um processo justo [...], em que se observem as garantias fundamentais na relação processual, não oportunizar às partes que possam

⁵³ STEHLING, Luísa Garcia. *A (in) conformidade entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os princípios constitucionais do processo*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14903&revista_caderno=21

demonstrar que possuem uma situação diversa da que será discutida representa uma grave violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.⁵⁴

Portanto, é nítida a boa intenção do IRDR em proporcionar a sociedade uma resposta jurisdicional mais célere, porém é necessário destacar algumas questões negativas dessa criação. A desatenção a valores constitucionais em detrimento de outros mostra-se evidente, o que justifica a simples tese de que nem todo processo célere é efetivo e vice-versa.

3.4 Uma análise acerca dos objetivos da sistematização dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro

Dada essa discussão acerca do que é o precedente judicial, sua evolução e a repercussão do reconhecimento de tal instituto no direito processual atrelado a criação de até mesmo outros mecanismos de celeridade processual, é chegada a hora de analisar os impactos que essas mudanças causaram e poderão causar ao ordenamento pátrio e ao sistema jurisdicional brasileiro.

3.4.1 Uniformização da jurisdição ou enrijecimento do direito?

Talvez essa seja um dos principais questionamentos dos juristas Brasil afora. E não é à toa. Com essa autoridade mais robusta acerca dos precedentes judiciais e, também, com a criação do IRDR, preocupa-se muito como isso irá influenciar a atividade jurisdicional.

Portanto, quando se fala na força que os precedentes judiciais possuirão no ordenamento jurídico brasileiro pensar-se-á que aquele preceito constitucional⁵⁵ que atrela a liberdade do indivíduo à existência da lei – cerne do *civil law* – estará sendo reinterpretado. Ora, faria parte de tal conceito, portanto, os precedentes, aliados, ainda, à intocabilidade do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Em decorrência da força obrigatória dos precedentes judiciais, as pessoas devem consultar a jurisprudência antes da prática de qualquer ato jurídico, uma vez que a conformidade com as normas, na qual se incluem os precedentes judiciais também deve ser verificada. O que constitui pressuposto para que o ato jurídico seja reputado perfeito. As cortes de justiça, por seu lado, ao julgar, por exemplo, a validade de um ato jurídico,

⁵⁴ SILVA, Diogo Henrique Dias da, apud STEHLING, Luísa Garcia. *A (in) conformidade entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os princípios constitucionais do processo*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14903&revista_caderno=21

⁵⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 5º, inciso II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Brasília.

terá que verificar a jurisprudência imperante à época. Portanto, *tempus regit actum*.⁵⁶

Nessa toada, necessário será para o operador do direito e a sociedade em geral não somente o conhecimento puro da lei, mas, também, da jurisprudência. Contudo, há de salientar que isso sempre foi imprescindível.

Assim, ao hierarquizar os precedentes judiciais de forma mais organizada, o novo CPC traz à baila a dificuldade de superar determinados tipos de precedentes judiciais. Esse óbice em discussão é tido como preocupante uma vez que tal situação poderia fazer enrijecer o direito brasileiro.

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.⁵⁷

O efeito cascata de uma decisão das cortes superiores demonstra com clareza essa preocupação, tendo em vista que a previsibilidade das decisões e os obstáculos para se efetuar mudanças e assim superar determinados precedentes judiciais são empecilhos a necessidade e a importância da adequação do ordenamento jurídico aos anseios sociais. Sem contar, ainda, na discussão acerca de uma eventual crise no sistema da repartição de poderes com a evidente “legislação” do poder judiciário, o que, porém, não é a essência do presente estudo.

De certa forma, tal afirmação tem fundamento, porém o que se percebe e que já fora citado anteriormente será a necessidade de cada vez mais se trabalhar na fundamentação das petições. Isso é basilar.

É de suma importância que os operadores do direito conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que os fundamentos jurídicos serão buscados prioritariamente nas decisões judiciais. Como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a

⁵⁶ LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. *O poder dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/o-poder-dos-precedentes-judiciais-no-cpc2015/>

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 13.105/2015, *Código de Processo Civil*. Brasília.

semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto.⁵⁸

Ademais:

Curial sublinhar que a adoção dos precedentes não significa a eternização dos entendimentos jurisprudenciais ou das decisões judiciais. O juiz continuará a exercer seu livre convencimento e a agir conforme a ciência jurídica e a consciência, afastando determinada norma quando esta não for capaz de solucionar de forma efetiva o caso concreto. Devendo demonstrar as razões de convencimento na motivação.⁵⁹

Portanto, ao se falar de um possível enrijecimento do direito brasileiro com essa nova sistematização dos precedentes judiciais, nota-se que tal situação somente será constituída de fato se aqueles, que são os responsáveis pelos pedidos, não demonstrarem a relação entre o precedente judicial e a *ratio decidendi* e, conseqüentemente, a diferenciação entre o seu caso e o precedente. Com certeza, a fundamentação não somente será tarefa para o magistrado, mas, principalmente, para o advogado.

É nítido que não é uma atividade simples, mas talvez a uniformização da jurisprudência – e entenda-se aqui somente uniformização, afastando-se, assim, o que outrora já fora criticado em relação ao IRDR, pois trata-se de uma discussão diferente – seja o caminho mais rápido para resolver um dos piores problemas do sistema jurisdicional brasileiro: a quantidade absurda de processo e a indispensabilidade de um processo mais célere e efetivo.

3.4.2 As inúmeras demandas e a necessidade da efetiva e célere prestação jurisdicional frente a nova sistematização dos precedentes judiciais

Segundo o levantamento anual Justiça em Números⁶⁰, feito pelo Conselho Nacional de Justiça, 99,7 milhões de processos passaram pela justiça brasileira em 2014, o que, proporcionalmente, já ultrapassou 100 milhões nos dias atuais, perfazendo uma média de 1 processo para cada 2 habitantes.

⁵⁸ DONIZETTI, Eplídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. 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>

⁵⁹ LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. *O poder dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/o-poder-dos-precedentes-judiciais-no-cpc2015/>

⁶⁰ Relatório Justiça em número 2014, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf

Tal número é alarmante e corrobora ainda mais a dificuldade de se obter uma prestação jurisdicional no país. Sendo assim, o novo Código de Processo Civil tem como grande objetivo proporcionar uma efetiva e célere prestação jurisdicional. Nas palavras de Chiovenda, “*o processo deve dar, quando for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”.⁶¹

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, Inciso LXXVIII, diz: “*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.*” Dessa forma, vê-se que há uma incongruência gritante entre o ser e o dever ser.

A razoável duração do processo apenas poderá ser alcançada se estiverem dispostos os meios de celeridade, tais instrumentos são estes que, devem ser prestados através dos legisladores, administradores e juízes. Apesar de ser impossível declarar de forma única qual o tempo razoável para todos os processos, este princípio jurídico é de extrema importância, pois, possibilitam as partes exigirem do Estado ações que as possibilitem manter-se sob o poder estatal apenas pelo período de tempo necessário a se resolver a demanda.⁶²

Sabe-se que é algo complexo a ser feito, haja vista a imensa quantidade de processos circulando nos órgãos jurisdicionais brasileiros, contudo o novo CPC, em teoria, e é importante frisar isso, busca ser o passo inicial para alcançar esses objetivos.

Assim, há várias adversidades que o novo CPC solucionará. Um exemplo disso poderá ser a realização de audiência de conciliação, que, possivelmente, será responsável pela diminuição de ajuizamento de ações no judiciário brasileiro. Pode-se citar, também, a diminuição no rol dos recursos.

Da mesma maneira, é essencial ao manuseio do novo CPC efetuar essa diferenciação entre o precedente e a decisão judicial, uma vez que ao valorizar a fundamentação, por parte do magistrado, pode-se estar a comprometer a celeridade processual, visto que este, que já possui uma sobrecarga de processos, passará mais tempo a desenvolver suas decisões.

Destarte, faz-se necessário expor o seguinte entendimento:

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Bookseller: Campinas, 1998, vol. I, p. 67.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; apud ALVES, Karollyna Andrade. *A saga do processo justo, célere e eficaz e o novo CPC*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16477&revista_caderno=21

Nem toda decisão judicial pode ser considerada precedente judicial em sentido técnico, mas apenas aquelas com eficácia normativa. Isso tem extrema relevância na temática da fundamentação das decisões, pois os magistrados somente estarão obrigados a utilizar o procedimento da “distinção” para aplicar ou rejeitar um precedente e não qualquer decisão suscitada no processo.⁶³

Assim sendo, é nítida a necessidade de uma adequação ao verdadeiro termo do que é precedente judicial para que, conseqüentemente, a celeridade processual – tão defendida com o novo CPC – seja tida como um objetivo alcançável na prática forense.

⁶³ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, em relação ao alcance da tão buscada celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, o novo CPC avançou em diversos quesitos, sendo importante para isso a diferenciação técnica entre precedente e decisão judicial para que, na prática, tais preceitos constitucionais sejam materializados um dia.

É conhecida as grandes qualidades que o novo CPC trará, como uma maior segurança jurídica com essa nova sistematização dos precedentes, contudo, o novo CPC talvez não consiga a curto prazo diminuir essa quantidade paradoxal de processos na jurisdição brasileira. Conforme o advogado Mauro Pedro Gonçalves, em entrevista ao portal Jota, o novo CPC “*não resolverá sozinho o acúmulo de processos nos tribunais. (...) é necessária uma mudança da cultura brasileira da litigiosidade, especialmente do Setor Público, para endereçar o problema de mais de 100 milhões de processos acumulados nos tribunais.*”⁶⁴

Ora, pelo menos no que tange ao presente estudo – precedentes judiciais, o novo CPC mostra-se bem robusto, claro que com os devidos cuidados interpretativos e práticos já estudados que os operadores do direito devem ter.

Assim sendo, mesmo diante de algumas situações importantes acerca do Incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo CPC trouxe diversas e interessantes mudanças para o ordenamento pátrio. Porém, será na vivência prática dos próximos anos que se verá se a já comentada aproximação do *common law* no sistema jurídico nacional, corroborada com a força dada aos precedentes, surtirá um grande efeito.

⁶⁴ DANTAS, Iuri. *O novo CPC exigirá nova forma de atuação dos advogados*. Brasília, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-exigira-nova-forma-de-atuacao-dos-advogados-diz-mauro-goncalves#.VsdVn32Z40l.twitter>

REFERÊNCIAS

ALVES, Karollyna Andrade. *A saga do processo justo, célere e eficaz e o novo CPC*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16477&revista_caderno=21

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei nº 5.869/1973, *Código de Processo Civil*. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 201202262460. Relator: Mauro Campbell Marques. Diário da Justiça Eletrônica: Brasília, 13 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônica: Brasília, 05 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 10 de agosto de 2009

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009

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

CARON, Déborah, *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia para garantia da segurança jurídica*. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/download/25094/16325

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura

CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II*. Campinas: Bookseller, 2000.

DANTAS, Iuri. *O novo CPC exigirá nova forma de atuação dos advogados*. Brasília, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-exigira-nova-forma-de-atuacao-dos-advogados-diz-mauro-goncalves#.VsdVn32Z40I.twitter>

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, n. 9.

DONIZETTI, Eplídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. 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>

FIDELIX, Vanessa Azevedo, ARTEIRO, Rodrigo Lemos. *A influência do sistema common law no direito brasileiro: A teoria da transcendência dos motivos determinantes*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3266/3015>

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente>

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

HOLANDA, Livia Patriota de. *O precedente judicial e sua dinamicidade*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-precedente-judicial-e-sua-dinamicidade,47335.html>

Jornal Carta Forense, agosto de 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/teoria-do-precedente-judicial/9091>

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. *O poder dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/o-poder-dos-precedentes-judiciais-no-cpc2015/>

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; SILVEIRA, Cristiane. *Racionalidade decisória e controle interpretativo no sistema do common law*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e987cf1b2f1f6ff>

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre governo*. pp. 76; 92-94, citado por [Flavio Augusto Trevisan Scorza](#).

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – vol. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi e os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cp6CclmJcSwJ:marinoni.adv.br/baixar.php%3Farquivo%3Dfiles_/ARTIGO%2520-%2520RT%25202012.docx+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes*. Disponível em: <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-noticia.php?tipo=imprensa¬icia=159&data=2013-01-23&titulo=juiz-nao-esta-limitado-as-regras-indicadas-pelas-partes>

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. *Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law*. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *A Súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374

PALADINO, Rodrigo Pinheiro. *A Súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374

Relatório Justiça em número 2014, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf

RODRIGUES, Bruno Sousa. *Breve estudo sobre os métodos de identificação da ratio decidendi dos precedentes judiciais*. Disponível em: http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005.

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

STEHLING, Luísa Garcia. *A (in) conformidade entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os princípios constitucionais do processo*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14903&revista_caderno=21

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VIANA, Salomão. *Como identificar um “obiter dictum” numa decisão judicial?* Disponível em: <http://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/211700170/como-identificar-um-obiter-dictum-numa-decisao-judicial>

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.