

CENTRO UNIVERSITÁRIO  
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO  
CURSO DE DIREITO

**DANIEL SILVA PEREIRA**

**DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:** o impacto da  
argumentação jurídica na aplicação dos precedentes

São Luís/MA

2021

**DANIEL SILVA PEREIRA**

**DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: o impacto da  
argumentação jurídica na aplicação dos precedentes**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de  
Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB,  
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Me. Carlos Anderson dos Santos  
Ferreira

São Luís/MA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Pereira, Daniel Silva

Dever de fundamentação das decisões judiciais: o impacto da argumentação jurídica na aplicação dos precedentes. / Daniel Silva Pereira. \_\_ São Luís, 2021.

76 f.

Orientador: Prof. Me. Carlos Anderson dos Santos Ferreira.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Argumentação Jurídica. 2. Neoconstitucionalismo. 3. Precedentes.  
I. Título.

CDU 340.132

**DANIEL SILVA PEREIRA**

**DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:** o impacto da  
argumentação jurídica na aplicação dos precedentes

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de  
Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB,  
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Aprovado em: 25/06/2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Me. Carlos Anderson dos Santos Ferreira**  
Centro Universitário UNDB

---

**Prof. Me. José Murilo Duailibe Salem Neto**  
Centro Universitário UNDB

---

**Prof. Esp. José Fernando Castro Neto**  
Centro Universitário UNDB

## AGRADECIMENTOS

Certamente a conclusão de um trabalho como este é a realização de um sonho de um menino que sempre quis dar o melhor para a sua família, e sem ela nada do que realizei na minha vida seria possível. A vocês, agradeço.

Aos meu pais, Bárbara e Ubiratan, sem os quais não seria nada, sequer teria a vida, agradeço.

A meu irmão, Gabriel, fonte de minha inspiração, agradeço.

Às minhas avós, Ana e Irene – ou como chamo, “Vovó Inene” –, pelo esforço de sempre dar o melhor da sabedoria, afeto e apoio, agradeço.

À minha avó, Maria das Graças – também conhecida como “Gagaça” –, pelo apoio educacional, sem o qual, não estaria concluindo o curso de Direito nesta IES, agradeço. Também sou grato por todo o carinho e amor que sempre me deu.

Aos meus amigos, Lucas de Melo, Lucas Christiano, Samuel Terto, Artur Góes, por todo apoio durante a elaboração deste trabalho, sendo este último, uma das minhas referências acadêmicas, agradeço.

Ao meu companheiro de sala de aula e fora dela, João Gabriel, agradeço. Sua amizade me enobrece.

À minha melhor amiga e companheira dentro e fora da sala de aula, Carolzinha, agradeço. Obrigado pelos momentos de paciência, pelo carinho, pelas preocupações, pela amizade. Você sempre será gigante naquilo que se pôr a fazer!

Aos meus amigos, companheiros de escola, Angelo Neres, Lucas Matheus, Matheus Maia, Fernando Ribeiro, os quais chamo de irmãos, agradeço.

Aos meu ex-chefes, agora amigos, Ana Paula Barbosa Pereira, Marynelle Leite, Leonardo César, e também Lucas Diego Fabiano, meu companheiro de estágio, agradeço. Espero me tornar um profissional tão bom quanto todos vocês.

Aos demais amigos que não foram citados aqui, mas que fizeram parte da minha vida acadêmica e fazem parte da minha vida, agradeço.

Ao meu orientador, Carlos Anderson, pelos brilhantes ensinamentos que me foram passados dentro de sala, como orientador e pela inspiração como profissional, agradeço.

E como Tom Jobim dizia: é impossível ser feliz sozinho. Assim, a minha Safira, a mulher mais doce, guerreira, inteligente, que sempre me apoiou e é fonte de minha inspiração profissional, acadêmica e como pessoa, agradeço. Pela paciência e pelo amor, agradeço. Por sempre estar ao meu lado em todos os momentos, quais sejam, bons ou ruins, agradeço. Pelo

encorajamento na conclusão deste trabalho, pelas lutas pessoais que inspiram a quem te olha, agradeço. Pela torcida no nosso desenvolvimento profissional e acadêmico, agradeço. A você, meu amor, agradeço. Espero realizar o nosso sonho de vivermos um ao lado do outro.

E a Deus, sobre todas as coisas, agradeço.

“Quem quiser se afastar de um precedente,  
assume a carga de argumentação”.

Robert Alexy.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar, sob a ótica neoconstitucionalista, como se comporta as decisões judiciais. Para tanto, busca analisar quais os efeitos gerados pelas decisões judiciais, os precedentes e a jurisprudência. Nesse sentido, aponta para a importância desses elementos jurídicos como formadores do Estado Democrático de Direito, posto que este promete segurança jurídica que, por sua vez, é dada pela uniformidade decisória, envolta pelo paradigma decisório. Entretanto, a busca por essa unicidade possui vertentes que perpassam por alguns sistemas jurídicos, quais sejam, o *Common Law* e o *Civil Law*. Dessa forma, parece evidente que os precedentes podem mudar de acordo com a aplicação ao caso concreto. Nesse sentido, aprofunda-se o estudo acerca da distinção de precedentes (*distinguishig*) e da superação (*overruling*), destacando o papel da lógica argumentativa que envolve o dever de motivar as decisões judiciais, e é responsável pela mudança de precedente.

**Palavras-chave:** Argumentação Jurídica. Neoconstitucionalismo. Precedentes.

## **ABSTRACT**

The main objective of this research is to analyze, from a neoconstitutionalist perspective, how judicial decisions behave. Therefore, it seeks to analyze the effects generated by judicial decisions, precedents and jurisprudence. In this sense, it points to the importance of these legal elements as forming the Democratic State of Law, since it promises legal certainty, which, in turn, is given by decision uniformity, surrounded by the decision paradigm. However, the search for this uniqueness has aspects that run through some legal systems, namely, Common Law and Civil Law. Thus, it seems evident that precedents may change according to the application to the specific case. In this sense, the study about the distinction of precedents (distinguishing) and overcoming (overruling) is deepened, highlighting the role of argumentative logic that involves the duty to motivate judicial decisions, and is responsible for changing precedent.

**Keywords:** Legal Argumentation. Neoconstitutionalism. Precedents.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA, O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS PRECEDENTES JUDICIAIS</b> .....	12
<b>2.1 Estado Democrático de Direito <i>versus</i> Estado de Direito?</b> .....	13
<b>2.2 Segurança Jurídica: o superprincípio do Estado Democrático Direito</b> .....	17
<b>2.3 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais</b> .....	21
<b>2.4 Precedentes e o dever de fundamentação das decisões judiciais</b> .....	25
<b>3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS</b> .....	28
<b>3.1 Conceitos básicos: a diferença entre jurisprudência e os precedentes judiciais</b> .....	28
<b>3.2 <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>: aproximações e distinções</b> .....	31
<b>3.3 Os precedentes judiciais, a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obter dictum</i></b> .....	34
<b>3.4 A eficácia dos precedentes</b> .....	40
<b>4 TÉCNICAS PARA UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO</b> .....	45
<b>4.1 As técnicas de distinção e superação de precedentes: aspectos gerais do <i>distinguishing</i> e do <i>overruling</i></b> .....	46
<b>4.2 A Teoria da Argumentação como elemento para superação de precedentes</b> .....	56
4.2.1 A utilização de precedentes judiciais como forma de justificação das decisões judiciais .....	61
4.2.2 A Teoria da Argumentação como elemento no controle dos sistemas de precedentes ...	62
<b>5 SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	66
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	69

## 1 INTRODUÇÃO

O problema do dever de fundamentação das decisões judiciais é histórico e decorre desde os primórdios, vistos pelos atos permeados de arbitrariedades cometidos pelo Estado.

No passado, em relação ao Direito, proliferavam-se decisões judiciais imotivadas ou mal motivadas, sempre amparadas pelo equivocado entendimento de que o juiz não precisava dar resposta a todas as alegações suscitadas pelas partes. A situação se agravava pela utilização de modelos padrões de decisões que nem sempre serviam para dar uma resposta adequada às pretensões formuladas pelas partes, chegando a casos em que a decisão sequer tinha pertinência ao caso concreto.

Assim, não se sabia ao certo se as decisões seriam adequadas ou não ao caso, bem como não havia segurança quanto à análise correta dos elementos arguidos pelas partes, quais sejam, provas, argumentos jurídicos e demais fatos que poderiam ser relevantes ao deslinde processual.

Dessa forma, o que se encontrava era o despreparo do Estado que deveria desenvolver a prestação jurisdicional.

Mediante o sentimento de insegurança desenvolvido pelo povo que realizou contrato com o Estado e visando recuperá-lo, novos moldes estatais passam a ser desenvolvidos.

Nesse aspecto, surge o Estado Democrático de Direito que incorpora um sistema normativo aberto de princípios e regras, os quais, não possuem hierarquia.

Através dele, busca-se recuperar a confiança jurídica do povo em relação ao Estado, e ainda um processo de reconhecimento normativo dos princípios que passa a percorrer diversas etapas na história jurídica passando, sobretudo, por fases positivistas e pós-positivistas.

O positivismo jurídico, que dominou a ciência jurídica no século XX, de uma forma geral, encara as regras como normas, negando a normatividade dos princípios e os classificando como fontes subsidiárias, a serem observadas, unicamente, como uma “válvula de segurança”, caso haja eventual lacuna no ordenamento jurídico, após esgotadas as previsões legais, da analogia e dos costumes.

Somente após fase a positiva se reconhece a normatividade dos princípios.

Esse entendimento tem como principais características, além do reconhecimento da normatividade dos princípios, a ascensão dos valores, sob o fundamentando de que a dogmática tradicional (positivismo jurídico) se baseou no mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete, tendo encoberto seu caráter ideológico bem como sua instrumentalidade à dominação econômica e social.

Como subterfugio desse novo período pós-positivista surgem diversas formas de aplicação desse novo modelo processual, o neoconstitucionalismo.

O novo modelo processual permite ao magistrado maiores poderes argumentativos que possibilitem a forma de encontrar o melhor direito a ser aplicado ao caso concreto.

Nesse sentido, encontra-se há necessidade de se romper com alguns precedentes judiciais de modo interpretá-los melhor, superá-los e distingui-los. Nessa perspectiva, desenvolve-se o estudo da Teoria da Argumentação Jurídica, visando encontrar mecanismos que possibilitem ao magistrado, através da argumentação, afastar a aplicação de um precedente.

Salienta-se que essa argumentação jurídica que deve ser arguida para que se rompa um precedente jurídico deve encontrar espaço no mundo do Direito, sendo este encontrado na decisão que consolidar a ruptura jurisprudencial.

O presente trabalho, por intermédio de uma investigação bibliográfica, tem por objetivo geral estudar o advento da obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais e do enfrentamento dos precedentes através da utilização de técnicas lógico-argumentativas jurídicas, bem como analisar quais os impactos do afastamento dos precedentes judiciais à luz de perspectivas processuais neoconstitucionalistas.

Ainda, tem-se como objetivos específicos apontar como foi introduzido no Direito a fundamentação judicial; a formação dos precedentes e qual a importância deles; e como se pode alterá-los.

Para tanto, busca-se aprofundar o entendimento da fundamentação judicial no seu contexto histórico-jurídico, explicando as razões pelas quais se formaram os precedentes e, diante do estabelecimento deles, quais mecanismos responsáveis por mudar uma tese jurídica já consolidada.

Os problemas foram localizados de acordo com a necessidade de aprofundar o estudo dos precedentes, tendo em vista que desde a introdução do Código Processual Civil de 2015 foi fomentado o ativismo judicial em face das diretrizes neoconstitucionalistas e neoprocessualistas do momento em que se vive.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA, O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS PRECEDENTES JUDICIAIS**

A constitucionalização do ordenamento jurídico compreende a irradiação das normas constitucionais sobre todo o sistema normativo, de modo que fomenta o entrelaçamento de preceitos inerentes ao Direito, como a justiça e a dignidade, garantindo também maior flexibilidade à ordem jurisdicional. O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do fetichismo das formas. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais (CAMBI, 2011, p. 116).

O efeito, intimamente ligado ao pragmatismo e ao moralismo jurídico, refuta o positivismo clássico e impulsiona a subjetividade decisória dos magistrados, embora a fundamentação que propõe o neoconstitucionalismo tenha base na ordem de que os valores fundamentais do ordenamento jurídico merecem destaque, as decisões judiciais ainda devem primar pelas diretrizes principiológicas. Desse modo,

deve-se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie. Não é preciso muito esforço para perceber (e a jurisprudência de valores apenas confirma isto) que a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menor elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação [...] Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo (RAMOS, 2010, p. 135-137).

Todavia, o neoconstitucionalismo dá margem para o decisionismo judicial livre, já que insurge aos juízes a crença de que podem julgar como querem, desde que nas decisões busquem pela concretização dos princípios constitucionais. Sobre esta vertente,

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2007, p. 114).

Sendo assim, o fenômeno acarreta no abandono da fundamentação racional decorrente da variedade de conceitos indeterminados ou de disposições de fluido conteúdo, o que leva, em tese, à infinitas interpretações, resultando em um abalo direto aos valores do Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica e a justiça. Nesse diapasão,

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade (BARROSO, 2009, p. 392).

Baseado em outros princípios, como a inafastabilidade da jurisdição (MORAES, 1998, p. 197), onde o órgão jurisdicional não pode declinar da prestação jurisdicional, encontra guarida a discricionariedade judicial, e em alguns aspectos, confunde-se com o ativismo judicial (onde será comentado a frente).

Pois bem, ocorre que a atuação desses juízes se torna livre, já que eles são responsáveis pelo julgamento dos litígios nas suas respectivas unidades jurisdicionais, assim, a fim de que se limite a discricionariedade e o prejuízo às partes envolvidas no processo dada a liberdade de decisão, é necessário que se pense no controle do poder jurisdicional.

## 2.1 Estado Democrático de Direito *versus* Estado de Direito?

A expressão “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*) foi cunhada na Alemanha, 1798, por um jurista denominado Johann Wilhelm Petersen, também conhecido pelo pseudônimo de Placidus, que, por *Rechts-Staat-Lehrer* (teóricos do Estado de Direito) buscava designar os seguidores da escola filosófica de Kant, opondo-se aos teóricos do *Rechtsstaat*, defensores do *Polizeistaat* – Estado de Polícia – (LUCCA, 2016, p. 37), porém só foi difundido pela Europa através das produções alemãs a partir do século XX (LUCCA, 2016, p. 38).

Entretanto, as origens podem ser encontradas, com algumas ressalvas, ainda na Grécia antiga, onde se buscava, mediante vários mecanismos, “manter o sistema democrático ‘enquanto subordinava-se o princípio da soberania popular ao princípio da soberania das leis’” (LUCCA, 2016, p. 38).

Aristóteles, em *Política*, já descrevia traços de oposição à “monarquia absoluta”, para ele o “o reino do Direito é preferível ao de qualquer indivíduo” e o governante nada deveria ser senão mero guardião e ministro desse Direito (LUCCA, 2016, p. 38).

Todavia, a necessária submissão do governante às leis preestabelecidas foi particularmente sentida no direito germânico medieval, segundo o qual os indivíduos possuíam um “direito de resistência” aos comandos reais que violassem as leis costumeiras: “o monarca e o ‘estado’ existiam dentro da lei, para a lei, orientados em direção do interesse da comunidade” (LUCCA, 2016, p. 39).

Antes de se falar no Estado de Direito como valor inerente ao Estado Moderno cabe destacar que, no ano de 1215, na Inglaterra, houve a mais significativa emanção do Estado de Direito.

Visando limitar o poder real, fixou-se o *Rule of Law* e ocorreu a assinatura da Magna Carta pelo Rei João, que pôs limites ao seu próprio poder frente à lei e a certos procedimentos legais que viriam posteriormente a ser chamados, em 1354, de *due process of law* (LUCCA, 2016, p. 39).

O juiz Henrici de Bracton, no século XIII, escreveu o famoso tratado *Sobre as leis e costumes da Inglaterra (De legibus et consuetudinibus Angliae)* onde tratou sobre relações entre a monarquia e o Direito. Segundo ele, “nada é mais adequado a um soberano do que viver pelas leis, nem há maior soberania do que governar de acordo com a lei” (LUCCA, 2016, p. 39-40).

Sob influência do Iluminismo e amparados na defesa irrestrita da liberdade do indivíduo e na contenção do poder público por uma ordem jurídica racional, autores como Locke, que primava pelos direitos naturais básicos, como: liberdade, a propriedade e a vida, defendendo, se necessário, o direito do povo de destituir do poder o governante que não garantisse tais direitos; Montesquieu que, por sua vez, buscava a racionalização através da tripartição das funções estatais (MONTESQUIEU, 2004); e Rousseau que defendia que todos os homens nascem livres, e a liberdade faz parte da natureza do homem e os direitos inalienáveis do homem seriam a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade, cabendo a ele também a ideia do contrato social firmado entre os cidadãos e o Estado (ROUSSEAU, 2008), lançaram os fundamentos do Estado de Direito como ideal do Estado Moderno.

Na Inglaterra, Edward Coke, no século XVII, construiu o sistema do *Common Law* sobre um Direito racional, restringindo os poderes reais mediante a “razão artificial”, a qual poderia ser descoberta unicamente por juristas treinados: no caso, os juízes (LUCCA, 2016, p. 41).

Hans Kelsen, no século XX, destacou como a lei passa a ter papel essencial na organização das sociedades, sendo o instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e vincula a todos de forma igualitária, sendo assim, governantes e governados passam a ser igualmente sujeitos às determinações normativas (KELSEN, 2003). Nesse sentido,

o Estado de Direito é um ideal de Estado pelo qual se procura conter a tirania daquele que ascende ao poder (qualquer esfera do poder), constringendo-o a obedecer a limites preestabelecidos pelo Direito. Ainda que cada nação e cada Estado desenvolva instrumentos próprios de controle e de proteção da segurança jurídica, é possível pensar o Estado de Direito de forma relativamente homogênea, traçando suas características essenciais. Também por esse motivo é necessário desde logo distinguir o Estado de Direito da configuração política, social ou econômica que se dê ao Estado, seja ele republicano, monárquico, liberal, neoliberal, socialista, comunista ou regulador. O Estado de Direito não está vinculado a modelos sócio-políticos ou econômicos de Estado, mas ao efetivo controle do poder estatal (LUCCA, 2016, p. 41).

Sendo assim, o Estado de Direito parece nascer como ideal desde a Grécia antiga, todavia, pretendia assegurar a democracia da *pólis* através da supremacia normativa sobre a soberania popular. Alegava-se ainda que o entendimento preconizado por Aristóteles visava equalizar qualquer indivíduo às leis, mesmo o governante.

No entanto, a fixação da submissão legislativa sobre a população como um todo só foi melhor discutida no período germânico medieval, uma vez que as ordens reais não poderiam superar a legislação. Portanto, o rei ficava condicionado à norma, entretanto, não estava se falando sobre o Estado de Direito de forma absoluta.

O debate acaba se tornando sólido somente com o estabelecimento do *Rule of Law*, bem como pela assinatura da Carta Magna em 1215, na Inglaterra, assinado pelo Rei João, que impôs limites ao seu poder frente às leis, assim, a própria coroa começa a se submeter ao povo através da supremacia legislativa.

Contudo, somente no período Iluminista as bases do Estado de Direito ganham destaque. Nesse momento, pensadores como Kante, Rousseau e Montesquieu preconizam, através dos seus ensinamentos, a contenção do poder estatal em face das liberdades individuais e populares.

Sob o viés de impor controle aos governantes, institui-se a jurisdição do *common law*, que visa equalizar a todos em face da legislação através de figuras jurídicas dotadas de aptidão para fazê-la: os juízes.

Assim, o Estado de Direito passa a garantir a contenção do poder dos governantes através de limites impostos pelo próprio Direito baseado no constringimento deles em face das normas.

A trajetória dos direitos fundamentais que traz base primordial ao Estado Democrático de Direito e é elemento limitador do poder estatal, tal qual o Estado de Direito, surgiu na antiguidade com o povo ateniense e a sua ideologia do homem como ser livre. Essas ideias essenciais serviram para o reconhecimento dos direitos humanos, posterior dos direitos fundamentais.

É importante apontar ainda a contribuição de Santo Tomás de Aquino que propagava a igualdade entre os homens perante Deus e o direito natural pela racionalidade humana. A partir do século XVI houve a contribuição da filosofia levando as primeiras formulações acerca dos direitos pertinentes a dignidade da pessoa humana. Somente ao final do século XVIII com a elaboração do Contratualismo de Thomas Paine, é que se difunde a expressão “direitos do homem”, substituindo “direitos naturais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 263-267).

Dessa forma, a efetivação dos direitos fundamentais parece se conectar a noção do Estado Democrático de Direito construído a partir do preenchimento de lacunas ao longo da história, em que apontam promessas como a igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais e sociais (STRECK, 2013, p. 150).

Nesse contexto, o Brasil consolida o Estado Democrático de Direito somente na Constituição, ligado ao princípio da legalidade e a garantia do princípio da igualdade, é o núcleo-base em que se acopla a democracia e os direitos humanos fundamentais conquistados (CANOTILHO, 2013, p. 116).

Para Moraes (2010, p. 06) o Estado Democrático de Direito é “caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Assevera ainda que o princípio democrático “exprime fundamentalmente a exigências da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular” (MORAES, 2010, p. 06).

Em continuidade, o Estado Democrático de Direito é a

conjugação do Estado de Direito com o regime democrático. Trata-se, portanto, do Estado submetido ao império da lei, ou seja, a um conjunto de normas que criam seus órgãos e estabelecem suas competências, que preveem a separação dos poderes, e que também fixam direitos e garantias fundamentais para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, e no qual também se garante o respeito à denominada soberania popular, permitindo que o povo (o titular do poder) participe das decisões políticas do Estado, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de mecanismos de democracia direta (DANTAS, 2014, p. 65-66).

Portanto, o Estado Democrático de Direito parece funcionar como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, podendo ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAES, 2011, p. 91).

Ainda parece buscar por meio do ordenamento jurídico a proteção às garantias fundamentais e aos direitos humanos, devendo existir o respeito aos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos. Em síntese, visa a primazia dos direitos fundamentais pelo Estado, em relação a quaisquer decisões ainda que não previstas em lei.

Sendo assim, a fim de que se assegure o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, é necessário que se pense em mecanismos de garantia do seu funcionamento.

## **2.2 Segurança Jurídica:** o superprincípio do Estado Democrático Direito

A ordem jurídico-política liberal tende a um permanente esforço ideológico de um sentimento genérico de legalidade, por meio do qual os sujeitos de direito – estes sendo autônomos dotados de direitos e tratados ao mesmo tempo como servos submetidos à deveres – são estimulados a assumir sua parcela de responsabilidade na defesa dos valores tidos como superiores, principalmente os elucidados pela Constituição, que embasa diretamente o Estado Democrático de Direito. Sobre esta vertente, entende-se que

ao agir como instância de mediação entre o político e o econômico nas formações sociais capitalistas, nas quais o nível de latência e explosão das contradições é sempre desigual e a pacificação global das tensões é intangível, o princípio da legalidade é o elemento básico do Estado de Direito liberal. Graças a ele, a liberdade formal tem um caráter ‘negativo’ e ‘defensivo’, na medida em que é transformada pelo Estado de Direito em certeza jurídica e garantia individual – dois instrumentos retóricos cuja finalidade prática é garantir as condições de reprodução do padrão de dominação vigente e, ao mesmo tempo, ocultar esse papel mediante a pretensa autonomia e exterioridade do direito. Esse caráter ‘negativo’ e ‘defensivo’ da liberdade formal por meio do qual tudo o que não está proibido por lei é automaticamente permitido, não implica apenas o topos da ‘salvaguarda dos direitos’ de cada cidadão contra as pressões do Estado (um topos que também encerra uma grande contradição pois, se de um lado tal ‘salvaguarda’ é apresentada como uma garantia contra eventuais abusos do poder do Estado, de outro ela somente tem condições de funcionar através do próprio Estado). Requer, igualmente, uma estrutura específica de participação política e representação de interesses (a qual, sob pretexto de institucionalizar suas demandas, atua de fato com a finalidade de neutralizar pressões, descarregar tensões e tornar difusas as resistências à ordem vigente) (FARIA, 1997, p. 24).

Não há que se falar em uma segurança formal propiciada por um sistema legal supostamente coerente, lógico, completo e que pretende harmonizar os aspectos materiais e formais das lides, vez que por si só não há capacidade de se assegurar a estabilidade social, ou seja, de manter as contradições e tensões em níveis controláveis, nem a própria continuidade da ordem liberal.

Por essa razão, a submissão dos sujeitos de direito à vontade da lei precisa estar solidamente fundada na crença de que existem imperativos específicos a que todos os cidadãos devem obedecer, e que podem se assegurar em vista de eminente violação aos seus direitos.

Nesse sentido, passa-se a entender que

é o direito à segurança jurídica que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certos e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos no sistema, e que a sua mudança não se fará senão segundo o quanto nele estabelecido (ROCHA, 2005, p. 168).

Dessa forma, o princípio parece agir como garantidor de que todos podem dormir e acordar cientes de que seus direitos serão efetivamente reconhecidos no ordenamento jurídico.

Em complemento

a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída (SILVA, 2006, p. 133).

A doutrina ainda acredita que a segurança jurídica é necessidade de uma sociedade, vez que esta é responsável por dirimir as diretrizes de uma comunidade em face do ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, aponta-se que

o homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos (CANOTILHO, 2012, p. 257).

Além das três dimensões, deve-se mencionar as duas formas de incidência da segurança jurídica, conforme lições de Silva (2004, p. 36), cujo entendimento é também partilhado por Canotilho.

Em sua primeira forma, que possui sentido objetivo, abordam-se limites à retroatividade dos atos do Estado, no que vislumbra a proteção aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme sedimentado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXVI.<sup>1</sup>

Por sua vez, a segunda forma, que tem sentido subjetivo, visa a proteção à confiança das pessoas no que concerne aos atos, procedimentos e condutas do Estado, no qual se encaixa propriamente a proteção substancial da confiança.<sup>2</sup> Nesse sentido,

[...] a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos (MAFFINI, 2005, p. 48-49).

Portanto, deve-se analisar conjuntamente o princípio da segurança jurídica e a proteção da confiança, tendo em vista que

[...] o estado de coisas que é almejado pela proteção da confiança, consubstanciado na estabilidade das relações jurídicas, em face de condutas ou promessas advindas da atividade da Administração Pública, compõe a noção de segurança jurídica, a qual, por seu turno, é um dos elementos conformadores do Estado de Direito, cuja posição constitucional não se pode colocar em dúvidas (MAFFINI, 2005, p. 73).

A dimensão subjetiva, parece imputar a confiança do cidadão aos atos praticados pelo Estado, colocando o instituto da segurança jurídica como princípio da proteção à confiança. Assim, atribui-se a condição principal do Estado de Direito, cabendo-lhe a necessidade de estabilizar o ordenamento jurídico e as relações jurídicas (SARLET, 2009, p. 114).

Cabe apontar os efeitos da dimensão objetiva da segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito, vez que esta possui caráter essencial em razão da sua função de garantir

<sup>1</sup> Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CFRFB/88): a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

<sup>2</sup> Conforme informativo 659 do STF, da onde se tira o trecho que se refere ao RMS 28497/DF: [...] o poder da Administração Pública de invalidar seus próprios atos não seria eterno. Ademais, deveria ser restringido pelo princípio da segurança jurídica, consubstanciado na sua dimensão subjetiva, que se concretizaria por meio do princípio da proteção da confiança.

a “durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social das situações jurídicas” (CANOTILHO, 2012, p. 373).

Canotilho (2012, p. 374) ainda traz à baila a atuação da segurança jurídica como uma garantia jurídico subjetiva para as relações entre os cidadãos imputando a legítima confiança na permanência das respectivas situações jurídicas, seguindo o entendimento da referida doutrina, a atuação do estado deve proporcionar uma série de garantias aos cidadãos evitando mudanças legais entre outras situações a fim de garantir o desenvolvimento social dentro do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em um ordenamento jurídico baseado em pilares fixados na Constituição, deve-se primar pela efetiva aparência da segurança jurídica como peça fundamental na estabilidade da ordem jurídica, tanto na edição de normas, mas também na garantia da sua aplicação de forma a transparecer a confiança aos cidadãos.

Sendo assim, conforme entendimento do Paulo de Barros Carvalho (2018), a Segurança Jurídica é sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, vez que ele de forma implícita tem o dever de nortear o ordenamento jurídico se efetivando através de outros princípios.

É imperioso ressaltar que a aplicação da Segurança Jurídica impõe a garantia dada pelo Estado em favor ao cidadão de que as normas de direitos, entre outras atividades estatais propiciem ao cidadão um sentimento de confiança e estabilidade como garantia do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Araújo (2010, p. 01) destaca que o instituto da Segurança Jurídica deve ser evidenciado sob dois aspectos. O primeiro como princípio constitucional, colocado entre os direitos e garantias fundamentais, e o segundo, como cláusula pétrea.

É importante salientar, as consequências da aplicação do super-princípio, posto que a Segurança Jurídica parece se tornar vital às relações sociais, conferindo estabilidade e garantindo a efetividade dos direitos fundamentais, entre as pessoas e entre indivíduos e Estado.

Dessa forma, a Segurança Jurídica ainda parece ser fundamental para própria existência do Estado Democrático de Direito, já que é destinado a assegurar aos cidadãos que as leis serão cumpridas, inclusive pelo próprio Estado.

Mais que isso, a aplicação do princípio ainda encontra reflexos na atuação do Judiciário, uma vez que as decisões proferidas devem dar segurança à sociedade.

Portanto, deve-se praticar atos com base na lei a fim de que se confira validade, já que são de interesse público.

Além disso, a segurança aparenta se mostrar através das normas e instituições do sistema de justiça, de modo que o exercício da Segurança Jurídica parece estabelecer, nas relações jurídicas, confiança, além de tornar previsível os atos tomados pelo Estado.

Nesse sentido, considera-se que a Segurança Jurídica entrelaçada diretamente ao Estado Democrático de Direito pode ser considerada inerente e essencial ao mesmo, sendo um princípio supremo, onde a sua importância irradia sobre os outros princípios constitucionais.

Assim, a Segurança Jurídica parece ter se tornado indispensável na manutenção do Estado Democrático de Direito, o que decorre da sua própria essência, tornando-se imprescindível para o desenvolvimento das relações entre os indivíduos e o Estado, onde no processo de aplicação do direito, visa garantir os direitos fundamentais na entrega da atividade jurisdicional.

Além de se tratar de um super-princípio, a Segurança Jurídica é peça basilar para toda a estrutura do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, vez que o Estado deve proporcionar uma garantia de estabilidade transparecendo confiança no cumprimento do dever jurisdicional, reafirmando assim, o seu poder como ente soberano, e se pondo como instituição que prima o desenvolvimento social.

Ademais, no cumprimento da tutela jurisdicional, o Estado deve agir de modo sistemático e formal, com o intuito de propiciar a efetiva aplicação do melhor Direito, ou do mais correto, importando a impor a estabilidade necessária a fim de estabelecer o sentimento de segurança e confiança nas relações dentro do Estado Democrático de Direito.

Porém, para que se efetive a Segurança Jurídica dos órgãos jurisdicionados no Estado Democrático de Direito, é necessário que o Estado se alicerce em ferramentas.

### **2.3 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais**

O art. 93, inc. IX, da Constituição Federal coloca que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Por sua vez, o Código de Processo Civil, no mesmo sentido, no art. 489, apresenta os elementos essenciais da sentença, dentre os quais merece destaque o inciso II que versa sobre “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Portanto, o dever de motivar as decisões que emanam dos tribunais e juízes que compõem o judiciário encontra base na legislação constitucional e infraconstitucional, e caso não haja a fundamentação do ato jurisdicional, este acaba sendo nulo pelo defeito de motivação, conforme dispõe o art. 489, §1º, da Lei processual.

O dever de fundamentar as decisões judiciais é uma garantia que está ligada “ao próprio desenvolvimento do Estado moderno e de seu aparelho judiciário, às relações entre o indivíduo e a autoridade, ao modo de estruturar-se o processo em determinado momento histórico e cultural e, inclusive, ao tipo de responsabilidade do juiz diante da sociedade” (GOMES FILHO, 2001, p. 51-52).

Ainda é uma garantia jurídica visto que, de um lado, trata-se de uma autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional, obrigando-se a justificar formalmente a sua atuação e a eventual ingerência na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo – dimensão subjetiva das garantias. E, de outro, é um instrumento técnico e institucional que protege os direitos e faculdade do indivíduo do arbítrio e da antijuridicidade – dimensão objetiva das garantias (GOMES FILHO, 2001, p. 91).

Assim, garante-se o direito de todo indivíduo de conhecer as razões pelas quais sua pretensão foi insatisfeita – para o autor – ou pelas quais a pretensão da outra parte foi satisfeita – para o réu.

Retomando ao art. 93, IX, da Constituição Federal, a verdadeira dignidade constitucional do dever de motivação decorre de seu inafastável vínculo com o Estado de Direito e, por consequência, com o Estado Democrático de Direito, sendo esse “o Estado da razão; aquele que refuta o subjetivismo e arbitrariedade da atuação estatal” (LUCCA, 2016, p. 105).

Considerando que a racionalidade do raciocínio jurídico pressupõe que toda asserção seja acompanhada das suas razões e seja passível de confrontação, não é preciso muito aprofundamento para concluir que a racionalidade da decisão judicial depende da exposição de seus motivos de maneira clara, coerente e completa (LUCCA, 2016, p. 105).

Dessa maneira, não deve o Estado agir sobre o patrimônio jurídico do indivíduo sem justificar essa intromissão<sup>3</sup>, de forma contrária, incorrerá em arbitrariedade. Além disso, a justificativa dada pelo Estado deve ser material, juridicamente fundamentada e formal, expondo-se e demonstrando o fundamento da atuação (MOREIRA, 1978, p. 117).

O dever de motivação afasta a concepção enraizada por séculos na consciência coletiva de que as decisões judiciais, por serem manifestações de autoridade e poder, não precisam ser justificadas, e aloca o poder jurisdicional no mesmo plano do jurisdicionado, impondo-lhe a prestação de contas de seus atos àqueles que compõem a fonte do seu próprio poder (GOMES FILHO, 2001, p. 80).

---

<sup>3</sup> *Prueba y motivación de la sentencia* : “El Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia” (MOREIRA, 1978, p. 107).

Em complemento, sem a adequada exposição racional das razões que o justificam, o ato decisório adquire feições subjetivas e torna impossível o controle da atividade do magistrado tanto em relação ao convencimento fático como em relação à interpretação à aplicação do Direito (LIEBMAN, 1983, p. 79).

Nesse sentido, toda decisão jurisdicional imotivada aparenta ser, invariavelmente, uma decisão ilegítima e arbitrária.

É inegável que a exigência de fundamentação tem a necessidade de demonstrar que a decisão tomada pelo magistrado é a legítima e correta, isto é, o “melhor direito”, tanto porque decorre de um devido processo legal, como porque é aplicado o Direito material previamente estipulado pelo legislador e conhecido pelas partes, seus advogados e toda a sociedade.

Assim, o Dever de Motivação das Decisões Judiciais

em face do Estado de Direito [...] se caracteriza por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado (WAMBIER, 1998, p. 248-249).

Ademais, entende-se que motivação da decisão judicial tida como dever constitucional é princípio derivado do Estado de Direito, graças a sua inserção expressa na Constituição Federal.

Em outra perspectiva, a motivação da decisão judicial assegura o respeito ao princípio constitucional do devido processo legal. No Estado Democrático de Direito, a motivação íntegra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o devido processo legal em seu sentido material (FIGUEIREDO, 2001, p. 216).

É importante ressaltar que as decisões judiciais, devem ser formais e substancialmente regulares, corretas e razoáveis, por força do princípio do devido processo legal que pode ser visto como:

o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas, que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; DINAMARCO; GRIONVER, 2010, p. 46).

Ainda cabe destacar que a fundamentação da decisão judicial interfere diretamente no princípio do duplo grau de jurisdição, e serve como agente fiscal para tribunal *ad quem* em

eventual recurso ajuizado pela parte insatisfeita com a decisão, que irá analisar os motivos de fato e de direito que levaram o magistrado de base a julgar daquela maneira.

É preciso, portanto, que se exija do juízo o rigoroso cumprimento dessa disposição constitucional, uma vez que, na medida em que se obriga a fundamentação de todas as decisões judiciais, deixa de ter tanta importância o princípio do duplo grau de jurisdição, pois este princípio tem como fundamento a possibilidade de correção das decisões injustas, e parece-me razoável concluir que a decisão fundamentada terá menor possibilidade de ser injusta (CINTRA; DINAMARCO; GRIONVER, 2010, p. 46).

Em outro sentido, o surgimento de um Estado ativo, o Estado Social, conhecido como “*Welfare State*”, resulta no aumento de responsabilidade e poderes do magistrado, pois até então o juiz era conhecido apenas como boca da lei (CAPPELLETTI, 1989, p. 56), já que penas alinhava fato e norma, a fim de que se tornassem “compatíveis”.

Parece certo afirmar que o instituto do dever de motivação das decisões judiciais tem papel fundamental na fiscalização do povo em relação a atuação do poder judiciário, sendo ainda impulsionado pela publicidade das decisões judiciais.

Afinal, o magistrado é portador de valores, crenças e preconceitos de toda ordem, conscientes ou não, herdeiro da tradição e de um passado teórico que infere no ato decisório (COELHO, 2003, p. 380). Ademais,

o que se procura estabelecer com esse princípio da politicidade das decisões judiciais é a diferença entre imparcialidade e neutralidade do juiz, submetendo-se à evidência de que, nas decisões judiciais, se o magistrado deve ser imparcial, em relação aos interesses sub judice, ele não deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas soem suscitar no meio social (COELHO, 2003, p. 476).

Em se tratando de decisões judiciais como manifestação subjetiva daqueles que as proferem, há de se asseverar que o pressuposto da racionalidade implica a imagem ideológica de que elas são produzidas por motivações e métodos racionais, onde não ocorre a interferência de fatores emocionais ou outros que não possam ser reduzidos a razão (COELHO, 2003, p. 477).

Aliado a redemocratização e sobre a legitimação do poder judiciário, a visão do ativismo judicial também tem escopo na independência intelectual do poder judiciário o qual se manifesta na livre convicção dos juízes em formular suas convicções e definir a verdade para proferir um julgamento (PAULA, 2002, p. 138).

Se necessário, é preciso inovar, inclusive os motivos da fundamentação judicial para que se efetive e proporcione o estabelecimento dos direitos das partes.

Nesse sentido, surge o ativismo judicial que tem por objetivo remoldar a maneira como se pensa a interpretação jurídica, baseando-se em aspectos sociais e fundamentais, para que o magistrado, de acordo com o caso concreto, possa julgar, se necessário, contra a lei, desde que fundamente sua decisão de maneira sábia.

No que se refere ao Estado Democrático de Direito, especificamente sobre a responsabilidade que detém o magistrado, é importante aferir que, principalmente em uma era jurídica pós-moderna, o juiz não pode se ocultar sob o manto ultrapassado da concepção de direito como norma preestabelecida, clara e objetiva.

Envolve-se, assim, a responsabilidade pessoal, moral, política e jurídica do magistrado, sempre que há ausência no direito o que impulsiona o ativismo judicial ao “melhor direito”. Para tanto, fundamental torna-se o comprometimento do magistrado com cada lide instaurada, visando descobrir a verdade real dos fatos e que julgue analisando detalhadamente os autos processuais.

Ao Estado não basta cumprir as formalidades exigidas para escolha dos membros do poder executivo e legislativo. É de suma importância que o poder respeite e efetive os direitos fundamentais. Um dos mecanismos para assegurar e efetivar os direitos fundamentais se dá por meio da motivação da decisão judicial.

## **2.4 Precedentes e o dever de fundamentação das decisões judiciais**

Conforme abordado no tópico anterior, nota-se que a construção e aplicação de um precedente judicial é resultado de uma complexa atividade interpretativa realizada pelo magistrado.

Nesse sentido, Streck e Abboud (2014, p. 50) asseveram que “inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros”.

Ademais, o juiz, a fim de conferir legitimação a sua atuação interpretativa e criativa, tem a obrigação de cumprir satisfatoriamente o dever constitucional da fundamentação. Isso porque devem estar presentes nas decisões as razões pelas quais o magistrado decidiu, enquanto fundamento jurídico que sustenta uma decisão judicial, para ser hábil a vincular o julgamento de questões idênticas no futuro, deve ser clara e transparente. E isso, só poderá ser vislumbrado por meio de um adequado processo de fundamentação, vetor primordial para a formação dos precedentes judiciais.

É nesse contexto que se insere o Código de Processo Civil ao instituir uma sistemática de precedentes decorrente do art. 927 na medida em que estabelece a necessidade de edificação de mecanismos para restaurar a unidade do direito, salvaguardando valores constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia e a efetividade da prestação jurisdicional.

Percebe-se que o grande número de processos judiciais associados à “liberdade” dos magistrados quando há o “livre” convencimento motivado, acaba por gerar um efeito negativo, qual seja, a multiplicidade de decisões divergentes, até mesmo sobre a mesma questão jurídica, o que acarreta no comprometimento do sistema jurisdicional.

Baseando-se nesses aspectos negativos, o Código institui uma nova perspectiva aos precedentes com fundamento na necessidade de resguardar a segurança jurídica, elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que a utilização dos precedentes ainda deve ser mutável, independentemente do sistema jurídico utilizado no país – *Civil Law* ou *Common Law*.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

Cuida-se de estabelecer, em cumprimento à função inerente a uma Corte de Precedentes, responsável pela interpretação e uniformização da jurisprudência nacional, qual a compreensão a ser dada à norma positivada. (...) A segurança jurídica, postulada na tradição do *Civil Law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *Common Law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*). No entanto, o respeito aos precedentes não os torna imutáveis, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito. Assim como no sistema do *Common Law*, é possível, em alguns países de tradição romano-germânica – como o Brasil, caracterizado pela existência de Cortes de vértice, que exercem o papel de interpretação última da Constituição e das leis, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que distinga (*distinguishing*) ou mesmo leve à superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente. Em verdade: Respeitar precedentes não redundo – nem jamais redundou – numa obrigação de aplicá-los de forma irrefletida (STJ - AREsp 392108, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 03/12/2015).

Dessa maneira, percebe-se como o Brasil tem um sistema jurídico “híbrido”, ao passo que existe a fusão do direito romano-germânico e do direito anglo-saxão, baseada na previsão constitucional da formalização da jurisprudência, muito embora persista a construção do direito com base normativa.

Entretanto, não é fácil essa transposição, pois não se muda uma cultura pela simples mudança da lei.

No sistema do *Common Law* a segurança jurídica é um valor tão forte que, mesmo quando a Corte é surpreendida com um caso de mudança radical do precedente, que valeria sua superação imediata, poderá se pronunciar em manter a aplicação do precedente ao caso em julgamento, orientando a alteração para futuros julgados. Isto é, a nova orientação não é aplicada ao caso em julgamento, postergando a efetividade da superação então declarada. Dá-se a essa técnica de julgamento do *signaling in the overruling of a precedent*, tal como destacado pela doutrina:

No *signaling*, como a imediata revogação do precedente pode apresentar riscos à segurança jurídica, a Corte, percebendo a inconsistência do precedente, deixa de superá-lo, mas sinaliza sua contrariedade ao sistema jurídico ou social. Como a Corte deve oferecer previsibilidade à sociedade, a sinalização funciona como forma de conformar as condutas àquele que será o novo entendimento, promovendo ruptura menos agressiva com a ordem anterior (TRIGO, 2018, p. 406).

Outro erro comum no Brasil é analisar as ementas para afirmar a aplicação do precedente assentado em fatos diferentes do que está sendo julgado, mas alcançada uma certa analogia por interpretação.

No sistema do *Common Law* isso é praticamente impossível, pois o precedente somente pode ser utilizado para o julgamento do caso se houver semelhança com os fatos da causa.

Tratando sobre os precedentes judiciais, é necessário que não se confunda com o instituto da jurisprudência, tendo em vista que possuem conceitos próximos, muito embora sejam distintos.

### 3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A jurisprudência e os precedentes judiciais são facilmente confundidos já que ambos versam sobre decisões judiciais tomadas em algum contexto e servem como embasamentos futuros, todavia, diferenciam-se quando da sua criação.

Ainda que sejam elementos vitais ao estudo do Direito, o precedente e a jurisprudência encontram resistência quando da utilização prática. Assim, mostra-se necessário que se trace caminhos para o aperfeiçoamento e para melhor compreensão da utilização destes dois institutos jurídicos, qual seja a área: prática ou acadêmica.

O estudo da jurisprudência e do precedente judicial são fundamentais para a compreensão dos diversos sistemas jurídicos, pois se ligam ao conceito fundamental de segurança jurídica, muito embora, sejam aplicados de forma diferente no *Civil* e *Common Law*.

Cabe salientar que ambos são fontes de direito que podem conferir maior uniformidade às decisões judiciais, levando a conseqüente estabilização jurisprudencial e conferindo previsibilidade às decisões judiciais.

#### 3.1 Conceitos básicos: a diferença entre jurisprudência e os precedentes judiciais

A importância do precedente judicial depende do sistema jurídico adotado no país, podendo-lhe ser atribuído maior ou menor importância, ainda dever ser visto o grau de compreensão referente a sua utilização, bem como suas formas de interpretação, redação e superação.

Em síntese, entende-se que o precedente é uma decisão judicial que, tomada à luz de um determinado caso concreto, serve de diretriz para julgamentos posteriores. Portanto, em sentido *lato*, o precedente é uma decisão judicial que foi tomada em um processo antecedente, sendo que, aquilo que expressa em termos de decisão, vincula casos análogos julgados posteriormente (BUENO, 2017, p. 633).

Para entender melhor o precedente não podemos desconsiderar o conteúdo normativo das decisões judiciais, tanto que, em nosso sistema jurídico, a sentença é vista como uma norma jurídica individualizada construída pelo magistrado a partir da aplicação da lei em casos concretos. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 316-317).

Tucci (2004, p. 11 apud LUCCA, 2016, p. 269) aponta que os precedentes, em conceito amplo, são decisões pretéritas que decidiram casos análogos ao que está sendo julgado

ou discutido. Toda decisão judicial será um precedente judicial, desde que possa ser utilizada como parâmetro ao julgamento de um caso concreto análogo.

Por outro lado, a jurisprudência pode ser entendida como a aplicação reiterada de um precedente. Mancuso (2001, p. 137) a define como sendo a “totalização do resultado final da função jurisdicional do Estado”.

Ferro (1990, p. 90) conceitua o instituto como sendo: “o complexo de decisões reiteradas, acerca de determinada matéria, pronunciadas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional”.

Nesse sentido, Reale (2013, p. 76) entende que a palavra “jurisprudência” deve ser vista como a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

Nessa sequência, conclui-se que

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 (LOURENÇO, 2011, p. 128).

Em complemento, as distinções entre os precedentes judiciais e a jurisprudência são entendidas da seguinte forma:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas (TARUFFO, 2010, p. 142-143).

Portanto, a diferença entre o precedente e a jurisprudência parece ser sobre a quantidade de decisões, tendo em vista que de um único caso pode surgir um precedente e, em outro sentido, para se formar a jurisprudência, é necessário que se fale na pluralidade de decisões em um mesmo sentido.

Nesse sentido, pode-se pensar que o precedente, em sentido abstrato, dá orientação para casos futuros, a jurisprudência carece de uma quantidade razoável de decisões uniformes para se configurar.

Lucca (2016, p. 269) ainda aponta uma concepção restrita – e também insuficiente<sup>4</sup> – à luz de Marinoni (2010): “nem toda decisão judicial é um precedente, posto que a decisão só seria precedente quando tivesse a ‘potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados’”.

É necessário entender que “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI apud LUCCA, 2016, p. 269).

Por esse viés, Lucca (2016, p. 269) aponta ainda uma terceira concepção, denominada intermediária, que considera precedente judicial toda decisão que contenha uma tese jurídica passível de ser seguida em casos posteriores.

Essa concepção é diferente da ampla pois possui a necessidade do caso conter questões jurídicas relevantes, de modo que a controvérsia não seja unicamente fática (LUCCA apud CROSS; HARRIS, 2016, p. 269-270).

Assim, Serra Júnior (2017, p. 133) dispõe o seguinte entendimento, ao qual se filia o autor deste trabalho: “a diretriz estabelecida com base em determinado caso concreto, tendo sido enfrentadas as questões jurídicas envolvidas, servirá de “modelo” para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformização da jurisprudência.”

Portanto, a decisão judicial parece se transformar em precedente quando gera norma jurídica individualizada que pode ser aplicada em casos análogos posteriores.

Conforme Tucci (2004, p. 12), “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”

Importante destacar que as circunstâncias que embasam a controvérsia consistem nos elementos fáticos e seus aspectos apresentados em juízo. Em contrapartida, Serra Júnior (2017, p. 133 apud TUCCI, 2004, p. 175) explica que “a *ratio decidendi* (também conhecida pela expressão *holding*, empregada pelos americanos) é o elemento do precedente judicial mais

---

<sup>4</sup> A concepção restrita, portanto, limita os precedentes a decisões judiciais proferidas em casos paradigmas. Mas isso ainda não seria suficiente. Além de ser a primeira decisão a interpretar a norma, a decisão deveria, na motivação, tratar de todas as questões essenciais envolvendo a rese de direito que fundamenta o julgamento do caso (MARINONI apud LUCCA, 2016, p. 269).

complexo, composto pelos seguintes elementos: a) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*).”

Peixoto (2019, p. 147), por outro lado, pontua que existem dois conceitos acerca dos precedentes. Em primeiro sentido faz referência a todo ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Nesse aspecto, o precedente é texto, é fonte do direito. A partir dele e das decisões posteriores é que será formada a norma geral (PEIXOTO, 2019, p. 147).

Nesse sentido, Peixoto (2019, p. 147) destaca que, conforme esse aspecto chamado próprio, o precedente atuará como referência para as decisões posteriores, servindo de ponto de partida para a resolução de casos concretos semelhantes.

Um segundo aspecto, denominado de impróprio, refere-se à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser desenvolvida a partir da decisão enquanto texto a ser interpretado. A construção dessa norma é extraída principalmente da fundamentação e vai sendo consolidada por outras decisões que mantenham aquele entendimento (PEIXOTO, 2019, p. 147).

Sobre esses aspectos é importante destacar que foram criados dois sistemas jurídicos que se baseiam ou não na utilização dos precedentes judiciais e jurisprudências: o *Civil* e *Common Law*. Através deles é possível mensurar a importância das decisões-modelo no funcionamento do ordenamento jurídico.

### **3.2 *Civil Law* e *Common Law*: aproximações e distinções**

No embrião do *Common Law*, criado na Inglaterra, em meados do século XIII, já se observava a vinculação dos precedentes, levando-se em consideração o cuidado que deveria receber as decisões em casos contraditórios, posto que deveria ocorrer a consolidação futura do direito criado em julgamentos passados.

Nesse período, um fato já é importante para que se compreenda as diferenças entre o *Civil* e *Common Law*: “nunca se exigiu, na Inglaterra, que os juízes tivessem título universitário” (DAVID, 1997, p. 76).

Ademais, muito embora tenha se unificado o direito inglês nas Cortes Reais, o direito romano não exerceu influência significativa. No entendimento de David (1997, p. 78), estas Cortes Reais: “elaboraram um novo direito – *Common Law* – para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado”.

Naquela época, os juízes possuíam plena liberdade para decidir, de modo que criavam o Direito. Nesse sentido, Goron (2004, p. 286) assevera que: “aos magistrados do

Reino cabia não somente aplicar, mas sobretudo revelar o direito que devia ser aplicado, retirando-o das convicções da população”.

Dessa forma, as decisões anteriores eram seguidas a fim de assegurar o direito criado anteriormente, de modo que pudesse consolidá-lo e aplica-lo em situações análogas. Assim, parece não existir um lapso temporal interruptivo, pois não houve rompimento, capaz de gerar uma era pré e outra pós revolucionária. (WAMBIER, 2000, p. 396).

Portanto, o sistema adotado pela Inglaterra e pelos países anglo-saxões parece voltar a atenção para a segurança do direito, concedendo-lhe previsibilidade e afastando decisões contraditórias.

Em complemento, David (1997, p. 82) explica que o direito costumeiro inglês é criado “de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar”.

Sendo assim, no *Common Law*, os precedentes são a principal fonte do direito, tendo em vista que a norma é extraída da decisão de um caso concreto que passa a ser utilizada para casos futuros (MELLO; BARROSO, 2017, p. 05).

Nesse sistema, o precedente judicial é construído a partir da *ratio decidendi* (razões da decisão ou razões de decidir), que pode ser definido como “a proposição legal daquele que decide um caso (judicial), à luz ou no contexto dos fatos” (ZANDER, 2015, p. 255 apud BECHO, 2017, p. 22).

Logo, as razões de decidir parecem ser alcançadas por processos de elucidação (v.g. dos princípios gerais de direito aplicáveis na solução da controvérsia) (BECHO, 2017, p. 22).

Em sentido diverso, Camargo (2012, p. 152) assevera que “o sistema romano-germânico (*Civil Law*), ordinariamente, precedente é um pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria”.

Consoante a esse sentido, Mello (2008, p. 15) explica que

nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa.

Assim, nesse sistema jurídico, parece prevalecer o direito positivo, de modo que a atuação do magistrado se torna contida, cabendo-lhe a mera aplicação legislativa – levando à construção do jargão jurídico do “juiz boca de lei”.

No *Civil Law*, o objeto principal da decisão é a própria norma, sendo, ainda, “um sistema jurídico fundamentado em leis escritas e codificadas, que englobam de forma geral e genérica, os casos particulares” (CASTRO, 2017, p. 08). Dessa maneira, a norma se torna um comando genérico e abstrato aplicável a todo caso que lhe configura.

Outra distinção, segundo Tavares (2005, p. 128), diz respeito ao fato de que o *Civil Law* é caracterizado pelo raciocínio abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos, a partir de normas gerais; ao passo que o *Common Law*, fortemente centrado na decisão judicial (*judge made law*), atua por um raciocínio indutivo, pelo qual se busca nos julgados a fonte/norma de decisão dos casos subsequentes

Assim, no sistema baseado no direito costumeiro, ocorre o entendimento vinculante e coercitivo do precedente judicial, que diz respeito ao método o qual deve ser utilizado o julgamento “modelo”; por sua vez, o *Civil Law*, aplica função distinta ao precedente, cabendo analisá-lo de modo interpretativo e persuasivo, ele guiar a interpretação da lei quando da sua aplicação pelo juiz.

Nesse sentido, Soares (2000, p. 98) ensina que “a questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita”.

O tratamento dado aos precedentes judiciais se mostra como outra distinção. Nos países que adotam o *Civil Law*, as decisões judiciais são a principal fonte de direito, acarretando fortemente na força vinculativa das decisões e desenvolvendo-as através das técnicas de indução, enquanto no *Civil Law*, as decisões são formadas com base na mera declaração de existência da norma, sem que o magistrado se debruce sobre a norma para interpretá-la.

Portanto, no direito positivo do *Civil Law*, parece se adequar fato à norma, cabendo ao magistrado a mera reprodução legislativa.

Apesar de diferentes, o *Civil* e *Common Law* se aproximam. Tal fenômeno, de acordo com os ensinamentos de Mello e Barroso (apud DAVID, 2017, p. 05), pode ser notado principalmente nos países que adotaram o direito costumeiro, tendo em vista que o avanço globalizado de ideais democráticos que compõe a aproximação diplomática traduzida pela formalização de compromissos internacionais traduz a necessidade de se estabelecer e/ou desenvolver largamente a norma legislativa.

Ainda deve se atentar quanto a aproximação do *Civil Law* em relação ao *Common Law* causada pelo desenvolvimento do neoconstitucionalismo e do dever interpretativo que essa nova fase pós constitucionalista carrega.

Nesse sentido, o capítulo anterior (*Estado Democrático de Direito, Segurança Jurídica e o Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais*) procura aprofundar os estudos do neoprocessualismo e neoconstitucionalismo, de modo se entende que essa nova fase afasta do magistrado o papel do mero reproduzidor da lei e coloca aos julgadores o caráter interpretativo da legislação, buscando novos aspectos que solucionem o caso concreto através da análise conjunta do que pode ser visto em ambos os sistemas indicados, inclusive, graças a essa nova perspectiva trazida pelo período pós-guerra que sedimenta o neoconstitucionalismo, é que se consolida o ativismo judicial.

### **3.3 Os precedentes judiciais, a *ratio decidendi* e o *obter dictum***

No direito brasileiro, o precedente instituído pelo CPC se diferencia do precedente existente no *Common Law*, pois toda e qualquer decisão pode se tornar um precedente vinculante – por escolha do julgador, no momento que decidir utilizar uma decisão anterior para julgar um caso concreto futuro –, enquanto no Brasil, somente as decisões predestinadas por lei podem ser consideradas precedentes (NEVES, 2016, p. 1.491).

É o que explica Câmara (2016, p. 436): “no direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante”.

Assim, o CPC regulamenta no art. 927 quais decisões judiciais deverão ser observadas pelos juízes e tribunais e, por conseguinte, quais decisões serão consideradas precedentes vinculativos em nosso sistema processual: (a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade; (b) os enunciados de súmula vinculante; (c) os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo; (d) os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Sendo assim, “é possível afirmar que [...] os precedentes vinculantes estão todos enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil, de sorte que as demais decisões

judiciais não passam de precedentes com eficácia meramente persuasiva, despidos, portanto, de força normativa” (PASCHOAL; ANDREOTTI, 2018, p. 05).

Nesse sentido, Mello e Barroso (2017, p. 13) asseveram que as decisões judiciais geram efeitos restritos às partes porque os precedentes, meramente persuasivos, não têm força vinculativa pois não possuem força de norma, muito embora esse entendimento não seja compartilhado neste trabalho, tendo em vista que a decisão passada ainda poderá ser utilizada como base para julgamentos futuros, isto é, é um modelo decisório, ainda que não seja por imposição de força vinculante.

Importante destacar as lições de Bueno (2017, p. 632) em relação ao sistema de precedentes adotados no ordenamento jurídico brasileiro e no *Common Law*:

Por fim, não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra “precedente” é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do common law. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (paradigmática, afirmo eu). Nada além disso. É o que basta, penso, para evitar a importação de termos e técnicas daqueles sistemas para compreender o que parece de forma tão clara e tão evidente no próprio CPC de 2015.

Portanto, no Direito brasileiro, parece certo afirmar que não houve migração para o sistema da *Common Law* para termos um processo civil mais efetivo ou, pelo menos, mais claro (BUENO, 2017, pp. 632-633), diferentemente do que acontece no *Civil e Common Law*, no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes nascem predestinados a serem vinculantes. (CÂMARA, 2016, p. 439).

Essa destinação dada aos precedentes brasileiros faz parte da Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais criada pelo Código de Processo Civil de 2015, antes, no antigo CPC, as questões que versavam sobre precedentes já eram abordadas, todavia não houve o mesmo cuidado ao tratar sobre o assunto, diferentemente do CPC atual.

Ocorre que essa característica que diz respeito ao surgimento dos precedentes vinculantes se deve ao fato do nosso ordenamento jurídico ser fundado no *Civil Law*, assim, por meio normativo legal – leia-se CPC – há a necessidade de assegurar um sistema de precedentes vinculantes ao sistema jurídico brasileiro (MELLO; BARROSO, 2017, p. 17).

Com base nisso, pode-se notar que o precedente se aproxima da *ratio decidendi*, tendo em vista que ela representa “os dados reputados relevantes no julgamento, as ‘razões’ que conduziram à decisão” (RODRIGUES, 2017, p. 07).

Mais que isso, a *ratio decidendi* “deve ser buscada nos diversos elementos da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo, interpretando-os, muito embora não se confunda com nenhum deles” (PEIXOTO, 2017, p. 191).

Ainda “é composta: da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e do juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, 2004, p. 388).

Tucci (2004, p. 12), em síntese, a define como: “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório”.

Similarmente, Streck e Abboud (2015, p. 516) colocam que a “*ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide)”. Sobre esta vertente, Wambier (2010, p. 35) entende que:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.

Oliveira (2013, p. 13-34) conceitua a *ratio decidendi* como sendo uma decisão, “expressa ou implicitamente dada por um juiz, suficiente para resolver uma questão jurídica suscitadas pelos argumentos das partes no caso, sendo esta decisão necessária para justificar a decisão final proferida no caso”.

Marinoni (2013, p. 217) define a noção de *ratio decidendi* nos seguintes termos:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é ‘algo mais’. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança jurídica dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória.

Assim, pode-se pensar que o instituto parece ser como o fruto da argumentação do magistrado, sendo a *ratio decidendi* as próprias fundamentações utilizadas pelo juiz para resolver o processo.

Não obstante, a definição é muito mais complexa. “Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão a que se chega” (DIDIER JÚNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 447).

Entretanto, apesar de parecerem diferentes, os conceitos se aproximam, pois, possuem a mesma finalidade que é construir o embasamento da decisão judicial ou justificá-la pela argumentação.

Portanto, o que importa à *ratio decidendi* é explicar como e por que se decidiu pela decisão proferida e, através deste movimento de arazoar, se obtém o precedente.

Nesse sentido, Mitidiero (2012, pp. 61-69) explica a necessidade de esclarecer as razões decisórias:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente - na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente - [...] e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações. [...] Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro. Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

Dessa forma, parece certo afirmar que o dispositivo da decisão do caso concreto gera uma norma individual que vincula as partes e, em contrapartida, a fundamentação decisória produz a norma geral, que diz respeito ao precedente.

Bustamante (2012, pp. 271-272), explica:

É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes, e a ausência dessas razões ou a sua superação por outros argumentos mais fortes compromete sua aplicação. As normas extraídas dos precedentes judiciais devem, todas, ser enunciadas sob a forma de enunciados universais do tipo ‘sempre que se verificarem os fatos operativos (OF), então devem se aplicar as consequências normativas (NC).

Goron (2004, pp. 284-292) define a *ratio decidendi* da seguinte forma:

Constitui ela a abstração de um princípio legal dos fatos essenciais de uma causa. Evidentemente, quanto maior o grau de abstração utilizado, maior será o número de casos aos quais a regra extraída poderá ser aplicada. [...] A *common law* oferece a seus juízes basicamente três métodos para extrair a *ratio decidendi* dos precedentes. Ela pode sê-lo de forma extensiva, restritiva ou analógica. Pelo método extensivo o juiz está habilitado a ampliar o campo de abrangência da regra jurisprudencial. O método restritivo é usado em regra para evitar a aplicação de precedentes injustos ou incômodos. A aplicação analógica, por fim, tem lugar nos chamados *cases of first impression*, quando não existe um precedente que possa ser diretamente aplicado e o juiz necessita criar solução adequada ao caso concreto.

Portanto, a *ratio decidendi* está presente na decisão do caso concreto. Deve ser entendida como o elemento principal da fundamentação que resolve a questão postulada em juízo construída a partir das razões que levaram o julgador a decidir determinada causa em um sentido. Sendo assim, parece certo afirmar que as razões de decidir são o elemento determinante – a matriz de fundamentação – da decisão.

Mais que isso, a *ratio decidendi* deve ser entendida como a fundamentação que justificou a decisão judicial, sendo de importância vital quando da utilização ou fixação de um precedente judicial.

Para os precedentes, o elemento principal da decisão deve ser visto como base, porque através dele será possível distinguir o entendimento consolidado e invocado no caso concreto ou até mesmo superá-lo, como se verá a frente.

Por ser o ponto vital da decisão, pode-se confundir esse instituto jurídico com o próprio precedente judicial, já que para a existência deste, deve-se utilizar como base aquele. Todavia, a confusão parece acabar quando se analisa a materialidade desses institutos

A identificação da *ratio decidendi* está condicionada à análise do relatório, onde existe uma adequada delimitação dos fatos (PEIXOTO apud TAVARES JÚNIOR, 2019, p. 191); da fundamentação, onde há o detalhamento analítico do caminho percorrido pelo magistrado para justificar a decisão; e do dispositivo, que é o elemento principal para diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dictum* (PEIXOTO apud TAVARES JÚNIOR, 2019, p. 191).

Para distinguir, deve-se entender que a decisão judicial é composta pela fundamentação em si – *ratio decidendi* – além de comentários que não dizem respeito a fundamentação direta e imediata do caso concreto – *obiter dictum*.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 674) colocam que “o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios,

secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência ou relevante e substancial para a decisão”.

Portanto, parece ser um elemento acessório da *ratio decidendi* e, já que é composto por tudo aquilo que não se configura como razão de decidir, pode ser dispensável.

Silva (2005, p. 185) ilustra que “o exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.

Sendo assim, entende-se que o instituto nada mais é do que o “comentário feito pelo juiz na sentença a título de ilustração, sem força de precedente” (MELLO, 2009, p. 214). Andrews (2009, p. 112) acrescenta: “a expressão vem de ‘dito para morrer’, ou seja, trata-se de coisas ditas na decisão, mas que não têm efeito vinculante em relação às decisões posteriores, só persuasivo”.

Não obstante, tal significado atribuído à expressão deve ser visto com cautela. Com efeito, o instituto, em que pese não vinculante, traz consigo inegável caráter persuasivo ao entendimento do julgador.

Mais que isso, Didier Jr. (2012, p. 388) explica que

*o obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado é *obiter dictum* e tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

É justamente esse viés que revela, também, um efeito modificativo do *obiter dictum*, de modo que a possibilidade de alteração do entendimento do órgão julgador enfraquece a tese de que o instituto é elemento meramente figurativo.

O instituto ainda pode ser visto como *ratio decidendi* e vice-versa, em virtude do elemento contraditório, explica Marinoni (2009, p. 232) ao conceituar *obiter dictum*:

Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.

Portanto, muito embora o conceito do *obiter dictum* caminhe para a indiferença na decisão, o elemento é capaz de resolver outra questão diversa e ainda pode funcionar como orientação futura.

Assim, os dois institutos são indispensáveis quando se fala na análise da decisão judicial coerente e sistemática, posto que, na fundamentação, quando um não se fizer presente, o outro desempenhará seu papel.

Com efeito, o *obiter dictum*, assim como a *ratio decidendi*, não é precedente judicial, pois não pode ser utilizado como diretriz para casos análogos futuros, além de não ser o motivo principal que resulta na resolução da levada à juízo. O *obiter dictum* está mais distante do conceito construído aqui de precedente judicial do que a *ratio decidendi*, explica-se.

Peixoto (2019, p. 192) ensina que há uma mitigação na diferença entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, posto que todas as normas devem ser encaradas como *rationes decidendi*. “A diferença entre elas é apenas quanto ao seu grau de vinculação, que será decidido posteriormente” (PEIXOTO, 2019, p. 192 apud BUSTAMANTE, 2012, pp. 275-277). Desse modo,

por mais que a tarefa de identificação de tais elementos seja complexa, em geral, é viável diferenciar o *obiter dictum* da *ratio decidendi* justamente por ele se referir a elementos irrelevantes ao caso concreto. A retirada de diferenciação desses elementos irá dificultar a aplicação dos precedentes justamente porque, para além da própria definição da *ratio decidendi*, cria o problema de determinar se aquela norma deve ter, como argumento, eficácia vinculante ou persuasiva (PEIXOTO, 2019, p. 192).

Portanto, a diferença está sedimentada quanto à eficácia vinculante dos institutos, cabendo tal efeito à *ratio decidendi* (PEIXOTO, 2019, p. 192).

### 3.4 A eficácia dos precedentes

O precedente judicial é um fenômeno presente no ordenamento jurídico e extremamente importante para os modelos jurídicos criados pelo neoprocessualismo, que por sua vez, primam pela interpretação e aplicação uniforme do direito pelas Supremas Cortes.

Existem degraus e parâmetros de eficácia das decisões judiciais a serem seguidos pelos demais órgãos do judiciário, o que parece ser uma ordem hierárquica estabelecida verticalmente de acordo com os graus de jurisdição.

Mello (2016) afirma que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia. Nesses termos, convém destacar que

há, primeiramente, os precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esta eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito. Há, no outro polo, os precedentes normativos em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do common law, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos binding precedents é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos (BARROSO; MELLO, 2016, p. 13).

Dando continuidade a esse entendimento, Barroso e Mello (2016, pp. 13-14) concluem que

há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma eficácia intermediária. Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual. Abriga, por isso, decisões judiciais com efeitos heterogêneos que produzem efeitos impositivos em diferentes graus.

De acordo com Barroso e Mello (2016) as eficácias se encontram com os institutos do *obter dictum* e *ratio decidendi*, tendo em vista que são dotadas de caráter persuasivo em qualquer grau de jurisdição (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16).

Mais que isso, no ordenamento jurídico brasileiro, o precedente pode produzir três efeitos (LOURENÇO, 2008).

O primeiro é o efeito mínimo do precedente ou efeito persuasivo do precedente, esse efeito coloca que todo precedente pode ser utilizado como argumento e é capaz de gerar força persuasiva a qual será dotada de maior ou menor importância, levando-se em conta a origem do precedente e da qualidade (LOURENÇO, 2008).

Sobre isso, Souza (2008) se posiciona afirmando que o efeito persuasivo é majoritário no Brasil. Em complemento, acrescenta que este precedente se caracteriza pelo fato

de o juiz não estar obrigado a segui-lo, mas, caso o siga, significa dizer que o julgador está convencido da sua correção (SOUZA, 2008).

Dessa forma, o entendimento sobre o efeito persuasivo parece ser bem objetivo, de modo que carrega consigo a característica principal de gerar convencimento no julgador do caso em que o precedente foi invocado.

Mais que isso, embora não seja vinculante, podem ter autoridade, para isso dependem de alguns fatores, tais como a posição no tribunal que proferiu a decisão (juízo *ad quo* e *ad quem*), a data da decisão, se foi unânime ou não, a qualidade da fundamentação e etc. (SOUZA, 2008).

Em continuidade, destaca-se outro efeito capaz de impedir meio de impugnação da decisão que se baseia nele (LOURENÇO, 2008). No Brasil, esses precedentes são representados pelas decisões que se tornam Súmulas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, que impedem recurso para discutir as decisões que nele se baseiam.

Se assemelha em alguns aspectos ao primeiro efeito, tendo em vista que a principal característica é a posição do Tribunal que profere a decisão, influenciando, inclusive, sobre a interposição de recursos.

Por último, restam os precedentes vinculantes ou vinculativos que, como o nome sugere, vincula os demais tribunais ao entendimento consolidado no paradigma, portanto eles devem ser seguidos (LOURENÇO, 2008).

Esse efeito de precedentes foi sedimentado pelo CPC ao instituir a Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais, no qual atribuiu a algumas decisões, desde o seu nascimento, o caráter vinculativo, que diz respeito à observância e aplicação dessa espécie de precedente.

Sobre esses precedentes, diz-se que tem eficácia normativa em sentido forte (LOURENÇO, 2008), aqui se inserem as súmulas vinculantes do Brasil, os julgados produzidos em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16).

Em acréscimo, a desobediência destes precedentes levam a sua cassação, mediante reclamação ao órgão jurisdicional em que se busca preservar a competência ou cuja autoridade se pretenda garantir, conforme inteligência do art. 988 do CPC (MELLO, 2015, pp. 41-54).

Sobre esse último efeito, Barroso e Mello (2016, pp, 16-17) explicam:

Produzem eficácia intermediária ou eficácia normativa em sentido fraco os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos. Entretanto, sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação. Por consequência, tal "dever" tenderá a funcionar, na prática, como mera recomendação, ao menos no estágio cultural em que nos encontramos no que respeita à operação com precedentes judiciais.

Mais que isso, o ordenamento jurídico brasileiro buscou instituir através do Código de Processo Civil um sistema de precedentes normativos, e inclui, ainda, a produção de julgados vinculantes pela segunda instância (BARROSO; MELLO, 2016, p. 17).

Nesse sentido, Barroso e Mello (2016, p. 17) citam voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação 4335 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde se vê a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes, baseados na segurança jurídica, isonomia e eficácia. Os autores explicam:

A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia. Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram (MELLO; BARROSO, 2016, p. 17).

No Brasil, estabeleceu-se a hierarquia entre os tribunais, tal entendimento foi consolidado pelo CPC, em virtude de ter atribuído ao STJ e ao STF a eficácia vinculante de algumas decisões, impondo aos juízes e tribunais o dever de observar as decisões que emanem do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, nos termos do art. 927 do CPC.

Esses precedentes também são chamados de verticais porque decorrem de tribunais hierarquicamente superiores ao juízo que pretende aplicá-lo (LUCCA, 2016, p. 287 apud MARINONI, 2013, pp. 134-135).

Portanto, como ilustração, poder ser entendido que decisões que emanam do STJ são precedentes verticais em relação a um tribunal de justiça, e a decisão do tribunal de justiça, por sua vez, é um precedente vertical em relação ao juízo de primeiro grau.

Se tratando dos precedentes verticais, há de se apontar os precedentes horizontais decorrentes do próprio juízo que se depara com um caso análogo para julgamento, ou de um juízo de mesmo nível hierárquico (LUCCA, 2016, p. 288 apud TARUFFO, 2007, pp. 26-27).

Lucca (2016, p. 288) exemplifica: “uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná serve como precedente horizontal ao próprio Tribunal, bem como ao Tribunal de Justiça de São Paulo ou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região”.

Importante destacar que o CPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e que este deve mantê-la estável, íntegra e coerente (arts. 926 e 927).

Nesse sentido, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro, com base no neoprocessualismo consolidado pela Lei 13.105/2015, busca justiça igualitária pautada nas interpretações mais contundentes dos magistrados, bem como na própria garantia da legislação que vige sobre o processo civil, em face de demandas reiteradas.

Ainda parece certo afirmar que existe a constante busca pela garantia da segurança jurídica, tendo em vista que, através do CPC, regulou-se a utilização dos precedentes, além de controlar a forma como eles são gerados, sobretudo os precedentes vinculativos. Mais que isso, não havendo a aplicação desse paradigma, é necessário que se fundamente o motivo pelo qual ele não foi utilizado, conforme previu a Lei Processual.

#### 4 TÉCNICAS PARA UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Como já fora mencionado antes, o atual CPC estabeleceu diretrizes visando a padronização de decisões e conferiu força vinculante a algumas destas, vide art. 927 do Livro Processual Civil. Com efeito, consolidou a Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais que garante que casos semelhantes tenham julgamentos iguais.

Muito embora se estabeleça caminhos a serem seguidos pelos órgãos jurisdicionais, não se deve descartar as possibilidades de discutir se o precedente invocado no caso concreto deve ser de fato aplicado.

A discussão, nesses casos, gira em torno da *ratio decidendi* que, conforme esclarecido anteriormente, é a tese principal que fixa o paradigma. O que se pretende por meio desse debate é adequar a ciência jurídica às modificações sociais, políticas e/ou jurídicas.

Por certo, o sistema de precedentes não deve ser fixo, por isso foram criadas formas de analisar a possível mudança do paradigma, são elas: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*).

Por meio dessas técnicas, permite-se discutir se o precedente desenvolvido é realmente aplicável ao caso concreto e, caso não seja, diferenciá-lo para a melhor aplicação do direito (NUNES, 2011, p. 69).

Ainda que a aplicação dos precedentes não seja obrigatória – ressalvados casos específicos que serão abordados à frente –, a decisão do magistrado deve ser “presidida e informada por uma ponderação de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias” (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 353), pela necessidade de justificar a decisão, o juiz que segue ou não o precedente deve fundamentá-la de acordo com a argumentação racional para que se discuta a validade da tese jurídica que fixou o paradigma discutido no caso concreto.

A discussão deve ser analisada em cooperativo, de modo que tanto o magistrado quanto as demais partes do processo devem analisar a interpretação dada ao precedente trazido à baila, nos termos do Contraditório e Ampla Defesa.

Muito embora se pense em todas as partes envolvidas no processo, o protagonismo se volta para o órgão julgador, tendo em vista que para decidir ele deverá analisar as contribuições feitas pelos demais sujeitos e justificar o motivo pelo qual aplicou ou não o precedente suscitado, explicando, inclusive, porque a *ratio decidendi* do paradigma é aplicável ou não ao caso concreto.

Todavia, cabe as partes argumentar a fim de que se convença o magistrado pela aplicação ou não do precedente, de maneira que o trabalho desenvolvido por elas é identificar a presença da *ratio decidendi* no paradigma para que não se confunda com o *obiter dictum*, já que não possui caráter vinculativo.

Portanto, é através da atividade argumentativa que se pode discutir a distinção ou a superação da tese jurídica.

#### **4.1 As técnicas de distinção e superação de precedentes:** aspectos gerais do *distinguishing* e do *overruling*

A argumentação jurídica tem o condão de influenciar a decisão do julgador, para tanto deve ter embasamento em lei, doutrina ou jurisprudência (leia-se precedentes), portanto ao analisar as fundamentações, o magistrado deve observar qual melhor reproduz as necessidades que atendem ao caso concreto.

Nesse trabalho, destacamos a importância dos paradigmas. O julgador, ao analisar essa fonte de direito, deve atentar as circunstâncias fáticas contidas no precedente invocado e no processo em apreço para que se identifique se elas são análogas a ponto de justificar a sua aplicação.

Com efeito, essa análise é chamada de *distinguishing*, técnica pela qual se permite diferenciar o precedente e o caso concreto através da confrontação (TUCCI, 2012, p. 560). Por meio desse mecanismo, pretende-se evitar que o paradigma seja utilizado indiscriminadamente sem a devida consonância com as circunstâncias de fato.

Sobre o tema, Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, pp. 874-875) esclarecem:

Devidamente identificado o precedente; é preciso saber quando esse é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*).

O confronto permite analisar quando o caso concreto apresenta características substancialmente diversas daquelas abarcadas pelo precedente invocado, principalmente no que se refere às circunstâncias de fato.

Mais que isso, o *distinguishing* consiste no antecedente lógico e na identificação da *ratio decidendi* do precedente invocado. Assim, permite-se apurar quais os fatos foram responsáveis para fixar a tese jurídica do paradigma, possibilitando ao magistrado, inclusive, desobrigar-se de aplicar o entendimento levantado.

Para Peixoto (2017, p. 9), a técnica consiste numa

forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado (JOBIM, 2014, pp. 408-412). Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação. Muito embora simples na teoria, a utilização da técnica guarda um grande desafio argumentativo, que é o de “demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas” (TUSHNET, 2013, p. 107). Havendo sucesso na argumentação, o precedente invocado simplesmente será inaplicável ao caso concreto, sendo possível ao magistrado decidir de forma diversa.

Marinoni (2011, p. 327) alerta que técnica deve atender às regras a fim de que se cumpra os precedentes obrigatórios, caso contrário, os magistrados poderiam utilizar o mecanismo para se afastar da obrigação de utilizar súmulas e tomar decisões arbitrárias.

Além disso, ao aplicar a técnica, os elementos secundários devem ser deixados de lado, caso sejam considerados para o afastamento do paradigma, ocorrerá *error in iudicando* dado pelo erro no método da distinção conhecido como distinção inconsistente – *inconsistent distinguishing* (EISENBERG, 1988, p. 115).

“Por meio dela, há uma contração indevida do precedente, por meio de fatos e argumentos que não são capazes de justificar a diferenciação. Trata-se, na verdade, de uma infringência à técnica da distinção” (PEIXOTO, 2017, p. 9).

Nessa linha, “quando ocorre a distinção inconsistente, tem-se uma deturpação da técnica da distinção, mediante um discurso da Corte de que há fatos relevantes que sustentam a criação de uma nova norma judicial, mesmo quando eles inexistam. Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado” (PEIXOTO, 2017, p. 9).

Dando continuidade, o método parece retirar a autoridade conferida ao paradigma, todavia, não é isso que ocorre. O papel da Distinção é esclarecer as divergências dos fatos principais no caso concreto e no precedente (DIERLE; HORTA, 2015, p 313).

Apesar de fundamental para afastar a o precedente quando não deve ser aplicado, o uso exacerbado da técnica pode levar ao enfraquecimento da tese jurídica originária

(MARINONI, 2011, p. 328) gerando, inclusive, abalo na vinculação dos precedentes do ordenamento jurídico que utiliza a técnica indiscriminadamente (DAVID, 1996, p. 352).

Sua aplicação parece simples e pode gerar duas consequências: uma onde a tese jurídica abarca o processo onde foi invocada e outra onde o caso não permite que seja aplicado.

(i) dar a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI e 927, §1º do CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V e 927, §1º do CPC. (DIDIER, 2015, p. 491)

Dentre as opções, merece destaque esta última, pela peculiaridade da sua utilização, que consiste em estender a tese jurídica do paradigma para outros elementos de fato que não estavam presentes no precedente (JACOB, 2014, p. 129).

Assim, a *ampliative distinguishing* parece levar o precedente ao caso, cabendo a responsabilidade da adequação à interpretação minuciosa do paradigma.

Em contrapartida, deve-se atentar quanto a *restrictive distinguishing*, conhecida no Brasil como a distinção restritiva. Através dela, o precedente não terá a aplicação a qual se queria quando da sua invocação.

A análise dessa desobrigação do paradigma é realizada pelo magistrado ao entender que as particularidades do caso impossibilitam a aplicação da tese jurídica exarada pelo precedente, de modo que “a distinção restritiva será identificada quando fatos substanciais sejam retirados de uma *ratio decidendi*, diminuindo, assim, o seu âmbito de incidência, 33 técnica que deve ser realizada com cuidado, sob pena de haver tentativa de revogação por órgão jurisdicional incompetente para tanto” (PEIXOTO, 2017, p. 7).

Sendo assim, a técnica é baseada no processo argumentativo, levando-se em conta os princípios do direito, sobretudo, o contraditório, de modo que todo os participantes do processo estarão hábeis a demonstrar se o precedente deve ser utilizado ou não (MACÊDO, 2015, p. 354). Mais que isso, a utilização do *distinguishing* está condicionada à análise da tese jurídica e do caso concreto.

No Brasil, a método já é reconhecido, conforme se verá nas decisões que seguem do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. TEMA 882. RESP 1.280.871-SP. SEM DEMONSTRAÇÃO DO "DISTINGUISHING". 1. Não se verifica a existência de distinção entre a situação retratada nos autos e a versada no referido recurso representativo da controvérsia (distinguishing), necessária à procedência do pedido da reclamação, tendo em vista que o Tribunal de origem ao aplicar a tese repetitiva, manifestou-se claramente quanto ao pedido de enriquecimento ilícito, em absoluta conformidade com o acórdão repetitivo. 2. Agravo não provido. (STJ - AgInt na Rcl: 38113 SP 2019/0164575-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/10/2019, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 15/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.386.424/MG. SEM DEMONSTRAÇÃO DO "DISTINGUISHING". 1. Não se verifica a existência de distinção entre a situação retratada nos autos e a versada no referido recurso representativo da controvérsia (distinguishing), necessária à procedência do pedido da reclamação, tendo em vista que o Tribunal de origem foi suficientemente claro ao afirmar que, embora a inscrição negativa possa ter sido ilegítima, não haveria falar em prejuízo moral, ante a existência de documento nos autos atestando a existência de anotações negativas anteriores, inclusive de outras instituições; sendo certa, ademais, a impossibilidade de análise de matéria fático-probatória em sede de reclamação. 2. Agravo não provido. (STJ - AgInt na Rcl: 37673 SP 2019/0082901-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 26/06/2019, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2019 REVJUR vol. 502 p. 135)

AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. ALEGADO EQUÍVOCO NA APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO CONSTANTE DE RECURSOS REPETITIVOS. SEM DEMONSTRAÇÃO DO DISTINGUISHING. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. 1. Foi consagrada a seguinte tese no julgamento do REsp 1.568.244/RJ sob o rito dos recursos repetitivos: "O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso". 2. No caso concreto, não se verifica a existência de distinção entre a situação retratada nos autos e a versada nos referidos recursos representativos da controvérsia (distinguishing), necessária à procedência do pedido da reclamação, bem como que o Tribunal a quo não vetou qualquer tipo de reajuste, o que se infere da própria ementa do acórdão reclamado. 3. Quanto à condenação em honorários, de fato, a parte interessada, apesar de ter sido citada, não compareceu aos autos, o que tem o condão de afastar os honorários de sucumbência. 4. Agravo interno parcialmente provido. (STJ - AgInt na Rcl: 37784 SP 2019/0101694-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/12/2019, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/12/2019)

INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da

magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, § 3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 655265 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/04/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-164 05-08-2016)

Outra técnica também utilizada na aplicação dos precedentes é o *overruling*, que consiste na superação da decisão-modelo. O nascimento desse modo de diferenciação de paradigmas está ligado ao sistema do *Common Law*, que tem como principal base os precedentes, mas, para que as decisões contraditórias fossem evitadas passaram a ser obrigatórias, baseadas no brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”, assim, caberia ao julgador formar juízo com fulcro nos precedentes de mesma natureza (SABINO, 2010, p. 53).

Assim, a expressão cunhada no latim, literalmente, significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (MIRANDA, 2006, p. 12).

Todavia, “a adoção do *stare decisis* não significa, de forma alguma, o engessamento do direito. Existem diversas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina do *Common Law*” (PEIXOTO, 2019, p. 210).

Destaca-se o *overruling*,

[...] denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento; técnica que é essencial para qualquer

sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito (SPRIGGS; HANSFORD, 2001, p. 1094 apud PEIXOTO, 2019, p. 210).

O *stare decisis* pretende trazer equilíbrio às relações sociais (SUMMERS, 1997, p. 374), como reforço, surge a técnica de superação para adequar o direito às mudanças que aparecem de várias formas (LIMA, 2013, p. 206).

No direito normativo do *Civil Law* ocorre a aplicação legislativa indiscriminada, dando pouca ou quase nenhuma atenção às especificidades do caso concreto – juiz “boca-de-lei” –, portanto, parece uma forma de consolidar o *stare decisis* dentro dos limites legais já que não será alterado aquilo que está determinado em dispositivo normativo.

Esse sentimento, no *Common Law*, é reconhecido na autoridade da vinculação do precedente, muito embora, nesse sistema jurídico seja previsto a possibilidade de revisar e aperfeiçoar a decisão do caso, a fim de possibilitar a evolução do próprio Direito, desde se estabeleçam alguns limites (BUSTAMANTE, 2012, p. 395).

Nesse aspecto, permite-se que o julgador decida diferente, ainda que hajam fatos análogos principais no paradigma e no processo onde fora invocado, para tanto deverá valorar as circunstâncias sociais, econômicas, políticas ou jurídicas responsáveis pela mudança decisória (ALEXY, 2014, p. 265).

Logo, de fácil percepção, entende-se que a vinculação da decisória não possui caráter obrigatório absoluto, já que uma tese jurídica consolidada pode ser superada desde que se utilize o procedimento adequado para renová-lo por outra decisão.

Portanto, a técnica parece ser uma manutenção do paradigma vinculante, posto que a mudança da tese jurídica por uma nova ainda conferirá o efeito vinculante para processos futuros, assim, o que está decidido não será mudado (BENDITT, 1987, p. 101), tal qual o *stare decisis*.

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisões onde ocorreu a superação do precedente:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ANTIGO. TEORIA DA PROSPECTIVE OVERRULING. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PROSPECTIVA. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. PRECEDENTES QUALIFICADOS. NÃO INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. 1. Ação ajuizada em 09/01/2012, recurso interposto em 28/03/2016 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese de mudança de jurisprudência, a nova orientação poderia ser aplicada indiscriminadamente sobre os litígios surgidos durante a vigência do

entendimento jurisprudencial anterior, ainda mais sobre aqueles já submetidos ao Poder Judiciário. 3. A teoria da superação prospectiva (*prospective overruling*), de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto. 4. A força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade. 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. Na hipótese, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1721716 PR 2017/0243200-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/12/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 68, AMBOS DO CP. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. TESE DE HIPÓTESE PARA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE SUPERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA (OVERRULING). NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. É pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de o reconhecimento da atenuante levar a pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar aquém do mínimo legal, o que inviabiliza, no caso, a aplicação da reconhecida atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), diante do óbice prescrito na Súmula 231/STJ. 2. Não se verifica no caso concreto argumentação capaz de demonstrar situação peculiar - por hipótese fática distinta ou decorrente de questão jurídica não examinada - a ponto de ensejar solução diversa - *overruling* - daquela encontrada no julgamento do mencionado recurso especial repetitivo e a relativização da norma inserta no art. 927, III, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal (AgRg no REsp n. 1827251/MS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2/9/2019). 3. O acórdão recorrido encontra-se alinhado à orientação da Súmula n. 231/STJ, no sentido de que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. [...] A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.117.068/PR, Ministra Laurita Vaz, julgado em 26/10/2011, DJe 8/6/2012), sob o rito do art. 543-C, c/c o 3º do CPP, confirmou o entendimento do enunciado da Súmula 231/STJ (AgRg no REsp n. 1.895.071/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/10/2020). 4. Fixada a pena-base no mínimo legal, incabível a redução da sanção abaixo desse patamar pelo reconhecimento de circunstância atenuante, nos termos da Súmula 231/STJ. [...] Estando a decisão recorrida em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso especial (AgRg no REsp n. 1.882.372/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 29/9/2020). 5. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1873537 MS 2020/0108899-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 17/11/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2020)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entende.

INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERACÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, § 3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 655265 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/04/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-164 05-08-2016)

Ainda parece se assemelhar a uma questão de ordem do *Common Law*, já que “da mesma forma que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar a legislação por discordar dos seus méritos (salvo situação de inconstitucionalidade), as Cortes inferiores não possuem competência para simplesmente discordar dos precedentes das Cortes superiores por meio da superação” (PEIXOTO, 2019, p. 211, apud LAMOND, 2007, p. 700).

Nesse sentido, a fixação de uma nova tese jurídica que gerou o precedente de uma Corte somente poderá ser mudada pela mesma Corte ou pela Corte hierarquicamente superior

a ela em termos de matéria competente para superar o paradigma originário (MITIDIÉRO, 2016, p. 121).

Peixoto (2019, p. 210) salienta duas regras impositivas de Benditt (1987, p. 101) quando da aplicação da técnica que se referem a relativização do entendimento superado: “uma de natureza processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico”, sendo a primeira aquela que colocou o entendimento de que somente a Corte que formou o precedente ou a Corte superior em hierarquia a ela, no que se refere a competência em termos de matéria, poderá alterar o paradigma decisório.

Caso a Corte inferior deixe de aplicar o precedente em um caso concreto onde o paradigma deve ser aplicado, incorrerá na segunda regra, e a decisão estará comprometida por erros. Sendo assim,

mesmo que uma determinada Corte incompetente para tanto não adote aquele entendimento, ela não terá poder para modificar a eficácia do precedente, inexistindo, por consequência, sua superação, permanecendo a *ratio decidendi* em vigor. No máximo, essa não aplicação será caracterizada como uma superação antecipada. Em sentido aplicável, e não sendo a hipótese de superação antecipada, tratar-se-á de decisão em *error in judicando* ou *error in procedendo* (PEIXOTO, 2019, p. 210, apud ROSITO, 2012, p. 307; MACÊDO, 2014, p. 391).

Ainda pode ocorrer a superação de forma expressa ou implícita, muito embora não seja recomendável, já que gera problemas práticos que dizem respeito à insegurança jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 212). Nesse sentido,

há uma burla das condições para a superação de precedentes, mencionadas abaixo, o que reforça o repúdio à utilização pelas Cortes da modalidade implícita da técnica, já que todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado, além de não atentar, com isso, para o dever de autorreferência (BUSTAMANTE, 2012, pp. 388-389 apud PEIXOTO, 2019, p. 212).

A superação implícita parece mostrar outro problema diante do direito processual brasileiro, vez que a decisão é considerada não justificada pela inteligência do art. 489, § 1º, VI, do CPC: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento”.

É importante lembrar que a superação implícita pode ser confundida com a transformação do precedente – *transformation* –, também chamada de superação furtiva – *stealth overruling* (PEIXOTO apud FRIEDMAN, 2019, p. 213). Mais que isso,

as duas ocorrem sem que haja manifestação expressa da Corte sobre a superação do precedente, muito embora tanto em uma como na outra seja possível constatar a negação do conteúdo do precedente (apud MARINONI, 2016, p. 344). A grande dessemelhança entre elas seria a forma de argumentação do tribunal. Enquanto na superação implícita tem-se um novo precedente, embora não se faça menção expressa à mudança de posicionamento, na transformação o precedente é efetivamente incompatível com o anterior, mas há uma tentativa de compatibilização de ambos os resultados. A diferença, no fim das contas, é apenas aparente e seria, em tese, a segurança jurídica e a igualdade (apud EISENBERG, 1998, p. 134). Assim, seria utilizada nas hipóteses em que o tribunal ainda não se sente preparado para realizar a revogação, embora reconheça a inadequação do entendimento anterior. Então, de forma a ir preparando uma futura revogação, ele modifica o precedente, mas tenta disfarçar a mudança, realizando uma compatibilização que não é possível. Ocorre que a transformação apenas dificulta o trabalho dos outros tribunais e dos jurisdicionados que enfrentam uma complexa situação em que o tribunal modifica o precedente de forma incompatível com o anterior, mas mesmo assim tentar realizar a compatibilização (apud GOMES, p. 9-10) (PEIXOTO, 2019, p. 213-214).

Algumas críticas surgem para demonstrar melhores formas de promoção da segurança jurídica e da igualdade, tais como a não superação e a modulação da eficácia temporal da superação. Em outras palavras,

a transformação aparenta ser uma técnica que deve ser abandonada justamente por não se prestar à sua própria função, que seria uma espécie de “superação implícita ao quadrado”, pois, no caso, o tribunal, além de superar o precedente sem indicar expressamente que o fez, ainda tenta argumentar pela compatibilidade do novo posicionamento com o antigo. Incumbe ao tribunal, em tais hipóteses, utilizar-se de técnicas que possam, de fato, promover as próprias justificativas da adoção do *stare decisis*, sem dificultar mais ainda o trabalho das demais Cortes na interpretação de seus precedentes (PEIXOTO, 2019, p. 214).

Portanto, a superação de precedentes não se limita a superar uma tese jurídica padrão que se amolda ao caso concreto, é necessário que se atente às particularidades do evento em análise.

Cabe lembrar que devem ser respeitados limites impostos aos órgãos julgadores de base. Assim, pensando na organização do judiciário como uma hierarquia, os juízos de base serão representados pelos magistrados das unidades do judiciário (Varas) e crescem no sentido dos tribunais e Cortes superiores.

Nesse sentido, parece ser mais eficaz que o precedente seja superado de forma explícita, a fim de que não incida em decisão não justificada, do ponto de vista do art. 489, § 1º, VI, do CPC. Ainda se ressalta que a superação de precedentes assegura o princípio da igualdade e da segurança jurídica, vez que parece moldar os paradigmas às realidades sociais, econômicas, políticas e jurídicas da sociedade.

## 4.2 A Teoria da Argumentação como elemento para superação de precedentes

A argumentação jurídica é base do neoconstitucionalismo. Essa nova linha pós-positivista se baseia na qualificação das regras e a distinção dos princípios que, por sua vez, merecem destaque por serem os responsáveis por suprir a falta de normas quando existem lacunas, garantindo a inafastabilidade da jurisdição.

Assim, o magistrado deverá utilizar como subterfúgio a ponderação entre regras e princípios, além dos precedentes e jurisprudências para finalmente proferir decisão que ampare melhormente as noções de justiça.

Sobre esta vertente, Dworkin (2002, p. 163) aponta que

[...] as partes não podem ter mais, no que toca à decisão do juiz, do que o melhor juízo deste. Não obstante, elas têm direito a seu melhor juízo a respeito da questão de quais comportamentos não são racionais [...]. Em outras palavras, as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos. [...] Se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito.

Por esse viés, o Direito Processual Civil não pode ser estudado apenas como um produto acabado, criado por ato legislativo, mas como um norte a ser seguido que tenha como destino final a decisão judicial que melhor se encaixe ao caso concreto. Assim, até que se chegue a decisão, é necessário que se trace caminhos através de uma ótica racional do conjunto de ideias que a compõe para oferecer respostas ao próprio Direito, aos seus operadores e a justiça.

Esse novo caminho se vale de inúmeros instrumentos para chegar à decisão do caso concreto mais sensível ao contexto e utilizando informações de outras ciências, sobretudo, de cunho axiológico.

Entende-se, por meio do neoconstitucionalismo, a preocupação pós-positivista pela solução do caso através do “melhor direito” ou do mais justo, o que parece demonstrar a revitalização da razão prática no âmbito jurídico.

Nesse sentido, a interpretação constitucional diferenciada do tradicional garante efetivamente a concretização da norma constitucional através, principalmente, dos princípios que devem ser vistos como normas fundamentais do sistema como um todo.

Nada obstante, “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com as tradicionais doutrinas da hermenêutica jurídica.

Sobre o assunto Alexy (2014, p. 34) explica que

a tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode “exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade.

Sobre a Teoria, Atienza (2000, p. 18) explica que “a teoria da argumentação jurídica atinge três campos: a) o da produção de normas; b) o da aplicação de normas; c) o da dogmática jurídica”.

O primeiro se atem à fase legislativa das normas. O segundo pretende elucidar os chamados *hard cases* ou casos difíceis relativos à interpretação e aplicação do direito. O terceiro oferece aos órgãos jurídicos responsáveis pela atividade de criação e aplicação de normas, critérios auxiliares no processo de tomada de decisão, quando uma norma deva ser aplicada ao caso concreto (ATIENZA, 2000, pp. 18-19)

Dessa forma, a Teoria surge com o fim de auxiliar os julgadores a argumentar racionalmente diante do dever de justificar as suas decisões, sobretudo em casos complicados, tendo em vista que eles não podem se afastar da atividade jurisdicional. Nela, destacam-se dois teóricos da teoria, Alexy e Dworkin, que possuem ideias divergentes.

Alexy (2008, pp. 90-91) entende que as normas seriam cumpríveis ou não a medida que os

“Princípios são [...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é [...] qualitativa, e não de grau.”

Muito embora, tenha a sua atenção voltada para os princípios para que se satisfaça a solução do caso concreto, Alexy imputa aos julgadores um dever procedimental, no qual deve-se ater às regras e normas para alcançar a decisão racional (ALEXY, 2014).

O ponto crucial da Teoria desenvolvida por Alexy é ponderação existente entre regras e princípios, os quais “são razões de tipo diferente. Os princípios são sempre *prima facie*; as regras são razões definitivas” (ALEXY, 2002, p. 101). Assim, “os princípios tendem a ser relativamente gerais porque não estão referidos aos limites do mundo real e normativo” (ALEXY, 2002, p. 103).

De toda forma, Alexy (2002, p. 86) entende haver a necessidade dos “mandados de otimização”, pelos quais “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 2002, p. 86).

Dessa forma, Alexy (2002) busca acima de tudo ponderar os princípios a fim de que se atinja a melhor das possibilidades constantes no mundo jurídico.

Dworkin (2002), por sua vez, demonstra um entendimento substancialista, à medida que se preocupa com a realidade e a coerência do sistema político-jurídico, abandonando a “formulação de procedimentos para ‘corretamente’ utilizar regras ou princípios” (SCHMITZ, 2015, p. 142).

O teórico entende que a raiz da interpretação é a busca da intenção:

[...] interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele é ele pertence. [...] Um participante interpretando uma prática social [...] atribui valor para a prática descrevendo algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios aos quais a prática serve, expressa ou exemplifica. (DWORKIN, 1986, p. 52)

Essa linha de pensamento oferece riscos devido à grande possibilidade de interpretações divergente para o Direito (DWORKIN, 1986).

Como solução, Dworkin (2002, p. 39) indica que as regras devem ser aplicadas “à maneira do tudo-ou-nada” e, baseado nessa premissa, seriam consideradas válidas ou inválidas para a construção da decisão jurídica.

Dworkin (2002, pp. 42-43) ainda esclarece que os princípios teriam uma dimensão de peso, de modo que, em caso de conflitos, um deles outro adquiriria maior importância sem que o outro deixasse de ser válido.

Esse entendimento é fundamental neste trabalho, tendo em vista que ao assumir a existência dos princípios jurídicos anteriores à decisão, Dworkin nega que o juiz possa “criar” o Direito.

De tal maneira, ambas as teses coadunam para impor ao intérprete a aplicação no sentido que compreender mais apto a atingir um resultado determinado. Assim, cabe ao magistrado analisar os princípios a fim de proferir decisão jurídica que as respeite, mesmo que isso cause a ruptura de um entendimento consolidado anteriormente.

Por sua vez, o procedimento do discurso jurídico tem o condão de corrigir os enunciados regulativos, caso necessário, ele deve ir além da idealidade do discurso.

Toledo (2005, p. 49) explica que

há regras que regem o discurso, as quais variam um pouco de autor para autor, mas que têm seu cerne, sua ideia nuclear inalterada. São as regras requisitos imprescindível para a aferição da racionalidade de qualquer discurso prático. Isto é, tudo pode e deve ser objeto do discurso, tanto o conteúdo de suas regras – que são, por sua vez, a forma do discurso – quanto a própria forma dessas regras, isto é, a forma da forma do discurso. São elas as regras fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação, de transição, além de delinear as formas de argumento do discurso prático.

Mais que isso, Alexy (1997, p. 19) aponta que as diferentes formas de se pensar o Direito podem gerar diversas decisões jurídicas. Portanto, parece ser impossível resolver um caso concreto a partir de um silogismo envolvendo somente uma lei formulada abstratamente.

Muito embora, se pense que os dois teóricos sejam diferentes, é interessante notar que convergem para que se busque criar regras metodológicas hábeis a satisfazer o caso concreto diante das possibilidades, utilizando-se racionalmente mais correta

Por esse viés, uma única palavra, no contexto da norma jurídica, possui diversos sentidos que, dependendo de qual lhe seja atribuído, chegar-se-á à decisão mais correta. Importante destacar a necessidade de justificação racional da interpretação da norma jurídica para que as decisões sejam efetivamente fundadas e legítimas, a fim de que se assegure o Estado Democrático de Direito.

Em alguns casos essas decisões não são totalmente pautadas por normas, regras e dogmas jurídicos, o juiz, entre várias soluções possíveis, deverá escolher utilizando o juízo de valor (ALEXY, 2014, pp. 19-20). Mais que isso, Alexy (2014, p. 275) explica que

a necessidade de um discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva [...]. Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático) concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente de maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante princípios da maioria e da representação.

Diante do que Alexy coloca, as regras de elaboração do discurso e utilização dele conferem racionalidade ao próprio discurso jurídico, e baseado nela, chega-se à conclusão do “melhor direito”. Desse modo, afasta a normatividade absoluta do Direito, em outras palavras, afasta o direito positivo e, eventualmente, o *Civil Law*, trazendo para a realidade a necessidade do *Common Law*, baseado nos juízos de valor e dever, alcançados através do argumento, fundamentado nas regras do discurso.

Nesse sentido, “nenhuma fonte positiva do Direito seria capaz de superar as barreiras da linguagem e que, dessa forma, somente o intérprete, através do exercício de seu

poder discricionário, poderia decidir questões não previstas nos enunciados normativos” (HART, 2012 apud PEREIRA, 2016, p. 30).

Sob esse aspecto, o Direto, como fonte positiva, parece perder credibilidade e fomenta o crescimento do decisionismo argumentativo representado pela “*commonlização*” do ordenamento jurídico sedimentado no *Civil Law*, muito embora, não deva haver liberdade plena para conceitos morais subjetivos dos julgadores, diante da possibilidade das decisões arbitrárias. Assim, o juízo de valor deve mostrar-se da forma mais objetiva possível.

Todavia, esse entendimento, por mais objetivo que possa parecer, não é eternamente absoluto, visto que a verdade é provisória.

A teoria da verdade aristotelicamente formulada é assim superada, pois não mais se considera a verdade como a correspondência da asserção à realidade, mas algo construído discursivamente, o que significa ser científico o resultado do consenso fundado, alcançado em relação ao objeto estudado. A verdade não está no mundo presente, na natureza, mas é produção natural humana. É subordinada assim, à refutabilidade, conforme expõe Karl Popper, a qual é necessariamente inerente à ciência, sob pena de suas conclusões tronarem-se dogmas (inquestionáveis, portanto) (TOLEDO, 2005, p. 50).

Assim, o que é verdadeiro não será sempre verdade, podendo ser negado ou superado, graças à descoberta de uma nova verdade sobre o que já foi verdadeiro.

Portanto, a Teoria da Argumentação jurídica parece se mostrar como o meio pelo qual se é capaz buscar a validade da fundamentação racional do discurso jurídico, o que garante aspecto científico ao Direito e efetiva o Estado de Direito Social (TOLEDO, 2005, p. 48)

Para Toledo (2005, p. 50), o aspecto científico do Direito lhe é atribuído pelas regras que norteiam a argumentação jurídica, dado como certo aquilo que é possível diante do discurso racional.

Essa análise parece ser feita por Alexy (2014, p. 36-37) ao explicar que, muito embora sejam traçadas regras para o discurso jurídico nem sempre se chegará ao resultado esperado pela argumentação, mas o que se pretende por meio dela é a exclusão das impossibilidades, deixando somente os discursos possíveis.

Nessa linha, o argumentação nem sempre trará a resposta correta ao caso, mas será responsável por excluir as possibilidades de respostas incorretas, libertando somente as que forem hábeis à satisfação do caso, afinal o Direito não deve ser visto como norma pronta e acabada, pelo contrário, por ser Ciência Social, muda constantemente graças às mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Tais regras são vitais, ainda que não sejam capazes de produzir uma certeza, por serem instrumentos capazes de criticar as fundamentações que não se baseiam na racionalidade. (ALEXY, 2014, pp. 37-38). Nesse ponto, os precedentes judiciais se encontram, posto que as regras de justificação devem ser analisadas na elaboração das decisões judiciais.

Assim, a racionalidade do discurso jurídico, deve ser vista como instrumento hábil a efetivar a legislação e exercer controle sobre as decisões judiciais, libertando a sociedade dos grilhões da arbitrariedade e, como consequência, efetiva o Estado Democrático de Direito, como o Estado que se justifica pelas suas decisões, sobretudo diante da ponderação principiológica.

Nesse sentido, merece destaque a utilização dos precedentes jurídicos como forma de justificar das decisões judiciais.

#### 4.2.1 A fundamentação das decisões judiciais por meio dos precedentes

Como esclarecido anteriormente, o precedente judicial é obtido através da decisão que servirá de modelo para o julgamento de um caso análogo desde haja a presença de circunstâncias relevantes fáticas e jurídicas. Neste trabalho, também fora destacado o papel do precedente jurisprudencial como fonte do direito e a doutrina do *stare decisis* e sua importância ao sistema do *Common Law*.

Nesse passo, o neoconstitucionalismo se desenvolve a ponto de explicar que a mera aplicação legislativa não garantirá a segurança que merece as relações jurídicas (MARINONI, 2009, p. 54), trata-se da aproximação metodológica ocorrida entre o *Common Law* e o *Civil Law*, ou seja, o sistema de precedentes é baseado na norma legal e é vislumbrado no cenário contemporâneo, em detrimento da sociedade globalizada ter criado o anseio pela “*commonlização*” do instituto do *Civil Law*.

Sobre o processo de junção dos sistemas, Streck (2013) explica que “o projeto desloca o discurso de validade da lei em direção à decisão judicial. Sendo mais explícito ainda: conforme o projeto, o direito é aquilo que os tribunais superiores dirão que é”.

Nesse sentido, a lei será afastada para que o Ativismo Judicial tome frente e seja o único meio pelo qual será possível a solução de conflitos (HEIL, D. M; STAACK, A. L., 2015).

No Brasil, adota-se o misto de teorias e de doutrinas, graças às influências sofridas pelo constitucionalismo estadunidense e, no âmbito infraconstitucional, às inspirações romano-germânicas:

O Sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras coficações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, contrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. (...), de óbvia insipiração no common law. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do common law (...). (Fredie Didier Jr., Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, vol. 1, 14.<sup>a</sup> edição, 2012, p. 42).

Contudo, existem falhas na “*commonlização*” à brasileira (STRECK, 2013):

[...] é neste ponto — a *Commonlização* — que aparece a questão mais grave. Gravíssima. Ninguém está se dando conta que, com o projeto, qualitativamente, há uma grande chance de perda no nosso sistema decisório, porque de um lado, o projeto não combate a possibilidade de o STJ e o STF continuarem a decidir discricionariamente, e de outro ele atribui, irrefletidamente, efeito vinculante para a quase totalidade das decisões desses tribunais (inclusive dos *obter dictum*).

Por isso, o entendimento que se compartilha aqui, é o mesmo de Didier Jr. (2012, p. 43), ao explicar que pelas peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, não se pode falar na em “*commonlização*”, mas o melhor termo seria a “*brazilian law*”.

Mais que isso, o erro induzido pela nova forma de se pensar no sistema jurídico brasileiro confronta a utilização dos precedentes, porque eles são responsáveis por garantir a segurança das relações jurídicas, de toda sorte, a falha não é absoluta, tendo em vista que para a utilização do precedente, são estabelecidos critérios a serem seguidos e que afastam ou pretendem afastar a figura do Protagonismo Judicial, justificando dessa forma a necessidade evoluir o Direito para a “*Commonlização*”.

#### 4.2.2 A Teoria da Argumentação como elemento no controle dos sistemas de precedentes

Como já foi estabelecido, o precedente judicial se mostra como um critério de racionalidade da decisão judicial, uma vez que sua essência é caracterizada pelo elemento de coerência e de estabilidade para todo o ordenamento jurídico.

Rottleuthner (apud ALEXY, 2014) aponta que como disciplina normativa, a ciência jurídica deve ser entendida como uma teoria de argumentação. Mais que isso, Rodig (apud ALEXY, 2014) adverte que os juízes não são capazes de decidir somente com base na capacidade de tirar logicamente conclusões válidas.

Nesse raciocínio, Alexy (2014, p. 263) assevera que a necessidade de estabilidade mínima do sistema impede a modificação injustificada das razões que levam à determinada conclusão e de universalização de critérios de julgamento, o princípio da inércia. Desse ponto de vista, uma decisão só pode ser mudada se forem apresentadas razões suficientes para isso. Parece versar sobre a superação de precedentes.

Assim, “a racionalidade da limitação imposta pelo uso dos precedentes decorre da constatação que existe uma considerável margem do discurso possível e que não se pode preencher essa margem com soluções mutáveis e incompatíveis entre si, o que iria de encontro com a exigência de consistência e o princípio da universalidade” (GONZALEZ apud ALEXY, 2018).

Seguindo essa linha, o discurso jurídico é o responsável por alterar um precedente, desde que se arrazoe a decisão responsável por alterar a *ratio decidendi*.

Perelman (apud CAMARGO, 2011), por sua vez, salienta que o caminho para mudança das justificativas decisórias não deve perseguir a racionalidade, mas procurar se adequar à vida prática por meio da razoabilidade e, conseqüentemente, persuadir a plateia do discurso.

Todavia, a aplicação desses elementos de persuasão não são absolutos. Alexy (2014) explica que há limite dentro das possibilidades de argumentação. O julgador precisa ter como norte o objetivo de garantir a segurança jurídica e a confiança na aplicação do direito, expurgando a prática de automatização dos juízes por meio da mera reprodução das decisões judiciais.

Isso porque, como esclarece González (apud MOTTA; MAURÍCIO, 2016, p. 102) “visualizamos o comodismo como tradição na fundamentação das decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais brasileiros, as quais repetem as jurisprudências colecionadas ou afirmam a preferência por um precedente sem qualquer esforço argumentativo”.

Esse sentimento conservador de que replicar as jurisprudências ou reafirmar precedentes sem que haja qualquer investida, fomenta a discricionariedade decisória à luz do princípio da universalidade, em contrapartida “a integridade impede que o juiz utilize

precedentes isolados em sua fundamentação devendo observar a totalidade da prática jurídica” (GONZÁLEZ apud MOTTA; RAMIRES, 2016).

Portanto, embora os magistrados devam se ater aos precedentes, é necessário atentar para que não ocorra o ativismo judicial arbitrário, vez que a aplicação dos paradigmas deve servir de norte, e como consequência será dada interpretação que deve, por sua vez, respeitar a integridade que impõe limites aos magistrados.

Nesse sentido, Streck (2016) explica que

a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas (STRECK, 2016, p. 158).

Portanto, de acordo com os princípios da universalidade e da inércia, não há impedimentos para que dois casos iguais, nos aspectos mais relevantes, sejam decididos de forma diferente justamente porque a valoração das circunstâncias relevantes mudou (GONZÁLEZ, 2018). Logo, não se deve atentar unicamente ao princípio da universalidade, mas também à integridade do ordenamento jurídico.

Desse ponto de vista, o precedente deve ser mantido e, caso queira alterá-lo a fim de obter a decisão mais correta, a argumentação também ficará à cargo daqueles que desejam afastar as situações que à primeira vista parecem ser iguais, em seus aspectos relevantes (ALEXY, 2014, p. 263).

Para isso, Alexy (2014, p. 265) apresenta duas regras que dizem respeito ao uso dos precedentes: quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; quem quiser afastar de um precedente, assume a carga de argumentação.

Nesse seguimento, essas regras parecem ser oriundas da importância das técnicas de divergência do uso de precedentes (*distinguishing* e *overruling*) que, por sua vez, possuem em sua essência a obrigação de argumentar (ALEXY, 2014), visando manter a coerência proposta pelo sistema de precedentes.

Portanto, o precedente deve ser contextualizado, podendo o julgador negar a sua aplicação, “caso entenda que no caso concreto não exista analogia suficiente para aplicar o precedente (*distinguishing*) ou quando o contexto jurídico que autorizou a sua produção encontra-se alterado (*overruling*), desde que haja fundamentação mínima que supere a mera reprodução do paradigma” (GONZÁLEZ apud MOTTA; RAMIRES, 2016).

A utilização dessas técnicas retoma ao ponto de partida teórico presente na argumentação jurídica. Mais que isso, Silva (2011, p. 366) aponta que os instrumentos hábeis a mudar os precedentes possuem lacunas que devem ser preenchidas.

Nesse aspecto, destaca-se a Teoria dos Direitos Fundamentais que parece remontar, através da argumentação e da sua metodologia, a essência da decisão judicial e consolidando aquilo que se entende como neoconstitucionalismo, posto que o que se pretende em relação a aplicação dos precedentes é a “melhor” decisão ou a decisão mais correta.

Afinal, de acordo com o que foi abordado no presente capítulo, diante da necessidade da existência dos precedentes, deve existir também a possibilidade de modificá-los, já que as circunstâncias fáticas-jurídicas podem ser diferentes no caso concreto onde o paradigma foi invocado.

Mais que isso, falar-se em mudança diz respeito a oportunizar um momento para debate das teses jurídicas já invocadas, nesse aspecto, salienta-se o papel da argumentação jurídica, tendo em vista que esta possibilita discutir racionalmente o que já havia sido fixado para fins de adequação à decisão que soluciona melhor o caso concreto.

## 5 SÍNTESE CONCLUSIVA

A presente pesquisa se dispôs a aprofundar o estudo acerca da problemática que envolve o dever de fundamentação das decisões judiciais, do ponto de vista que este princípio é fundamental para a construção de uma argumentação jurídica sólida passível de mudar o posicionamento consolidado através dos precedentes judiciais.

O fato decorrente de uma acepção histórica enraizou-se durante a década de 90 e, Delgado (1991, p. 37-38) já apontava que a obrigatoriedade do juiz de motivar as decisões judiciais não recebia, entre os juristas brasileiros, o destaque que era merecido e dado pela doutrina estrangeira.

Nesse contexto, os juízes se limitavam a mera aplicação jurisprudencial ao caso concreto sem sequer analisar o seu cabimento, fato que ocorria graças a presença de modelos prontos de peças processuais, demonstrando o descompromisso do Estado com o povo, através da atuação caótica do Poder Judiciário.

Aprofundou-se no deslinde do trabalho, o entendimento acerca da utilização dos precedentes judiciais e das suas formas de utilização, ainda que se baseiem na superação ou distinção dos precedentes.

Entretanto, antes de ingressar no estudo do tema principal aqui abordado, foi necessário traçar caminhos basilares para a sua compreensão. Tal percurso analisou que as bases neoconstitucionalistas e neoprocessualistas, que põe em destaque os direitos fundamentais, foram essenciais para a evolução do direito humanístico, já que essa nova concepção coloca os princípios do direito como paradigmas decisórios que devem ser seguidos quando da fundamentação de uma decisão judicial.

Durante o trabalho, buscou-se traçar pontos vitais à aplicação dos preceitos neoconstitucionalistas. Muito embora, se fale na valoração dos princípios e nos pontos humanos, não há o rompimento total com o regramento positivista. O que se analisa enquanto características neoprocessualistas e de um novo constitucionalismo, é a aplicação conjunta de normas e valores humanos, de modo a afastar as leis quando estas violam quaisquer direitos fundamentais.

Cabe destacar que as novas facetas do processo só passam a se desenvolver no período pós Segunda Guerra Mundial, embora seus traços já estivessem desenhados quando da instituição de um Estado Democrático de Direito, onde o Estado tem seu poder limitado em face de leis.

O desenvolvimento dessa concepção estadista se desenrola, principalmente, no período da Renascença, mas só passa a ser efetivamente consolidado após a Guerra, já que surge novos debates acerca dos direitos humanos.

Antes do período renascentista, havia a predominância do absolutismo, onde o rei é a figura superior do Estado e nada estaria abaixo dele. Dessa maneira, a forma de governo era permeada de arbitrariedades cometidas pelo rei, já que ele não estava adstrito a nenhuma legislação que limitasse seu poder, podendo fazer o que quisesse ao tempo que quisesse.

Assim, nascem novos pensadores que começam a colocar o homem como o centro do universo, dando destaque ao ser humano e imputando a este valor axiológico que permite reconhecer o mínimo do direito fundamental.

Esse novo reconhecimento que coloca o homem como centro do universo embasa o surgimento do período renascentista, difundido por pensadores como Locke, Montesquieu e Rousseau, é o desrespeito das decisões em relação aos direitos fundamentais, sob a falsa perspectiva de aplicação da norma. Tal característica pode ser vislumbrada ainda no período da Segunda Guerra, já que assim como no Estado Absoluto, a lei deveria vigorar em face do princípio da legalidade.

Nesse sentido, o novo processo constitucional volta a sua atenção à argumentação jurídica, baseada na racionalidade. Posto que já não era mais suficiente a mera aplicação normativa condicionada ao cumprimento de um princípio que violava direitos fundamentais, o da legalidade.

O desenvolvimento argumentativo abordado nesta pesquisa analisou as teorias desenvolvidas por Robert Alexy e Ronald Dworkin que parecem ser contrárias, mas se encontram, posto que pretendem construir uma atividade argumentativa que fundamente corretamente e de forma mais justa a decisão de um caso concreto, de modo a afastar quaisquer arbitrariedades do Poder Judiciário, fato condicionante do Estado Democrático de Direito e do superprincípio da segurança jurídica.

Sob essa realidade se analisa ainda o dever de fundamentação das decisões judiciais, já que o juiz passa a ter a obrigação de motivar seus atos, a fim de que não ocorra mais arbitrariedades. Todavia, a fundamentação, em determinados casos, deve suprir a lacuna deixada pelos demais poderes, o que, por vezes, acarreta no fenômeno do ativismo judicial e pode levar a novas arbitrariedades do Poder Judiciário, podendo inclusive violar os preceitos inerentes a tripartição do poder, previsto na acepção republicana.

Desta feita, ocorre que a fundamentação dos atos judiciais precisa legítima, a fim de que se garanta a segurança jurídica determinada pelo Estado Democrático de Direito e a continuação da República.

Destacou-se no trabalho que o Brasil implementou essa regra através de normas constitucionais, tendo em vista que alguns magistrados ainda utilizavam o subterfúgio do livre convencimento motivado, o qual se choca frontalmente com as novas concepções do direito humanístico. Esse regramento constitucional foi fundamental para a extinção da mera reprodução legislativa, o que contribuiu para a extinção do “juiz boca de lei”.

Nada obstante, o Código Processo Civil trouxe novamente, no ano de 2015, como regra infraconstitucional, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Desse modo, expôs através do art. 489, §1º, incs. V e VI, respectivamente, que a mera aplicação da lei ao caso concreto não demonstra fundamentação judicial e que havendo precedente, ele deve ser seguido, muito embora este deva ser fundamentado, e quando houver razões para não aplicação do entendimento cabe fundamentar para que ocorra a distinção ou superação do paradigma.

Dessa forma, o magistrado passa a ter a função de analisar cada caso concreto e utilizar o instrumento técnico racional para fundamentar adequadamente, através do discurso argumentativo jurídico, a decisão aos valores fundamentais.

Isto posto, parece notório que o neoconstitucionalismo consolidou o Estado Democrático de Direito, tendo em vista as suas premissas argumentativas que efetivam a segurança jurídica principiológica dos direitos fundamentais. Nesse contexto, destaca-se o papel vital das teorias argumentativas de Alexy e Dworkin, que garantem maior legitimidade às decisões judiciais que devem ser fundamentadas a fim de que se encontre o “melhor direito” ao caso concreto.

Cabe ressaltar que esses novos caminhos processuais dão margem para o ativismo judicial negativo, possibilitando aquilo que deveriam conter: as arbitrariedades do Poder Judiciário e o rompimento com a divisão de poderes prevista no Estado republicano.

Portanto, repisa-se: o dever de motivar as decisões judiciais é fundamental, pois analisa qual o argumento utilizado para que não ocorra o abuso principiológico que poderá ser realizado pelo magistrado e, ainda que isto ocorra, que seja visando responder ao caso concreto com a melhor forma de se pensar ao direito que lhe cabe, isto é, a aplicação da resposta única, vista em Dworkin.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: a teoria do discurso racional como técnica da fundamentação jurídica. Tradução de Manuel Atienza. Segunda edición en español. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil brasileiro**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. Delimitação Histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições Brasileiras e suas Dimensões. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivacion de la sentencia. In.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo]. In.: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. In.: **Revista da AGU**, v.15, n.3, 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BECHO, Renato Lopes. **A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários**. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1892>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In.: GOLDSTEIN, Laurence (Ed.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Especial 392108 RS 2013/0303529-3.** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Decisão Monocrática. DJe 03/12/2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In.: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?.** Porto Alegre: Safe, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 29ª ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

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](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em: 22 abr. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DELGADO, José Augusto. **A sentença judicial e a constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Revista Jurídica, v.39, 1991.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMATE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In.: **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, v. I, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil, introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª ed., v. 2, Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Remessa necessária**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/23/remessanecessaria-art-496-cpc2015/>. Acesso em 15/11/2017. Acesso em 20 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça a Função social do Judiciário: a forma do conteúdo**. 3ª ed. São Paulo. Ática, 1997.

FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma da expressão do direito**. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 51, 1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Devido processo legal e fundamentação das decisões**. In.: Revista de direito tributário, n.63, 2001.

GONZÁLEZ, Rebeca Peixoto Leão Almeida. **A utilização da teoria da argumentação jurídica como critério de controle de aplicação dos precedentes judiciais**. Conteúdo

Jurídico, Brasília-DF: 17 maio 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52349/a-utilizacao-da-teoria-da-argumentacao-juridica-como-criterio-de-controle-de-aplicacao-dos-precedentes-judiciais>. Acesso em: 17 maio 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GORON, Lívio Goellner. **A jurisprudência como fonte do direito**: a experiência anglo-americana. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr. 2004.

HEIL, D. M; STAACK, A. L. **O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal**. E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, ago/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Do arbítrio à razão**: reflexões sobre a motivação da sentença. Trad. Tereza Celina de Arruda Alvim. Revista de Processo, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1983.

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

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Temas Atuais de Processo Civil, v. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->. Acesso em: 25 abr. 2020.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2015.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. 253f. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In.: **Revista de Processo**, v. 172, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. A aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In.: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico português: inglês – inglês – português/português – english – english – portuguese**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. In.: **Universitas Jus**, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logicaascensao.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.  
MIRANDA, Tássia Baia. **Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano**. 2006. 54 ff. Monografia (Conclusão do curso) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Belém.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In.: **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOTTA, Francisco José Borges, RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In.: STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**. Coerência e integridade. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In.: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 199, set. 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In.: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A força das decisões judiciais**. *Revista de Processo*, v. 216, fev. 2013.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvidos pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)**. *Revista de Processo*, v. 248, mar. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.248.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.248.14.PDF). Acesso em: 24 de maio de 2021.

PEREIRA, Gabriel Silva. **Seriam deuses os juízes? Abuso dos princípios e decisionismo judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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\\_%C3%A9todos\\_de\\_identifica%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_ratio\\_decidendi\\_dos\\_precedentes\\_judiciais](http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais). Acesso em: 25 abr. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix Ltda. 2008.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. In.: **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, abril 2010.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAUER, Frederick. **Precedents**. Stanford Law Review, Stanford, v. 39, 1987.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536830>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

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

SILVA, Almiro do Coelho e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999)**. In.: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In.: STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**. Coerência e integridade. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law!** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In.: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.) **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Veredas do Direito: Belo Horizonte, 2005.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. A sinalização na superação do precedente. In.: **Revista de Processo**, vol. 276, Fev./2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula Vinculante: desastre ou solução? In.: **Revista de Processo**, v. 98, abr. 2000.