

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-555-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A presente coletânea é formada por artigos selecionados para integrar o Grupo de Trabalho “Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (realizado entre 15 de novembro e 17 de novembro de 2017, em São Luís). Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review (“duplo cego”), apto a assegurar isenção e idoneidade na seleção dos artigos que ora apresentamos.

Devido a vários artigos versarem sobre a análise da Teoria de Justiça de John Rawls, resolvemos dedicar a primeira parte desta obra para tratar dos sete artigos que analisaram esta Teoria.

Fernando César Lopes Cassionato e Daniela Menengoti Ribeiro abordam em seu artigo “A escolha na ‘posição original’ de John Rawls: o idealismo de um utilitarista crítico no utilitarismo”, os princípios desta teoria, os fundamentos de sua argumentação e os argumentos favoráveis à defesa do princípio da diferença, refletindo sobre as falhas ao não compensar as desigualdades naturais (falha reconhecida pelo autor) e a consequência de certas escolhas subsidiarem injustamente outras.

Já, José Eduardo Ribeiro Balera, no texto “A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin, examina os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos, resgatando questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral, retomando as críticas à denominada “doutrina da razão pública”, relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Em, “John Rawls: breves noções de consenso sobreposto e a democracia deliberativa”, Roberto Alcântara De Oliveira Araújo e Flávia Moreira Guimarães Pessoa encontram em John Rawls (teoria da justiça como equidade e do liberalismo igualitário) o reconhecimento da existência de um pluralismo de doutrinas filosóficas/morais da sociedade, decerto incompatíveis, mas redutíveis na revelação do consenso fundamental, por meio de argumentos que justifiquem as escolhas sociais.

O texto, elaborado por Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro de Brito Filho, “John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas

realizações” apresenta e compara duas distintas teorias da justiça, a teoria da justiça como equidade de John Rawls e a teoria da justiça focada nas realizações de Amartya Sen, de modo a destacar suas afinidades e divergências.

Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart analisam as ideias de justiça de John Rawls como ideários que privilegiam o Estado Democrático de Direito, como essenciais à inclusão e diminuição das desigualdades materiais que vai ao encontro da missão da Defensoria Pública brasileira, objetivando demonstrar que a atuação da Defensoria Pública, por meio de ações afirmativas adotadas em políticas públicas, atinge os ditames de justiça proposto na Teoria de Rawls.

No artigo “O liberalismo-igualitário de John Rawls como perspectiva de igualdade de oportunidades para transexuais”, Fabiana Barbosa Marra propõe uma atuação estatal de modo a mitigar desigualdades decorrentes de padrões hegemônicos de gênero, utilizando a perspectiva de igualdade de oportunidades de Rawls.

E, fechando os temas referentes à Teoria de John Rawls, Anna Caroline Ferreira Lisboa pauta-se na perspectiva crítica relacionada à organização familiar na Teoria de Justiça de Rawls para construir o texto “A instituição familiar na Teoria da Justiça de John Rawls: uma análise necessária do ambiente de desigualdade de gênero”.

No artigo “A extensão da licença-paternidade e a falta de critérios na utilização de princípios no Brasil”, João Ricardo Holanda do Nascimento e Juraci Mourão Lopes Filho discorrem sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização nos casos de extensão da licença-paternidade, causadora de um sincretismo de teorias.

Rodrigo Maia Bachour e Bárbara Altoé Puppim realizam uma análise retórica dos argumentos utilizados nos Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relativos à tentativa de efetivação dos interinos, à luz das lições de João Maurício Adeodato, no artigo “Uma análise retórica das propostas de emenda constitucional e projetos de lei sobre cartórios”.

Em “A globalização e os direitos humanos em rede: o direito alienígena como ferramenta hábil a fundamentar decisões do Poder Judiciário – o diálogo entre cortes”, Daniel Gomes de Souza Ramos aborda os encontros e desencontros de uma nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado, a partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto.

O texto “A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes, de Geraldo Neves Leite e Andre Beckmann de Castro Menezes, analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, compreendidos no artigo como regras, princípios e diretrizes políticas.

A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil, recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista, pesquisa elaborada por Gisele Santos Fernandes Góes e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre a Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica no Brasil. Oportunidade em que também aproveitamos para externar nossos agradecimentos e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados ao XXVI Congresso do CONPEDI.

Florianópolis/Fortaleza, 23 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ARGUMENTATIVO NO PROCESSO E A
FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM PRECEDENTES NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

**THE NEED FOR ARGUMENTATIVE EQUILIBRIUM IN THE PROCESS AND THE
FOUNDATION BASED ON PRECEDENTS IN THE CIVIL PROCESS CODE**

Gisele Santos Fernandes Góes ¹
Arthur Laércio Homci Da Costa Silva ²

Resumo

A pesquisa recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista. Circunscreve-se à análise bibliográfica, conjugada às interpretações sistemáticas do CPC. Apresenta-se o estado de formação do sistema de precedentes brasileiro, abordam-se as exigências de fundamentação das decisões judiciais contidas no Código, para então discutir o significado das expressões “jurisprudência” e “invocar” contidas no já mencionado artigo, com o objetivo de afastar a sua interpretação literal.

Palavras-chave: Sistema de precedentes, Fundamentação, Decisão judicial, Jurisprudência, Invocação de precedente

Abstract/Resumen/Résumé

The research relies on the article 489, §1, VI of the Code of Civil Procedure, to assess whether its literal interpretation is adequate to what is expected from a precedentalist system. Circumscribes to the bibliographic analysis, combined with the systematic interpretations of CPC. The state of formation of the brazilian precedent system is presented, the requirements for the reasoning of the judicial decisions contained in the Code are discussed, and then discuss the meaning of the terms "jurisprudence" and "invoke" contained in the already mentioned article, with the objective to remove its literal interpretation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: System of precedents, Substantiation, Judicial decision, Jurisprudence, Invocation of precedent

¹ Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora da UFPA. Secretária-Adjunta da Região Norte e Membro do IBDP. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e Procuradora Regional do Trabalho.

² Doutorando em Direito pela UFPA. Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo — ANNEP.

1. INTRODUÇÃO

Com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, foram incorporadas várias normas no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de instituição de um sistema de vinculação de precedentes. Embora já houvesse alguns dispositivos legais prevendo a vinculação de juízes e tribunais a decisões judiciais pretéritas, não se pode negar que o CPC atual foi além, determinando diretrizes e ferramentas para uma nova forma de atuação jurisdicional no Brasil.

Essa mudança não decorreu da evolução do sistema judicial brasileiro, e sim de uma opção político-legislativa, o que enseja uma série de desafios para que a nova dinâmica judicial prevista em lei seja incorporada às práticas judiciárias. Vários problemas de pesquisa sobre o assunto podem ser levantados a partir de então, resumidos nas seguintes questões: o Brasil está migrando para um sistema de *common law*? A imposição legal é o meio adequado para a formação de um sistema de precedentes? O Brasil possui uma sólida teoria dos precedentes a sustentar tal sistema? Os juristas brasileiros dominam as técnicas básicas para atuarem em um sistema precedentalista? O ensino jurídico no Brasil forma juristas com as habilidades necessárias para manejar tal sistema?

Todos esses problemas são de altíssima relevância, e vem sendo estudados na academia brasileira há algum tempo. Já é possível observar o crescente interesse pelo estudo do que se designa “Direito Jurisprudencial” (WAMBIER, 2012), tanto em livros básicos indicados para o curso de graduação, como em estudos avançados a título de pós-graduação *stricto sensu*¹. Além de todos esses problemas, há outro que precisa ser mencionado. Como no Brasil optou-se pela via legislativa para fomentar a formação do sistema de precedentes, é necessário analisar se os dispositivos de lei que tratam da questão foram redigidos de maneira adequada, para que os mesmos não se tornem empecilhos à formação do sistema precedentalista.

O problema do presente trabalho recai na interpretação de um desses dispositivos, o artigo 489, §1º, VI do CPC, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista. Ao tratar do conteúdo das decisões judiciais, CPC indica quando uma decisão judicial não é considerada fundamentada, e dispõe, dentre outras, a seguinte hipótese de ausência de fundamentação: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no

¹ Nas referências bibliográficas consta vasta lista de autores brasileiros, com publicações recentes, que se dedicam a estudar a temática dos precedentes. Muitas dessas obras são frutos de dissertações de mestrado e teses de doutorado apresentadas em programas de pós-graduação *stricto sensu* no Brasil. Por todos, ver: MACÊDO, 2015; LIMA FILHO, 2016; NOGUEIRA, 2014; WOLKART, 2013; PEREIRA, 2017.

caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O presente artigo objetiva analisar as expressões “jurisprudência” e “invocar” contidas no texto legal.

Tal pesquisa justifica-se pela necessidade de compreensão adequada do vindouro. Com efeito, o sistema de precedentes que se pretende formar no Brasil promete racionalizar a jurisdição (BASTOS, 2014), tornando-a mais segura, igualitária e efetiva. Para isso, é necessário que o seu elemento de origem (no Brasil, a lei) seja aplicado da melhor maneira possível, no dever cívico de qualquer jurista: buscar a mais aprimorada interpretação das normas para solucionar problemas. Sendo a insegurança um grave problema do sistema judicial brasileiro, contribuir para a sua diminuição é uma necessidade.

A pesquisa circunscreve-se à análise bibliográfica, conjugada às interpretações sistemáticas do Código de Processo Civil. Inicialmente, apresenta-se o estado de formação do sistema de precedentes brasileiro. Em seguida, abordam-se as exigências de fundamentação das decisões judiciais contidas no artigo 489, §1º, CPC, para então discutir o significado das expressões “jurisprudência” e “invocar” contidas no seu inciso VI, concluindo pela inadequação de sua interpretação literal.

2. PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: UM SISTEMA EM FORMAÇÃO

A legislação atual prevê uma série de regras e princípios que determinam que atos judiciais possuem força vinculante, e devem ser obrigatoriamente observados no julgamento de casos futuros. Para o presente estudo, consideram-se atos judiciais vinculantes os precedentes e súmulas indicados no artigo 927 do CPC.

O precedente judicial, aqui sumariamente definido como a decisão judicial tomada a partir de um caso concreto, cujo(s) fundamento(s) determinante(s) sirva(m) como diretriz(es)/comando(s) para a apreciação de casos futuros semelhantes (TUCCI, 2004) é um elemento característico de todo e qualquer ordenamento jurídico, independentemente de sua tradição originária (DAVID, 2002). A existência de precedentes judiciais é decorrência natural do exercício da atividade jurisdicional. O que se observa de traço distintivo no ordenamento processual brasileiro contemporâneo é a sistematização de normas que estabelecem eficácia vinculante aos precedentes judiciais.

É importante esclarecer que a previsão legal de eficácia vinculante para atos judiciais, por si só, não é o traço inovador do Código de Processo Civil atual². O que se

² O Código de Processo Civil de 1973, revogado pelo Código atual, sofreu, a partir de 1994, uma série de alterações com o objetivo de instituir eficácia vinculante, persuasiva, obstativa e até autorizante para atos judiciais, especialmente para as súmulas (SOUZA, 2007) editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. São bons exemplos dessas alterações: a) O art. 546, com redação dada pela Lei

apresenta vindouro é a pretensão — a partir de sistematização de um conjunto estruturado de normas — de construção de um sistema de vinculação de precedentes.

A criação do sistema não pode ser reconhecida com a simples previsão legal de que precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados por juízes e tribunais em casos semelhantes futuros (BUSTAMANTE, 2012). Ainda que a legislação atual tente conjugar vários dispositivos acerca da eficácia normativa dos precedentes, impondo que os tribunais devam manter o seu conjunto de decisões judiciais estável, íntegro e coerente (926, CPC), isso é insuficiente para a estruturação de um verdadeiro sistema precedentalista. A construção desse sistema exige dois esforços elementares, quais sejam: a compreensão e definição de uma teoria dos precedentes judiciais e a formação de juristas aptos a criarem e aplicarem adequadamente os precedentes judiciais.

A doutrina identifica o Brasil como um país formado a partir da tradição jurídica romano-germânica, inserido na família do *Civil Law* (LOSANO, 2007), na qual se afirma que a lei impera como fonte central do direito, relegando aos precedentes papel secundário, partindo-se da premissa de que as decisões anteriores proferidas pelos tribunais em casos similares, quando muito, apenas orientariam o caminho a ser seguido nos casos seguintes. Diante de tal identificação, é imperioso afirmar que a formação de um sistema de precedentes

8.950/1994, que previa o recurso de Embargos de Divergência, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de servir de parâmetro interpretativo para o próprio tribunal e para tribunais inferiores nos casos similares futuros; b) O art. 481, parágrafo único, acrescido pela Lei 9.756/1998, que dispensava os órgãos fracionários dos tribunais de submeter a análise da declaração da inconstitucionalidade incidental aos seus órgãos plenos, se já houvesse pronunciamento destes órgãos plenos em casos anteriores ou do plenário do STF, relativizando a regra prevista no art. 97 da Constituição Federal; c) O *caput* do art. 557, com redação dada pela Lei 9.756/1998, que dispunha sobre a possibilidade do relator negar monocraticamente o recebimento de recurso manifestamente contrário a enunciado de súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal, do STF ou de qualquer Tribunal Superior, bem como o §1º-A do respectivo dispositivo, que permitia ao relator julgar monocraticamente o recurso na hipótese da decisão atacada estar em manifesto confronto com enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de qualquer Tribunal Superior. Tal situação também se verificava nos recursos aos tribunais superiores, por disposição prevista no art. 544, §4º, inciso I, alíneas “b” e “c”, do CPC, de acordo com a redação dada pela Lei 12.322/2010; d) O art. 475, §3, com redação dada pela Lei 10.352/2001, que inviabilizava o reexame necessário “quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente.” A partir da Emenda Constitucional 45/2004, tal movimento se intensificou, tendo como principal exemplo a criação das súmulas vinculantes, de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, abrindo espaço para diversas outras alterações; e) O art. 518, §1º, com redação dada pela Lei 11.276/2006, que dispunha literalmente: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”; f) O art. 285-A, acrescido pela Lei 11.277/2006, que instituiu o julgamento *prima facie* do mérito “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”, possibilitando que o juiz julgasse a causa sem citar o réu, reproduzindo a sentença dos precedentes usados como base para o julgamento do caso; g) Os arts. 543-B e 543-C, acrescidos pela Lei 11.418/2006, que estabeleceram as técnicas para o julgamento de recursos repetitivos por amostragem perante o STF e o STJ.

no Brasil terá que superar diversas dificuldades, advindas da própria ausência de costume³ na observância dos precedentes como fontes do direito (LIMA FILHO, 2016).

Nos sistemas jurídicos com tradição firmada no *stare decisis*, formados sob os auspícios da tradição jurídica do *Common Law*, foi construída paulatinamente a ideia de que o ordenamento jurídico deve ser pautado na observância dos precedentes judiciais (MARINONI, 2014), com respeito a valores como a previsibilidade e a racionalidade da função jurisdicional. A força normativa dos precedentes, nesses sistemas, é consequência de opções históricas, não necessariamente legislativas, a partir da compreensão de que a aplicação das teses firmadas em decisões passadas era importante para manter a coerência do próprio sistema (DUXBURY, 2008).

Pode-se afirmar que a simples previsão legal da força normativa dos precedentes não garantirá a correta aplicação dos mesmos. Mas também é possível afirmar que ausência de tradição no direito brasileiro na adoção dos precedentes como norma não é barreira intransponível para a formação de um sistema precedentalista. A afirmação dessa impossibilidade deriva de uma falsa percepção de pureza dos sistemas jurídicos contemporâneos, numa estanque classificação ilusória dos ordenamentos jurídicos dentro da dicotomia *Civil Law* x *Common Law*⁴. A doutrina já identifica a incoerência dessa rígida distinção. Nesse sentido,

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *Civil Law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *Common Law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota[va] respeito aos precedentes – o que se afigura altamente noviço aos sistema de distribuição de justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil. (MARINONI, 2011, p. 19).

Percebe-se um caminho de aproximação entre os grandes sistemas jurídicos. No Brasil a aplicação da força normativa dos precedentes não decorrerá de um amadurecimento natural do sistema jurídico, mas sim de imposição legislativa. Parte da doutrina chega a

³ “Uma cultura (adequada) de precedentes — indispensável à sua correta aplicação — não advirá de uma epifania coletiva, ensejada pelo Novo Código, na qual, no instante de sua promulgação, seria revelado aos aplicadores do direito — advogados privados e públicos, juízes, membros do Ministério Público etc. — a melhor forma de analisar e os métodos de argumentação e aplicação adequados para o manejo dos precedentes judiciais. Não, tempo e estudo são essenciais. É de se anotar, inclusive, que, conquanto as cláusulas gerais não sejam uma novidade, até os dias atuais vê-se comumente a dificuldade dos aplicadores em lidar com a sua aplicação. Tentativa e erro fazem parte de uma mudança jurídica e, pois, cultural.” (BURIL; PEIXOTO, 2014)

⁴ Mesmos nos sistemas de *Common Law*, uma das questões mais inquietantes da contemporaneidade diz respeito a uma crescente produção legislativa, que denota também a influência dos clássicos processos de codificação dos sistemas romano-germânicos na tradição jurídica anglo-saxã (MARINONI, 2011).

afirmar que o direito brasileiro está passando por um processo de *commonlização* (STRECK; ABOUD, 2013), sofrendo forte influência do direito anglo-saxão, deixando de estar sob o império da lei, e passando ao império dos precedentes, como fontes centrais para a extração de normas jurídicas. Tal afirmação, no entanto, parte da percepção equivocada de pretensa pureza dos sistemas jurídicos.

A globalização, a evolução social e cultural, a ascensão jurídica dos direitos fundamentais e a superação da premissa liberal de que o juiz tinha função exclusiva de aplicador da lei fizeram surgir um novo paradigma hermenêutico, embasado na ideia de que é impossível aplicar a lei — ou qualquer outra fonte do direito — para a solução de um caso concreto sem realizar ato interpretativo⁵. Não em virtude da pobreza da lei, mas pela necessidade de atribuir ao Judiciário um papel criativo (ZANETI JR, 2015) na concretização dos direitos fundamentais, as decisões judiciais passaram a servir de importante elemento integrativo dos sistemas jurídicos da família romano-germânica, inclusive no Brasil. Por isso, e também pela opção político-legislativa de atribuir força normativa aos precedentes, é necessário adotar uma adequada teoria dos precedentes para o ordenamento jurídico nacional.

Dois são os referenciais teóricos acerca da teoria dos precedentes por ora eleitos para justificar a formação do sistema precedentalista brasileiro. Suas ideias serão apresentadas de forma bastante simplificada, pois não se almeja discuti-los aqui, mas apenas demonstrar como o estudo dessas teorias pode influenciar a formação jurídica no Brasil.

Neil MacCormick (2006) dispensa parte de sua teoria da argumentação jurídica ao estudo da força normativa dos precedentes. Segundo o autor, é impossível dissociar a abordagem da teoria do direito das práticas judiciais, e a partir da análise do raciocínio empreendido pelos juízes ingleses e escoceses revelado nas decisões dos tribunais, busca encontrar a racionalidade inerente a esses sistemas jurídicos. O precedente é o elemento que atribui coerência ao sistema jurídico (BUSTAMANTE, 2012). Ao deixar claro que sua teoria tem uma finalidade ao mesmo tempo descritiva e normativa, MacCormick entende que só é possível compreender a forma como os juízes decidem — interpretam o direito — a partir da análise de suas práticas, delas extraído de forma mais precisa o conteúdo do direito. Nesse

⁵ “A forma de interpretação que estamos estudando — a interpretação de uma prática social — é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica. (...) A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, 2003, p.63-64)

sentido, a existência de precedentes é essencial do ponto de vista da formação do direito, pois só mediante a extração das normas decorrentes dos precedentes é possível construir um sistema jurídico. Mas o que levaria a crer que as decisões proferidas pelos tribunais no passado devem ser observadas pelos juízes do presente e do futuro? Adotando uma concepção de justiça elaborada em John Rawls (2008)⁶, MacCormick reconhece nos precedentes o elemento que viabiliza a importância de tratar as pessoas com equidade, pois proferir respostas para os casos presentes de acordo com os mesmos fundamentos que foram utilizados para interpretar casos passados semelhantes, além de atribuir coerência ao sistema jurídico, atribui um sentido de justiça à atuação dos tribunais.

O tribunal que hoje decide um caso específico entre individuais deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever — de igual importância, de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. (MACCORMICK, 2006, p. 96)

Desse modo, desenvolve sua teoria institucionalista firmada na percepção de que um sistema jurídico justo exige o dever de coerência dos tribunais, que só é possível de ser cumprido com a observância dos precedentes como normas de justiça.

Outro suporte teórico relevante para a análise da aplicação de precedentes com força normativa é a teoria de Ronald Dworkin. Nominada de “direito como integridade” (DWORKIN, 2003), afirma-se da seguinte maneira: aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas nas decisões passadas; supõe que a vinculação beneficia

⁶ Parte-se do pressuposto de que é necessário que as sociedades respeitem as liberdades de cidadania igual dos seus indivíduos, de modo que os anseios de bem-estar social não são justificáveis se violarem em demasia os direitos individuais. Desse modo, numa sociedade minimamente ordenada são necessários alguns mecanismos de distribuição da justiça, capazes de garantir o bem-estar de modo geral, sem ferir os direitos mínimos dos indivíduos. Para que isso seja possível é necessária a existência de uma concepção mínima, mas pública e determinada, de justiça, ainda que isso não seja assim tão simples. “Quem defende concepções distintas de justiça pode, então, concordar que as instituições são justas quando não fazem distinções arbitrárias entre pessoas na atribuição dos direitos e deveres fundamentais, e quando as leis definem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si. Os homens concordam com essa descrição de instituições justas, contanto que as ideias de distinção arbitrária e de equilíbrio apropriado, que estão contidas no conceito de justiça, estejam abertas para que cada um as interprete segundo os princípios de justiça que aceita. Esses princípios põem em destaque que similaridades e que diferenças entre as pessoas são importantes na atribuição dos direitos e dos deveres, e especificam qual é a divisão de vantagens apropriada”. (RAWLS, 2008, p. 6)

a sociedade não apenas por uma questão de segurança jurídica, mas por assegurar um tipo de igualdade que torna a comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político; os direitos que decorrem de decisões anteriores têm valor legal quando procedem dos princípios de moral pessoal e políticas que as decisões pressupõem a título de justificativa. Em outras palavras, a limitação da discricionariedade interpretativa dos juízes na aplicação do direito encontra fundamento na própria atuação jurisdicional, mais precisamente nos precedentes, casos paradigmas julgados no passado e que orientam a interpretação a ser realizada nos casos presentes e futuros. Para Dworkin, uma aplicação adequada dos precedentes, vistos como princípios (MAUÉS, 2012) que sedimentam a integridade, é essencial para a oxigenação do direito, possibilitando que divergências acerca de conceitos jurídicos sejam superadas através de consensos históricos pré-estabelecidos entre os intérpretes do presente e os juízes do passado, com a finalidade de outorgar à atividade jurisdicional maior segurança, igualdade e previsibilidade.

Em linhas gerais, Dworkin (2010) defende que é importante o modo como os juízes decidem os casos, pois a adoção de um argumento em desfavor de outro pode fazer significativa diferença na vida da comunidade. A decisão de um juiz encarna não apenas a disposição de quem tem direito a algo, mas inclui um valor moral, que determina quem agiu de modo correto em determinada circunstância. Por essa razão, é importante saber o que os juízes pensam do direito, e sobre o que o modo de pensar deles é divergente. O argumento central apresentado por Dworkin para definir essa divergência é o seguinte: o direito possui uma peculiaridade em relação aos demais fenômenos sociais, é argumentativo.

O fluxo de movimentação do direito na atualidade imprime aos juristas a necessidade de crença nas decisões judiciais, dados os debates contínuos sobre determinados assuntos. A antiga imagem do direito como simples matéria de fato dizia para não tomarmos ao pé da letra os votos proferidos pelos juízes nos casos difíceis; essa nova imagem tem o mérito notável de nos permitir, mais uma vez, acreditar no que dizem nossos juízes (DWORKIN, 2003). Para que as práticas sociais possam ser reconhecidas, no entanto, há a necessidade de uma confluência de saberes, mínima o suficiente para que qualquer divergência seja legítima, mas não para que não haja divergência alguma. Só é possível realizar uma interpretação da prática social em si, desvinculada das intenções dos seus partícipes um a um, se o intérprete aderir à prática que se propõe compreender. Em outras palavras: a prática a ser interpretada determina as condições da interpretação.

Feita a explanação básica da ideia do direito como um conceito interpretativo/argumentativo, Dworkin apresenta alguns argumentos de base para a sua análise

posterior, da integridade como um princípio autônomo e fundador da interpretação judicial. Inicialmente, parte do pressuposto de que todo julgamento de direito é um ato interpretativo. As influências que levam à convergência de opiniões entre juízes, além dos paradigmas do direito, são inerentes à natureza da interpretação. Além disso, o meio, os precedentes, e a formação jurídica inclinam a um pensamento convergente em uma medida mínima. Segundo o autor, “a dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem em relação à justiça”. (DWORKIN, 2003, p. 110). Assim, qualquer discussão prática sobre o direito é também uma discussão sobre o melhor fundamento a ser adotado, e logo, trata-se de uma questão interpretativa. A compreensão sistêmica do direito não é algo dado pela comunidade, como a estrutura jurídica em si (tribunais, normas, leis, etc), mas faz parte do problema interpretativo compreender o sistema jurídico.

O autor faz uma abordagem acerca da evolução do direito através da ideia de romance em cadeia. Neste, um grupo de romancistas escreve uma obra em série, ou seja, cada romancista interpreta os capítulos que recebeu e começa a escrever um novo capítulo e assim por diante, até se ter um romance unificado e de qualidade. Cada um deve escrever o seu capítulo da melhor maneira possível, e a complexidade dessa tarefa é semelhante à complexidade encontrada na solução de um caso difícil. Em alusão às questões jurídicas, sabe-se, por exemplo, que quando recebe uma causa, o juiz tem conhecimento de que já houve outros casos semelhantes julgados por outros juízes e que, em face desta complexidade de decisões, deve-se considerar cada uma delas como sendo parte de uma longa história do direito, tendo por necessidade a interpretação e, ao mesmo tempo, dar continuidade à história.⁷

⁷ Para melhor explicar o que pretende demonstrar, Dworkin apresenta o personagem fantasioso chamado Hércules, sendo que este possui capacidade e paciência sobre-humanas, aceitando o Direito como integridade. Esse instrumento retórico irá marcar a obra dworkinana. O autor diz que Hércules tem que decidir sobre o caso difícil específico, e terá de levar em consideração os diversos precedentes levantados pelas partes, tendo em vista que cada uma delas hasteou precedentes favoráveis às suas respectivas teses. Hércules deve formar uma opinião própria sobre a questão em discussão. Deve o personagem encontrar alguma teoria coerente sobre os direitos legais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam. “(...) Dworkin resolve construir a figura de um super juiz, com poderes acima dos humanos, que toma os direitos a sério (*taking rights seriously*) como uma questão de princípio (*a matter of principle*) no império do direito (*law's empire*). Ele se chama Hércules. Hércules está ciente de que sua função é a de intérprete e seu papel não é o de mero reproduzidor do texto legal, considerando que Dworkin faz a associação da literatura para o direito, ao comparar os diversos momentos entre o ator e o seu crítico perante o juiz (*chain of law*). O crítico já representa o momento da interpretação, ou seja, da maneira como ele aprendeu a realidade da peça, assim ele a descreve. O juiz é esse crítico literário, e deve elaborar uma única resposta certa nas decisões que prolata.” (GOES, 2004, p. 33-34). Ao analisar a situação formulada por Dworkin, Érika Juliana Dmitruk afirma que “ao estudar os precedentes, Hércules terá que distinguir sua força gravitacional nas decisões posteriores. A força gravitacional de um precedente, segundo Dworkin, repousa na equidade, os casos

O direito como integridade, portanto, exige que os magistrados admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal. A interpretação não pode ser desconsiderada neste quadro, pois ela tem como escopo mostrar o que é interpretado da melhor maneira possível e esta interpretação não deve levar somente em consideração as decisões anteriores, mas também o modo como estas decisões foram tomadas.

A compreensão da teoria dos precedentes possibilita aos juristas utilizarem as ferramentas interpretativas mais adequadas para a aplicação dos precedentes judiciais como parâmetros normativos para casos futuros. Por outro lado, o domínio dessas ferramentas permite também uma crítica à redação do Código de Processo Civil atual. A criação de um sistema de precedentes, a partir de uma opção político-legislativa – como é o caso do Brasil – passa necessariamente pelo rigor técnico na redação das leis que tratam sobre o assunto, a fim de que se evite uma aplicação enviesada ou, como costuma-se dizer, “a brasileira” dos precedentes judiciais.

3. AS EXIGÊNCIAS DE PADRÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O imperativo constitucional de fundamentação das decisões judiciais impõe a todos os magistrados, em todas as esferas do Poder Judiciário e em todos os processos judiciais, a obrigatoriedade da exposição das razões de decidir, ao estabelecer que “todas os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...” (93, IX, CF).

Trata-se de norma garantidora do caráter democrático da jurisdição, pois apenas por meio da ciência dos motivos decisórios é possível realizar, com clareza, o controle da atividade dos juízes, pela via recursal. No entanto, embora a Constituição estabeleça o dever de fundamentação das decisões, não havia até 2015 norma qualquer que dispunha sobre como devia o juiz justificar seus julgados.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 458, firmava como um dos requisitos essenciais da sentença (que se estende a qualquer outra espécie decisão) “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (458, II, CPC), mas não ia além.

semelhantes devem ser tratados do mesmo modo. Para definir a força gravitacional de um precedente, Hércules só levará em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente” (DMITRUK, 2008).

Desse modo, pode-se afirmar que havia certa liberdade atribuída ao magistrado para a escolha da forma de fundamentação das decisões judiciais. Note-se bem: o magistrado não possuía – como não possui – a faculdade de fundamentar as decisões. Trata-se de dever inerente à própria validade da jurisdição, estabelecido por norma constitucional. A liberdade acima referida diz respeito exclusivamente à forma de fundamentação das decisões.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tal panorama foi alterado. Isso porque a legislação agora prevê hipóteses em que uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, nos termos do artigo 489, §1º do CPC⁸. A inovação consiste em estabelecer algumas hipóteses não taxativas nas quais uma decisão será considerada não motivada, ensejando assim a possibilidade de sua integralização, reforma ou até anulação.

As decisões que apenas citam dispositivos legais, sem fazer a devida relação com o caso concreto em julgamento, não são consideradas fundamentadas (inciso I). Deixa de existir assim a fundamentação implícita, em que a norma legal “falam por si”. Os conceitos jurídicos indeterminados não podem ser empregados sem a devida determinação do seu conteúdo para a solução do caso concreto (inciso II), deixando de ser “standards” para decisões que tangenciam o conteúdo da causa, sem enfrentá-lo detidamente. A decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (inciso III), mas sem qualquer relação com o caso em análise, será é motivada, regulamentação essa que só é necessária em virtude da existência, hoje, de decisões judiciais apelidadas de “Frankenstein”, nas quais argumentos utilizados em várias outras decisões proferidas pelo mesmo juízo são agrupados para solucionar uma causa, e muitas vezes não têm qualquer relação com ela. Também não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (489, §1º, IV, CPC). Tal disposição modifica em demasia a forma de atuação dos magistrados, que agora estão obrigados a responder a todos os argumentos apresentados pelas partes que sejam capazes de, em tese, conduzir o julgamento a entendimento contrário ao adotado pelo(s) julgador(es) (HOMCI, 2016).⁹

⁸ “Art. 489 (...). §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁹ Registre-se que esse não era o entendimento jurisprudencial consolidado até então sobre a questão: “Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões

Observa-se que o artigo 489, §1º, incisos I a IV do CPC dispõe exigências mínimas de fundamentação das decisões judiciais, ao prever as hipóteses em que um julgado não será considerado fundamentado. A única novidade, em nosso entendimento, é a previsão legal de tal assunto, tendo em vista que uma decisão judicial que apenas menciona atos normativos, emprega conceitos jurídicos determinados a ermo, invoca motivos genéricos para decidir ou não analisa a construção argumentativa do processo não pode ser considerada fundamentada, independentemente de previsão legal para tanto. Tais exigências são novas apenas no texto legal, constituindo elementos básicos para qualquer decisão judicial em qualquer estado que se afirme democrático de direito.

A efetiva inovação contida no §1º do artigo 489 do CPC está nos seus incisos V e VI, que contemplam regras sobre a aplicação de atos normativos judiciais com força vinculante. Ao determinar que não se considera fundamentada a decisão que aplicar de forma equivocada ou deixar de aplicar quando obrigatório um ato normativo judicial, o CPC apresenta um novo padrão de exigência para a correta fundamentação das decisões judiciais com base em casos pretéritos, algo muito distinto do que vinha sendo praticado até então no Brasil. Não obstante alguns posicionamentos contrários da doutrina (RODAS, 2015), a inserção de tais exigências tem sido vista com bons olhos.

O inciso V expõe as exigências para que o juiz utilize um precedente ou súmula como fonte normativa de sua decisão, ao proibir que o mesmo se limite a invocar a fonte, sem extrair dela a sua *ratio decidendi* e, mais importante, demonstrar, argumentativamente, como essa *ratio decidendi* se aplica ao caso sob sua análise.

A *ratio decidendi* ou *holding* (para o direito norte-americano) é a tese jurídica adotada, ou a norma consagrada na decisão que expressa o convencimento do juízo em um caso. É a parcela vinculante e individualizada do precedente. O conceito de *ratio decidendi* é traduzido no Brasil por outras nomenclaturas como a “razão de decidir”, “motivos determinantes”, que são adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, e “fundamentos determinantes” (489, §1º, V, CPC), terminologias essas que muito provavelmente serão bastante usuais na prática jurídica (MARINONI, 2011). A razão de decidir não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.

judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010; AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010; AI 688410 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe- 30/03/2011; AI 748648 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe- 19/11/2010; ARE: 644845 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, DJe- 25/08/2011.

Observe-se que para aplicar corretamente um precedente, o magistrado precisa cumprir duas etapas: 1) extrair a *ratio decidendi* do acórdão que gerou o precedente, ou dos acórdãos que geraram a súmula; 2) construir uma argumentação que sustente a semelhança entre os casos – precedente e sob julgamento – a fim de justificar a aplicação do padrão firmado no precedente. Para tanto, faz-se necessário algo comezinho para a correta aplicação do precedente: ir além da ementa. Torna-se tarefa elementar do jurista a exposição em suas razões, sejam em petições ou decisões, dos fundamentos construídos nos precedentes que menciona, o que não é possível de se fazer com a mera transcrição das ementas dos julgados. A opção do copiar e colar a ementa, que já vem formatada pelos próprios sites dos tribunais superiores para esses fins¹⁰, precisará ser completamente revista, posto que tal prática não será considerada como fundamentação.

Seria ingênuo pensar que tal prática será alterada do dia para a noite, pela simples modificação da legislação. A “cultura da ementa” é conduta observada há décadas na atividade jurisdicional brasileira, e a sua evolução exigirá compromisso e formação adequada dos juristas. A imposição de vinculação de precedentes por lei, desconectada da cultura judicial brasileira, traz desafios de grande relevo para os nossos juristas. A aplicação dos precedentes como fonte do direito, em um país fortemente influenciado pela tradição jurídica do *Civil Law*, que tem na lei sua principal fonte do direito, demanda uma modificação na própria epistemologia da ciência jurídica. O ensino do direito precisa ser reformulado.¹¹ Tais críticas não objetivam a desconstituição das premissas firmadas no CPC sobre a vinculação de precedentes, porém é importante a reflexão sobre as práticas do ensino jurídico no Brasil para que a formação do sistema de precedentes dê da melhor maneira possível.

O inciso VI do §1º do artigo 489 do CPC estabelece as hipóteses em que o magistrado poderá deixar de aplicar determinado ato normativo judicial trazido pela parte, promovendo as técnicas da distinção ou da superação.

¹⁰ Vide as opções de pesquisa de jurisprudência nos sites do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar.asp>) e do STJ (<http://www.stj.jus.br/SCON/>), onde é possível copiar a ementa de um precedente sem a formatação, pronta para ser “inserida” em uma petição ou decisão judicial.

¹¹ “A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aulas (...). Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. (...)A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos.(...)Os próprios exemplos utilizados em sala de aula ou em determinadas obras jurídicas estão desconectados do que acontece no cotidiano da sociedade (...). Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes.” (STRECK, 2008, p. 388-389).

Distinguish, traduzido para nosso ordenamento como o ato de distinguir, consiste na atividade do jurista em perfazer diferenciações entre um caso e outro a fim de refutar ou trazer a aplicação do precedente em um caso subsequente. É então a partir daqui que se sabe quando e como um precedente poderá ser aplicado ou afastado.¹² *Overruling*, aqui denominado de técnica de superação, é o meio pelo qual um precedente perde a sua força obrigatória e é substituído por outro. Quando “os juízes superam um precedente, eles estão se recusando a segui-lo e declarando que, pelo menos quanto aos fatos que são materialmente idênticos aos do caso em mãos, uma nova norma deve ser seguida” (DUXBURY, 2008, p. 117).¹³ Há o afastamento da norma não por distinção, mas por revogação. Estar-se-ia diante de uma situação de incidência da norma do precedente dada a compatibilidade fática, porém, em virtude de um novo entendimento, firmado pelo mesmo órgão que editou o precedente ou por órgão hierarquicamente superior (MITIDIERO, 2013), ocorre a sua superação.

Veja-se pela leitura dos dois últimos incisos do §1º do artigo 489 do CPC que a legislação fixa a correta aplicação dos precedentes como uma exigência de fundamentação das decisões judiciais, que poderão ser declaradas nulas caso não cumpram tais padrões. Apesar das dificuldades para a aplicação prática dos comandos normativos, há, nos pontos até aqui expostos, certa clareza em como utilizar as ferramentas básicas para operar em um sistema precedentalista.

Porém, tratando-se especificamente do inciso VI, há duas palavras inseridas em sua redação que merecem destaque: “invocar” e “jurisprudência”. As seções seguintes pretendem analisar, de forma crítica, o sentido dessas expressões incluídas no texto da lei, para buscar a melhor interpretação possível das mesmas.

4. A PRÁTICA INADEQUADA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA

Conforme a redação do multicitado artigo 489, §1º, VI do CPC, considera-se carente de fundamentação a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

¹² “Distinguir dentro de um caso é essencialmente uma questão de diferenciar o ratio decidendi da obiter dicta — separando os fatos que são materialmente relevantes dos que são irrelevantes para uma decisão. Distinguir entre os casos é antes de tudo uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o anterior e o presente caso — de mostrar que a relação entre um precedente não satisfatoriamente se aplicam ao caso em questão” (DUXBURY, 2008, p. 113. Tradução livre). No original: “*Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.*”

¹³ No original: “*Judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.*”

precedente invocado pela parte, sem realizar a sua devida distinção ou demonstrar a ocorrência de superação. No entanto, o que significa a palavra “jurisprudência” inserida no texto legal?

A expressão jurisprudência comporta diversos sentidos. Do latim *jus* (justo) + *prudentia* (prudência), é o termo que designa um conjunto de decisões sobre interpretações das leis feitas pelos tribunais. Também é descrita como a ciência do Direito e do estudo das leis.

No contexto do CPC, a primeira definição parece mais adequada. Com efeito, ao mencionar que os juízes e tribunais devem seguir a jurisprudência invocada pela parte (salvo em casos de distinção ou superação), objetiva-se afirmar que a interpretação realizada pelos tribunais em um conjunto de decisões pretéritas, que foi trazida ao processo pela invocação da parte, deve obrigatoriamente ser considerada nas decisões judiciais. No entanto, tal exigência pode causar enorme insegurança ao ordenamento jurídico, e para justificar tal posição basta uma compreensão sistemática do próprio Código de Processo Civil.

A expressão jurisprudência é coletiva. Refere-se sempre a interpretações realizadas em várias decisões judiciais. A doutrina qualifica a jurisprudência de várias formas: dominante, dissidente, majoritária, minoritária, uníssona, isolada(?), pacífica, divergente, dentre outras classificações possíveis (PARENTE, 2006). A qual delas se refere o texto do artigo 489, §1º, CPC?

A palavra jurisprudência é utilizada outras nove vezes no Código de Processo Civil de 2015. No artigo 521, IV, ao tratar da possibilidade de dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença, afirma-se que a caução poderá ser dispensada se a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver de acordo com “súmula da jurisprudência dominante” do STF, do STJ. Nesse caso, a expressão é até desnecessária, posto que a súmula é definida, por si só, como ato normativo judicial, e só pode advir da jurisprudência de um tribunal.

O artigo 926, já citado, determina aos tribunais que uniformizem a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Trata-se de comando voltado aos tribunais para que apliquem a sua própria jurisprudência em seus julgamentos, a fim de evitar insegurança jurídica pela mudança constante de interpretação em casos similares. O §1º do mesmo dispositivo, possibilita-se que os tribunais editem súmulas correspondentes a sua “jurisprudência dominante”. O artigo 927 situa quais atos normativos judiciais são vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que em nenhum de seus incisos faz uso da expressão jurisprudência, no entanto dispõe em seu §3º que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou

daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. A expressão mais uma vez vem acompanhada do adjetivo “dominante”. No §4º do mesmo artigo utiliza-se a expressão “jurisprudência pacificada” para justificar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, na hipótese de superação de entendimento.

O artigo 978 afirma que o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas caberá ao órgão responsável pela unificação da jurisprudência do tribunal. O artigo 1.029, §1º, permite que o recorrente, no bojo do Recurso Extraordinário, faça uso dos precedentes constantes no repositório oficial de jurisprudência dos tribunais.

O artigo 1.035, §3º, I, atribui repercussão geral presumida ao Recurso Extraordinário quando o acórdão impugnado contrariar súmula ou “jurisprudência dominante” do STF e, por fim, o artigo 1.043 afirma que é possível provar a divergência para fins de Embargos de Divergência com o uso de decisões extraídas do repositório oficial de jurisprudência dos tribunais.

Como se vê, quando a expressão é aplicada no sentido de conjunto de decisões sobre interpretações das leis feitas pelos tribunais (artigos. 521, V, 926, §1º, 927, §3º e 4º e 1.035, §3º, I) ela surge sozinha, ou acompanhada dos adjetivos dominante ou pacificada. No texto do artigo 489, §1º, VI, porém, surge sem qualificações, gerando dúvidas quanto à sua melhor compreensão.

Ainda na análise do texto legal, chama também atenção o fato de que a redação do inciso V do artigo 489, §1º, analisado na seção anterior, que fixa as exigências para a aplicação de atos normativos judiciais como fundamentos de uma decisão, não menciona a expressão jurisprudência, mas apenas refere-se à impossibilidade da simples invocação de precedente ou súmula como razão de decidir, indicando que o juiz não deve fundamentar suas decisões na jurisprudência, mas sim em um precedente ou súmula com eficácia vinculante.

Por questões de coerência, e pela própria insegurança que a interpretação da expressão jurisprudência contida no dispositivo sob análise pode causar, o ideal seria a sua supressão do texto legal. Para fins de uma adequada teoria dos precedentes, útil como suporte à criação e aplicação de um sistema precedentalista, trabalhar apenas com precedentes e súmulas¹⁴ seria o suficiente, posto que são comandos isolados, de mais simples compreensão.

¹⁴ Para uma compreensão crítica sobre o papel das súmulas no sistema de precedentes, vide: ABBOUD, Georges. **Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Direito Jurisprudencial*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

A expressão jurisprudência, coletiva em si, traz dificuldades para que se identifique, com precisão, de quais precedentes deve-se extrair a noção de coletivo uniforme de decisões aptas a vincularem decisões futuras.

Deve-se admitir, porém, que tal expressão é consagrada em nosso ordenamento. No CPC de 1973, a expressão já aparecia 11 vezes¹⁵, e se consagrou como sinônimo de fundamento jurídico na prática forense. Cabe, portanto, buscar a melhor forma de interpretá-la, alcançando a conclusão de que a jurisprudência a que se refere o dispositivo legal, que só pode deixar de ser seguida pelo juiz quando invocada pela parte em casos de distinção ou superação, é aquela pacífica em um determinado tribunal, o qual tem autoridade para editar precedentes vinculantes e poderia, a qualquer momento, consolidar a interpretação firmada em sua jurisprudência por meio de uma súmula. Em outras palavras, interpretação extraída da jurisprudência apta a vincular juízes e tribunais é aquela que pode ser condensada em uma súmula por mera deliberação do tribunal no estado em que se encontra.

5. A INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO PRECEDENTE/SÚMULA/JURISPRUDÊNCIA PELA PARTE

Para tecer a segunda crítica à redação do artigo 489, §1º, VI do CPC a que se propõe o presente artigo, é preciso mais uma vez abordar a redação do inciso anterior do mesmo dispositivo legal. É que a redação do inciso V diz claramente que não se considera fundamentada a decisão que apenas “invoca” precedente ou súmula, sem extrair a sua *ratio decidendi* e explicar como a mesma se aplica ao caso sob julgamento.

Invocar significa chamar em auxílio ou citar em seu favor. Ora, o que se afirma, em outras palavras, é que a simples citação do precedente ou súmula, por si só não é suficiente para que se considere fundamentada a decisão. Tem o juiz o dever argumentativo adicional de expor o fundamento determinante do precedente e explicar a sua aplicação ao caso concreto, como já repetido algumas vezes.

Ocorre que a palavra “invocar” surge no inciso VI novamente, que se interpretado literalmente, leva a crer que o juiz ou tribunal tem o dever de aplicar o precedente, jurisprudência (pacificada) ou súmula que foi apenas invocado pela parte, salvo se encontrar alguma hipótese de superação ou distinção. Ora, para tornar o ato normativo judicial de observância obrigatória para os juízes e tribunais, bastaria às partes invocá-lo, enquanto que para a aplicação do ato pelo juiz, a invocação seria insuficiente? Tal interpretação literal

¹⁵ Artigos 120, parágrafo único; 475, §3º; 479, *caput* e parágrafo único; 541, parágrafo único; 542, parágrafo único; 543, §3º; 543-C, §2º; 544, §4º, ‘b’ e ‘c’; e 557, *caput* e §1º.

conjugada de ambos os incisos torna o caráter argumentativo do processo totalmente desequilibrado, trazendo aos juízes e tribunais um peso demasiado em relação ao ônus argumentativo das partes.

À parte bastaria a invocação de seu precedente/súmula/jurisprudência para que coubesse ao juiz todo o esforço argumentativo para não aplica-lo, demonstrando os elementos de superação ou distinção que justificam o afastamento do ato normativo. Por outro lado, aos juízes e tribunais recai todo o encargo argumentativo de extrair a *ratio decidendi* e construir o elo de ligação entre o precedente e o caso sob análise, sob pena de ter sua decisão anulada por ausência de fundamentação pela simples invocação do ato normativo judicial.

Um esclarecimento faz-se necessário. Não se está a defender que a simples invocação do precedente ou súmula seja suficiente para fundamentar a decisão. Pelo contrário. O que se defende aqui é que para que o precedente, jurisprudência ou súmula trazido pela parte torne-se de observância obrigatória, deve-se impor a ela, à parte, o ônus argumentativo de ir além de sua simples invocação, demonstrando em suas petições qual a *ratio decidendi* do precedente, súmula ou jurisprudência apresentados, e construindo o já referido elo de ligação com o caso em questão.

A expressão “invocar”, embora muito bem aplicada no inciso V do art. 489, §1º do CPC, torna-se completamente desproporcional se interpretada da mesma forma no inciso seguinte. O que torna o precedente, súmula ou jurisprudência de observância obrigatória pelos juízes e tribunais não é a simples invocação pela parte, mas sim o cumprimento de seu ônus argumentativo na extração da *ratio decidendi* e a construção do vínculo com o caso presente. A simples invocação pela parte não é sequer considerada argumento, e por isso não precisa nem ser enfrentada pelo juiz na decisão, tal como exige o inciso IV.

6. CONCLUSÃO

Os desafios para a implementação de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil são muitos. Não é possível afirmar que a simples inclusão de normas no texto da lei é capaz de estabelecer tal sistema. Consolidar uma forte teoria dos precedentes, compreender as ferramentas do sistema para a correta aplicação dos atos normativos judiciais como fonte do direito e preparar os juristas, por meio de uma educação jurídica específica para tal fim, são alguns dos desafios prioritários. Porém, considerando que a formação do sistema precedentalista brasileiro advirá a partir de uma opção político-legislativa, também é importante que o texto das leis que tratam do assunto seja redigido com rigor técnico, bem

como interpretado da maneira mais adequada para a efetivação dos precedentes e súmulas como fonte do direito.

O objeto do presente estudo foi o artigo 489, §1º, VI do CPC, que versa sobre as hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar um precedente trazido ao processo pela parte, quando ocorrer distinção, ou a superação do precedente apresentado. A crítica recaiu sobre as expressões “jurisprudência” e “invocar” contidas no texto do dispositivo, para concluir que a primeira não deveria constar na redação do inciso, por causar insegurança sobre a melhor técnica a ser aplicada como fonte do direito, considerando que a expressão jurisprudência admite diversas definições, com diversos adjetivos qualificadores, que não foram identificados adequadamente no texto legal.

Porém, como tal supressão só seria possível mediante reforma legal, pugna-se pela interpretação da expressão jurisprudência como sendo aquela dominante no Tribunal, a qual poderia ser condensada no verbete de uma súmula no estado em que se encontra. Se for necessário considerar obrigatoriamente a jurisprudência trazida pela parte nos atos decisórios, tal jurisprudência deve ser pacificada, e formada por órgãos que tem atribuição de editar precedentes e súmulas vinculantes, sendo ônus da parte demonstrar o estado de dominância da jurisprudência do tribunal referido.

Por outro lado, a expressão “invocar” contida no inciso VI do artigo 489, §1º do CPC não pode ser interpretada da mesma maneira de como contida no inciso V do mesmo artigo. Para que os juízes e tribunais sejam obrigados a observar o precedente, súmula ou jurisprudência apresentados pela parte no processo, não basta que essa apenas os invoque, senão que cumpra seu ônus argumentativo de expor a *ratio decidendi* do precedente trazido, realizando o elo de ligação deste com o caso sob julgamento. A simples invocação do precedente/jurisprudência/súmula pela parte, sem o cumprimento de seu ônus, não constitui argumento, estando o juiz ou tribunal autorizado a não enfrenta-lo no bojo da fundamentação de sua decisão.

7. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Direito Jurisprudencial*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

BASTOS, Antônio Adonias. **A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico.** In: *Revista de Processo*. n. 227. P. 295-316. 2014.

BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. **Levando os Precedentes a Sério.** Disponível em: <http://justificando.com/2014/08/14/levando-os-precedentes-serio/>. Publicado em: Ago/2014.

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem***. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 37. P. 152-180. 2010.
- _____. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DMITRUK, Erika Juliana. **O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da UniFil, ano V, nº. 4, 2008.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Havard University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Justiça para Ouriços**. Lisboa: Almedina, 2011.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **What is Equality?** Parts 1-4. In: *Phisosophy and Public Affairs*. 1981-1988. Disponível em: <http://links.jstor.org>. Acesso em: 08 jun 2010.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HOMCI, Arthur Laércio. **Fundamentação-Resposta no novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará. Ano 1. V. 1. 2016. Disponível em: www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Escola-Superior-da-Magistratura/101240-Revista-Eletronica-da-ESMPA.xhtml. Acesso em 30 out 2016.
- LIMA FILHO, Eduardo Neves. **O uso dos precedentes judiciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon University Press, 2003.
- _____. **Practical Reason in law and morality**. Oxford: Clarendon University Press, 2008.
- _____. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014.
- _____. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- MAUÉS, Antônio Moreira. **Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios**. Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo: Jul/Dez 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da Teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RODAS, Sérgio. **Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência**. Entrevista, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso em 21, jul. 2017.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e ensino jurídico em *Terrae Brasilis***. In: CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *180 anos do Ensino Jurídico no Brasil*. Campinas. Millennium, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Direito Jurisprudencial**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.
- ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.