

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**MIGUEL KFOURI NETO**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

---

### **Apresentação**

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfourri Neto (UNICURITIBA)

# PRECEDENTES E NOVO CPC: RAZÃO ARGUMENTATIVA NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO VIA DIREITO JUDICIAL

## PRECEDENT AND NEW CPC : ARGUMENTATIVE REASON IN THE CONSOLIDATION OF DEMOCRATIC STATE VIA JUDICIAL LAW

Gisele Santos Fernandes Góes <sup>1</sup>  
Semírames De Cássia Lopes Leão <sup>2</sup>

### Resumo

O presente artigo visa analisar o sistema de precedentes judiciais à luz do Novo Código de Processo Civil, cuja proposta de fortalecimento do papel da jurisprudência pretende conferir maior eficiência aos métodos de solução de conflito e maior isonomia nas decisões. Para tanto, serão analisadas as aproximações com o sistema common law, as técnicas de aplicação e os efeitos jurídicos dos precedentes, bem como as repercussões nos tribunais, com vistas a compatibilizar e aperfeiçoar a relação processual com a dinâmica do stare decisis, à luz de uma razão argumentativa dos precedentes.

**Palavras-chave:** Precedentes, Uniformização, Novo código de processo civil, Segurança jurídica, Argumentação

### Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the system of judicial precedents in the light of the new Civil Procedure Code, whose proposal to strengthen the role of the law is intended to provide greater efficiency to conflict resolution methods and greater equality in decisions. Therefore, the approaches will be analyzed with the common law system, application techniques and the legal effects of the precedents, and the repercussions in the courts, in order to harmonize and improve the procedural relationship with the dynamics of stare decisis in the light of an argumentative reason of the precedents.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Precedent, Standardization, New civil procedure code, Legal security, Argumentation

---

<sup>1</sup> Doutora PUC/SP. Professora da UFPA. Secretaria-Adjunto da Região Norte e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, membro do Instituto Ibero-Americano Direito Processual. Procuradora Regional do Trabalho da 8ª Região.

<sup>2</sup> Advogada. Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Estado do Pará (PPGD/UFPA). Bolsista Capes.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A necessidade de mudança sempre foi a força motora da atualização dos procedimentos e paradigmas processuais, retratando os anseios e os novos valores da sociedade, a fim de manter a correspondência fática entre as previsões normativas e as mutações decorrentes do desenvolvimento social-político-econômico.

Neste sentido, a renovação do sistema processual deve concentrar-se em otimizar seus mecanismos para uma “tutela constitucional do processo focada no formalismo valorativo”, que desburocratize as técnicas e esteja comprometida com a realização dos direitos fundamentais, em sua maior acepção. A proposta do novo paradigma processual é de inovar-se e posicionar-se criticamente aos acontecimentos sociais, avançando para uma tutela que prestigia o valor sobre a forma e que proíbe o retrocesso social. (GÓES, 2009, p. 862-863).

Tais diretrizes fortaleceram-se sobre a alegação de crise do modelo de processo civil brasileiro, vigente sobre o Código de 1973, pois, atingido espantosos níveis de abarrotamento e morosidade do Poder Judiciário, com decisões jurídicas diversas e contraditórias, em uma lógica de sistema sem unidade, que gerou um quadro de forte insegurança jurídica, fez necessária a inovação de um perfil de processo mais eficiente.

Outros aspectos contribuem para o quadro negativo, como a cultura da alta litigância no ordenamento brasileiro; as decisões que retratam posicionamentos individuais dos juízes e não a postura institucional do tribunal; a educação acadêmica positivista, com pouca atenção à argumentação jurídica e teoria do direito; julgadores genéricos ou clínicos gerais de demandas variadas, em grande quantidade.

As reformas legislativas no direito processual brasileiro evidenciam o relatado acima e demonstram a necessidade de inovações na sua postura e o acréscimo de novas funções, tais como a constitucionalização crescente do processo e do direito privado, a valorização do julgamento dos tribunais, a promulgação da EC 45/04 de reforma do Judiciário e que instituiu a súmula vinculante, efeito vinculante das decisões definitiva de mérito em ADI e ADC, o tratamento da repercussão geral e do recurso extraordinário repetitivo; e a instituição do Novo código de processo civil de 2015.

O Novo Código de Processo Civil vem tentar aproximar ainda mais o sistema brasileiro aos precedentes. Ao contrário do cenário do *common law*, a valorização dos precedentes ocorre pela própria codificação, que tenta implementar a valorização dos julgamentos dos tribunais, sobretudo superiores. Como constou no relatório do Senador Vital do Rêgo, “o respeito aos precedentes jurisprudenciais é uma das marcas

do futuro Código, o que reduzirá o grau de imprevisibilidade jurídica que impera sobre os atores da vida civil.” (MENDES, SILVA, 2015, p. 572-573).

Todo o relatado expõe fatores que aumentam o risco de decisões contraditórias dentro do judiciário brasileiro, tornando *mister* uma maior racionalização e eficiência na resolução dos conflitos, principalmente diante das lesões de massa e demandas repetitivas, a fim de conferir maior isonomia nas decisões.

De igual peso, se impõe a necessidade de normativas e procedimentos que resultem em aplicação prática, a fim de evidenciar o pragmatismo das medidas como sistema eficiente e de resultados concretos, inspirado em uma lógica de unidade e coerência, apto a justificar uma verdadeira teoria normativa do processo. É neste quadro e com esta proposta que se situa a importância do estudo do instituto dos precedentes judiciais, como ramo dessa teoria normativa e procedimental.

## **2. SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS**

O instituto dos precedentes judiciais tem fonte no sistema de *Common Law*, com origem nos países anglo-saxões, e vem ganhando destaque nos ordenamentos dos países tradicionalmente de *Civil Law*, em razão da convergência dos sistemas em racionalizar suas jurisprudências pela lógica dos precedentes.

Com efeito, visualiza-se que os sistemas têm se combinado e emprestado características e tendências, como uma aproximação das realidades que atenua essa dicotomia histórica, (MENDES e SILVA, 2015, p. 570) pelas influências recíprocas, criando modelos híbridos e personalizados, como o “precedente à brasileira” (expressão de Júlio Rossi) e favorecendo a existência de precedentes dentro do sistema típico de *civil law*.

A partir de então, dificulta-se a manutenção genuína de tal dicotomia com a preservação de suas características primárias, dadas as trocas mútuas, contudo permite-se diferenciá-los na aplicação dos precedentes pelo grau de vinculação do padrão decisório aos demais membros do sistema jurídico.

Cumprir mencionar que a ideia de precedente não é exclusivamente jurídica, pois o conceito compreende qualquer tipo de decisão ou ação tomada no passado e que vincule o futuro, tendo em vista a ocorrência de evento similar que justifique a comparação dos acontecimentos. “Em inúmeras circunstâncias, fora do Direito como também dentro, o fato de algo ter sido feito antes, fornece, por si só, um motivo para ser feito de novo daquela maneira.” (SCHAUER, 2015, p. 50).

Tal medida visa assegurar que a manutenção de um padrão decisório ou de racionalidade, em que verificadas as mesmas condições fáticas que ensejaram ao raciocínio paradigma se autorize a reprodução e igual aplicação para casos semelhantes futuros, em homenagem à segurança e isonomia de tratamento.

Para a fixação do precedente é imprescindível a definição de regras que ditarão a decisão aplicável ao caso e a subsunção normativa define-se pela identidade ou similitude dos aspectos gerais fáticos, tidos como relevantes para a formulação daquela regra. Ressalta-se que há uma pretensão da busca pela identidade absoluta nos casos, os quais são irrepetíveis no mundo dos fatos e inviabilizariam a fixação de precedentes, mas tão somente a semelhança ou identidade relativa como suficientes.

Seguindo este raciocínio, o precedente judicial consiste, então, na decisão proferida pelo órgão julgador a partir de um caso concreto, cuja lógica ou raciocínio aplicado pode ser repetido em casos posteriores com identidade de fatos. O precedente judicial cria uma norma geral e vinculante, a partir de um juízo indutivo, pois parte do caso concreto para fixar premissas genéricas para demandas similares.

A *ratio decidendi* (inglesa) ou *holding* (norte-americano), por sua vez, se traduz na operação lógica que fundamenta a sentença, por meio de uma tese jurídica aplicada ao caso ou opção hermenêutica realizada pelo julgador. É composta por: 1) fatos relevantes da causa; 2) raciocínio lógico-jurídico da decisão; e 3) juízo decisório. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 381).

Ressalta-se que, por tratar-se dos motivos de decidir e da lógica aplicável ao caso, o precedente localiza-se na fundamentação da sentença. Devendo ter o cuidado de desmembrar os argumentos que realmente sirvam e contribuam para a formação da convicção do juízo, a fim de não se confundir os elementos da *ratio decidendi* com outras informações ou dados mencionados no corpo da sentença, que não têm determinação para o resultado final.

Neste sentido, argumentos de reforço (*obter dictum ou dictum*), juízos acessórios, impressões pessoais não devem ser considerados como de participação substancial para a decisão, mas tão somente como contribuição ao discurso judicial, que aditam ao conteúdo decisório de forma prescindível.

A importância da identificação precisa das razões de decidir deve-se, ainda, ao seu caráter vinculante ou força vinculativa para julgamentos posteriores, tendo em vista que somente aquele raciocínio ou opção hermenêutica com aptidão para ser universalizável é que pode ser considerado como *ratio decidendi*. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 385).

Logo, situações excepcionais ou muito peculiares dificilmente produzirão um julgamento modelo de repetição.

Do mesmo modo, se reveste de igual importância o cuidado a tomar-se quando da opção judicial pela tese prevalecente na decisão judicial e pela discriminação dos fatos relevantes da causa, em razão da possibilidade de conversão daquela decisão específica em decisão piloto, vinculante para casos futuros, tendo em vista o aspecto prospectivo do precedente, como aquela aptidão de vinculação para as causas futuras e da possibilidade de determinação de regras, hoje, para reger o amanhã.

Para efeito de classificação como precedente judicial pode-se considerar tanto as decisões que contenham elementos de fato, quanto de direito. Assim, em casos que a opção judicial não resolva o mérito da demanda em si, mas verse sobre uma questão procedimental ou instrumental do processo é plenamente possível a configuração de um precedente para reger situações parecidas, no futuro.

### 3. EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE

Hoje, há uma tendência crescente em classificar a sentença como ato-fato jurídico<sup>1</sup>, o que não impede a sua classificação simultânea como ato jurídico, tendo em vista que os efeitos e resultados produzidos no mundo jurídico independem da vontade do agente. Esse enquadramento guarda forte relação com a eficácia dos precedentes. Vejamos.

O precedente judicial é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.

*Ratio decidendi* são os fundamentos que sustentam a decisão e que embasaram as decisões dos casos iguais seguintes. Ela tem três elementos: a) indicação dos fatos relevantes; b) raciocínio lógico-jurídico da decisão; e c) juízo decisório. É a *ratio decidendi* que funciona como método hermenêutico utilizado pelos juízes, para retirar o precedente que incidirá sobre o caso concreto.

---

<sup>1</sup> Ato-fato jurídico processual é aquele ato, referente a um procedimento, decorrente da vontade humana, no qual o Direito despreza o elemento volitivo e o recebe como se fato fosse, daí a denominação de ato-fato jurídico processual. Ex: preparo, pagamento de custas, preclusão. Fonte: DIDIER Jr., Freddie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. 2013. Salvador: JusPodivm.

No Brasil, são três os efeitos exarados das decisões vistas como precedentes e se relacionam como fato jurídico do precedente. a) eficácia vinculante; b) eficácia obstativa de revisão das decisões; c) eficácia persuasiva.

Acerca do efeito vinculante do precedente, cumpre mencionar que este ocorre tanto para a *ratio decidendi* contida na decisão e aplicada ao caso, como para aquela parcela do precedente que individualiza o caso (dispositivo do caso) e faz coisa julgada material *erga omnes*. Trata-se, assim, de duas normas contidas no precedente.

Em sentido contrário, Didier, Braga e Oliveira citando Cruz e Tucci, adverte que:

De acordo com Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do *precedente*, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 381).

Esse efeito vinculante (*stare decisis*<sup>2</sup>) pode ser tanto em sentido horizontal, para a própria corte julgadora, quanto vertical, que vincula os órgãos hierarquicamente inferiores.

No que toca à eficácia obstativa de revisão das decisões, temos que muitos recursos são desestimulados pela baixa probabilidade de modificação do teor decisório. Como os precedentes já retratam a posição institucional, pela uniformização de jurisprudência, a decisão de 1º grau já anuncia o posicionamento do Tribunal ou órgão revisor acerca daquela matéria, dado o efeito vinculante da tese adotada.

Este entendimento é favorecido pela própria redução de reconsiderações sobre a decisão proferida. Pois, uma vez que o teor decisório é pré-existente, já vem adquirindo certa maturidade e estabilidade quanto a sua razão de ser, o que permite maior sustentação da decisão e menor possibilidade de revisão pela própria autoridade julgadora. Tal aspecto confere, ainda, maior eficiência ao *decisium*.

Outro aspecto é não criar falsa expectativa na parte, pois se pretende uma medida de previsibilidade de acordo com o entendimento firmado para aquela questão. A justificação pela tese majoritária e prevalecente desestimula as aventuras processuais que consideravam a possibilidade de revisão da decisão, com base em entendimento minoritário.

Há que se considerar certa margem de custo envolvido, tendo em vista que a decisão ou tese adotada nem sempre será a ideal para o caso concreto. E, no caso de realmente

---

<sup>2</sup> “A expressão completa seria: *Stare decisis et quieta non movere* ou ‘mantenha-se o que foi decidido e não moleste o que está pacificado’”. (NUNES, 2012, p. 265)

prevalecer, já se terá certa previsão sobre o resultado não satisfatório, pois não basta a mera resolução da causa e deve-se buscar uma resolução adequada, com êxito ou meritória. Trata-se de um custo envolvido para os benefícios da estabilidade e previsibilidade. Afinal,

Muito do que valorizamos em relação à previsibilidade é psicológico. Me sinto melhor em saber que o carrinho com as cartas passará no mesmo horário todos os dias, que reuniões do corpo docente não serão marcadas em curto prazo, e que a temporada de baseball começa em abril. Previsibilidade, desse modo, frequentemente tem seu valor, mesmo quando não podemos quantificá-la. (SCHAUER, 2015, p. 79)

Por fim, em relação à eficácia persuasiva, trata-se da influência exercida sobre o julgador para aplicar o posicionamento prevalecente sob pena de reforma de sua decisão em sentido contrário para conformá-la ao entendimento do tribunal a que esteja vinculado.

Com grande contribuição argumentativa, a persuasão é no sentido de desestimular condutas e provimentos judiciais que não subsistirão, em razão de sua falibilidade nata, pois atentam contra o projeto de coerência e integridade decisória. Tal eficácia já é muito vislumbrada em nosso ordenamento, como se depreende da função dos recursos com objetivo de uniformizar a jurisprudência, que induzem as decisões de menor grau a seguirem a posição hierárquica superior, seja para reformar o entendimento primário e adequar-se ao majoritário.

#### **4. A DINÂMICA DOS PRECEDENTES**

A fim de se instituir um sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, *mister* observar alguns passos ou fases que garantam uma aplicação que atenda aos pressupostos de garantia do processo constitucional, tomando por base as lições de Dierle Nunes.

Na convergência dos sistemas *civil law* e *common law* para o sistema de precedentes judiciais e defendendo uma aplicação que não seja mecânica ou silogística dos julgados isolados e enunciados sumulares, impõem algumas “premissas essenciais”:

1º esgotamento da temática antes de utilizá-la como precedente: para o estabelecimento do padrão decisório é muito difícil que ocorra somente a partir da análise de um único caso, exigindo um esgotamento discursivo em sua apreciação. Assim, não basta um julgamento superficial de alguns recursos ou um único julgado pelos Tribunais. Deve-se privilegiar a agregação de informações e casos relevantes que possam contribuir para o amadurecimento da tese. 2º Integridade da reconstrução da aplicação histórica da tese pelo Tribunal: para formar o precedente, o Tribunal deve considerar todo o histórico de aplicação da tese, não podendo desconsiderar o passado. E, ainda, na hipótese de superação do precedente (*overruling*), o magistrado deve indicar as suas razões para quebrar o posicionamento. 3º

Estabilidade decisória no Tribunal: O tribunal é vinculado às suas decisões. Como a decisão se forma após discussão exaustiva do tema é vinculante para todos e impede o posicionamento particular de ministros, salvo quando tratar-se de diferenciação (*distinguishing*) ou superação (*overruling*). Se pretende um prestígio a unidade institucional, na qual cada Tribunal adota um posicionamento próprio, evitando decisões contraditórias advindas da mesma circunscrição jurisdicional. 4º Aplicação do precedente pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores vinculam os tribunais inferiores. Isto implica que os precedentes não devem ser aplicados de forma mecânica e impõe o dever de fundamentação quando invocado determinado precedente para justificar a decisão, ou seja, a demonstração da identidade de casos. 5º Separação das *ratione decidendi* e dos *obiter dicta* da decisão: a *ratione decidendi* é o que vincula e serve de padrão decisório; o *obiter dictum*, por sua vez, são os discursos sem autoridade contidos na decisão. 6º Delineamento de técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: quando se cria um novo precedente deve justificar de forma idônea que aquele caso é diferente de um padrão de precedente existente ou que se deve promover a superação face a mudança social. (NUNES, 2012, p. 263-267).

Cumpra-se aprofundar que no processo de formação e construção dos precedentes, existe certa maleabilidade diante da vinculação dos precedentes, pois casos posteriores podem conter peculiaridade. Haverá casos em que a tese prevalecente não guardará semelhança diante do caso concreto e será necessária a análise minuciosa da tese jurídica, posto que os elementos fáticos ou alguma peculiaridade do caso presente não permite a subsunção do precedente.

Assim, é que temos ensejo para a distinção do caso concreto ou confronto com a tese jurídica prevalecente, por meio do *distinguishing*. oportunidade em que o julgador fará comparação e decidirá se o padrão decisório contém restrições diante do caso concreto e abre a oportunidade para um julgamento livre (*restrictive distinguishing*); ou se aplica o padrão decisório, em que pese as peculiaridades, ainda manter correspondência com o precedente por interpretação ampliativa (*ampliative distinguishing*).

Há situações, porém, em que a divergência fática não autoriza a restrição ou ampliação do precedente, dadas as expressivas diferenças fáticas, que conduzem a uma superação. Trata-se do *overruling* ou *overrinding*.

No *overruling*, o precedente é substituído em julgado futuro, pela adoção de novo entendimento pelo Tribunal, que não mais aplica o anterior e diz-se superado. Para tal medida, deve haver a expressa fundamentação e devida argumentação, a fim de justificar a transposição

do julgado para a nova tese ou orientação. Aqui, há uma alteração da própria razão de decidir, que deixa de existir e cria-se nova tese jurisprudencial.

Tais mudanças e adequações revelam-se imperiosas para a sobrevivência e manutenção dos precedentes, a fim de manter a correspondência fática e é admitida no sistema, como medida de justiça, inclusive, a fim de permitir a atualização jurisprudencial e não manter o direito judicial aprisionado em teses defasadas ou impróprias, desde que seja observado o dever de fundamentação que faça a precisa correlação e demonstre a necessidade e cabimento de mudança.

O *overruling* não se confunde com o *overrinding*. Este ocorre quando há uma superação parcial do entendimento anterior do Tribunal, face a existência de uma lei ou norma que restrinja o âmbito de aplicação.

Para que se compreenda o instituto, é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratio decidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial, para substituí-la.

O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência. Marinoni sugere, inicialmente, uma aproximação com a revogação parcial, mas logo afirma não se tratar exatamente de uma revogação, pois o precedente continua vigente, em que pese o resultado da decisão não ser compatível com a totalidade do precedente. Em seguida, sustenta que, em verdade, sua aproximação maior é com a técnica do *distinsuishins*. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014., P. 507)

## 5. REPERCUSSÕES NOS TRIBUNAIS

O sistema de precedentes judiciais institui nova ordem e dinâmica no funcionamento das decisões judiciais, tendo em vista que se colocam novos requisitos e exigências a fim de contribuir ao melhor desenvolvimento do sistema. Nesta perspectiva colocam-se algumas inquietações. Vejamos.

A partir do fortalecimento da jurisprudência, as decisões judiciais passam a constituir fonte do direito. Assim, um dos grandes objetivos dessa transformação é que os Tribunais passem a uniformizar sua jurisprudência de forma estável, íntegra e coerente –artigo 926 do NCPC-, com o fito de promover maior celeridade e segurança jurídica, pelo respeito às teses jurídicas fixadas nos precedentes.

Sob tal égide, os tribunais sofrem grande influência e adquirem obrigações para a preservação e construção do sistema de direito judicial, dentre os quais podemos mencionar o dever de jurisprudência sistemática, pela forma estável, íntegra e coerente, e o dever de publicidade dos precedentes.

Um das principais imposições e que já vem sendo praticada por muitos Tribunais refere-se ao dever de harmonizar e uniformizar jurisprudências, na intenção de minorar e extinguir controvérsias internas, que possam emitir decisões contrárias e prejudicar o sentido de integridade das decisões. Almejar que se possam construir um direito judicial refere-se à atitude de sistematizar os pronunciamentos dos juízes sob a mesma lógica, com caráter de estabilidade e com coerência de sistema.

O dever de integridade se coaduna com a pretensão de sistema e conformidade, na medida em que guarda relação com a manutenção e a construção de um microsistema de precedentes judiciais obrigatórios. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 477. )

Sob a nova ordem, os relatórios das decisões passam a assumir notável importância para a precisa individualização da causa e correta vinculação às razões de decidir ou, quando for o caso, para se proceder a diferenciação da demanda e não aplicação do precedente, promovendo-se o *distinguishing*, ou a superação, por meio do *overruling*.

Havendo mais de uma tese jurídica utilizada para fundamentar a causa, debates doutrinários afirmam que todas as teses vinculariam ao julgador futuro nos casos semelhantes, devendo justificar suas decisões com base em todas as teses utilizadas.

Tais medidas impõem a ônus de argumentação à autoridade judicial que desejar se afastar das teses prevaletentes, que exige um esforço qualificado para justificar a diferenciação ou superação da tese prevaletente ao caso concreto, motivando de forma justificada a aplicação da decisão diversa do precedente.

Em consequência, fortificam-se as críticas aos precedentes como limitadores da flexibilidade do julgador, tendo em vista a restrição que passa a oferecer ao julgador da causa no seu livre convencimento e que estaria obrigado a seguir o precedente firmado, ainda que não concordasse ou julgasse correto.

Em resposta ao debate sobre a valorização dos precedentes e a independência funcional dos juízes, o professor Aluísio Mendes e Larissa Silva:

É certo que, mesmo diante da valorização dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas, não se pode afirmar que desaparecerá, por completo, a objeção de julgadores que priorizam a sua independência funcional, mas também não há dúvida de que o novo Código pretende tornar a jurisprudência um dos centros da prática jurídica brasileira, estabelecendo seu caráter vinculante, com aproximação ao sistema de *common law*. O ponto de equilíbrio do novo diploma está na conjugação de três fatores (a) evitar a profusão de decisões divergentes proferidas e de caráter meramente persuasivo no que toca tanto aos precedentes, como à súmula e a jurisprudência; (b) assegurar a fundamentação das decisões, de forma que os precedentes disponham de clareza, solidez e profundidade nos seus fundamentos, para que possam ser respeitados e seguidos e (c) que sejam firmados dentro de um tempo razoável, mas com o amadurecimento das teses e argumentações formuladas. (MENDES, SILVA, 2015, p. 573-574)

O novo paradigma colocado se amolda ao Estado Constitucional e propicia um modelo processual democrático que prestigia o debate entre os interessados da decisão, rejeitando os pronunciamentos judiciais isolados, a fim de alcançar maior eficiência nos resultados e oportunizar às partes a ciência dos fundamentos decisórios, viabilizando o pleno exercício do contraditório.

Outro aspecto de suma importância passa a ser a publicização dos precedentes por parte dos Tribunais, a fim de conferir maior publicidade e amplo conhecimento das teses existentes pela comunidade jurídica, divulgando as jurisprudências recentes e os posicionamentos prevalecentes, de forma circunstanciada aos elementos fáticos, que possibilitem conferir a adequação a cada caso concreto.

Tal previsão está contida no artigo 927, § 5º do NCPC, que prevê que :”Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” Com efeito, aumenta-se o conhecimento e o acesso pelas partes, que possam ter seus direitos afetados pela força jurídica e vinculante de um precedente.

## **6. PORQUE UMA TEORIA NORMATIVA DE PRECEDENTES?**

O Código de Processo Civil de 2015 detinha a opção por dois caminhos a serem seguidos: um o de estabelecer um arcabouço legislativo de cunho meramente procedimental em que o código refletisse apenas normas de caráter exclusivo no tocante a prazos, tipos recursais, *etc* ou que enveredasse por uma visão macro do fenômeno processual e buscasse a construção de uma teoria do discurso judicial argumentativa, de aspecto substancialista e com a perspectiva de fundar uma teoria normativa do processo.

Para tanto, a porta de entrada do processo é de configuração das normas fundamentais com uma gama de princípios, postulados e garantias que vão sedimentar todo o texto e buscar contribuir para a unificação das bases de uma teoria geral do processo. Um sistema jurídico que não possua pilares sólidos tende a ruir com facilidade.

Precisa-se no Brasil de unidade e coerência no sistema jurídico, a partir de vigas mestras uniformes que pertençam a todos os processos e alinhavam as diretrizes genéricas e, depois, amoldam-se as especificidades de cada ramo do processo.

O que se pretende, portanto, é delimitar que a teoria geral do processo como promotora de uma teoria do discurso necessita de uma teoria normativa e procedimental e, com efeito,

institutos jurídicos que dão suporte a isso, como a teoria da ação, decisão, recursos, e, a que nos interessa, no particular, a dos precedentes.

A fundamentação de uma decisão judicial tem que levar em consideração a teoria dos precedentes, pois o discurso carrega a racionalidade prática e, com ela, vem a reflexividade, otimização, efetividade e normatização das relações interpessoais (Alexy 2004, p. 133).

A teoria do discurso é um procedimento de argumentação (Alexy 2004, p. 136), erigindo uma lógica de racionalidade procedimental universalista e o precedente vem como esse argumento de força para imprimir soluções a problemas na interpretação pelo Poder Judiciário.

Essa solução, por meio dos precedentes, na convivência dos seres humanos em sociedade torna-se extremamente relevante, visto que o discurso como ação comunicativa deve direcionar para uma razão argumentativa prática universal (HABERMAS, 2004 p. 313-326).

Os precedentes atribuem ao procedimento decisório a segurança de uma razão argumentativa imparcial e que promove isonomia entre cidadãos.

Por isso, Alexy se voltou a uma teoria da argumentação jurídica com o propósito de estatuir um rol de condições sobre o discurso prático, para que ele se justifique para uma dada sociedade e não caia no mero casuísmo, sem coerência interna. A normatividade do discurso em Alexy se apresenta, desse modo, pautada nas regras de argumentação que passam a ser normas para fundamentação de normas (ALEXY, 2001. P. 182).

Alexy está para o Código de Processo Civil e, especialmente, para os precedentes, posto que nos propõe regras gerais para a argumentação por precedentes e isso se torna indispensável para um sistema jurídico que clama por integridade e unificação, sob a baliza de um eixo axiológico de segurança e isonomia jurídica.

Vejamos as duas regras gerais dessa rota argumentativa por precedentes: a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito; b) quem quiser se afastar de um precedente assume uma carga de argumentação (ALEXY, 2001. P. 261).

Alexy não conseguirá nos explicar tudo, no que pertine aos precedentes, porém, tem o mérito de legar como imprescindível a argumentação, a razão prática do discurso jurídico quando se trabalha precedentes.

À guisa de primeira conclusão, tem-se que os precedentes não podem deixar de ser alavancados no direito brasileiro e constituem razão argumentativa do sistema pátrio. Reside logo uma dúvida: adoção deles como fontes do direito vinculantes ou não, meramente de eficácia persuasiva, aproximando-se do sistema de *common law* ou *civil law*?

Acolhe-se a crítica de Thomas da Rosa de Bustamante, para quem "do ponto de vista

descritivo, portanto, a prática de se seguir precedentes está muito mal caracterizada pela teoria tradicional, tanto nos sistemas de *common law* como nos sistemas de *civil law*. De um lado, no *common law*, o teórico do direito nos apresenta a um juiz extremamente formalista, escravizado por seus antecessores, que goza de muito pouca liberdade para ajustar os precedentes aos casos concretos. O precedente é visto como razão peremptória, que impede o juiz de deliberar sobre o caso concreto e de realizar qualquer valoração moral sobre os princípios que justificam (ou não) a aplicação da regra jurisprudencial a um caso concreto. De outro lado, no *civil law*, os teóricos descrevem o precedente judicial como se fora um fenômeno marginal no âmbito da argumentação jurídica, uma mera fonte de inspiração para decisões futuras pela força persuasiva dos fundamentos jurídicos da decisão precedente. Eles permitem aos juízes ocultar os verdadeiros fundamentos de suas decisões e tornam obscura ou, em alguns sistemas jurídicos (onde vigora o modelo de cassação), inexistente a justificação apresentada para a extensão analógica de precedentes e a diferenciação entre casos concretos." (Bustamante 2015, p. 282).

O precedente é essencial como razão argumentativa do Estado Democrático de direito brasileiro, entretanto, não como razão simplesmente vazia peremptória ou como mera inspiração.

É indubitável que, no cenário anterior ao novo Código de Processo Civil, já existiam diversos institutos que buscavam os precedentes, tais como ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, súmulas vinculantes, impeditivas de recursos, todavia, de modo impreciso, sem importar uma técnica do precedente vinculantes ou obrigatório, com um arquétipo que agasalhe todas as circunstâncias do caso, enfrentando argumentos como os de analogia, contra-analogia, ou seja, numa lógica de racionalidade do discurso metodologicamente firmada como prática universal e amparada por um sistema jurídico todo que respira a força das normas fundamentais. Todo sistema jurídico precisa de justificação adequada para suas decisões (Dworkin, 2011. P. 127), e os precedentes proporcionam essa responsabilidade política e, acima de tudo, de seriedade sobre os direitos fundamentais.

Não poderíamos estar alheios à ética de responsabilidade, por isso o CPC estrutura esse novo paradigma e afirma a necessidade da razão argumentativa no estado democrático pátrio.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As promessas de estabilidade provocadas com a chegada do sistema de precedentes judicial tornam-se atrativas em face dos grandes problemas vivenciados sobre a insegurança jurídica, ausência de celeridade processual para privilegiar maiores ganhos como certeza jurídica, eficiência decisória e isonomia. Contudo, essas mesmas vantagens nos impõem outros riscos e concessões sobre a singularidade dos casos, a liberdade de julgamento, o amadurecimento das causas e outras que nos fazem refletir sobre o rico universo humano.

Há que se ter o cuidado para não utilizar a técnica dos precedentes com a finalidade unicamente de reduzir o quantitativo número, independente de uma eficiência decisória no mérito, por meio da padronização da interpretação, pouca robustez argumentativa, que recaia em circularidade silogística e esvazie o compromisso argumentativo da discussão.

Assim, impõem-se os esforços em se investir na fundamentação jurídica para se prevenir uma aplicação errônea dos precedentes, que pretenda apenas prevenir a multiplicação de processos, quando deveria zelar pelo marco constitucional do processo, comprometido com a realização de direitos fundamentais e transformação democrática do processo, em observância ao contraditório-influência, que prestigia a contribuição dialógicas das partes para a construção da decisão judicial.

Esse novo paradigma processual permitiu a sua abertura de uma concepção dogmática e positivista do processo para novas incursões na Teoria do Direito, filosofia, sociologia a fim de viabilizar conhecimento integrado e coerente do nosso complexo sistema, na tentativa de minorar as falhas e procurar caminhos alternativos para solução qualitativa e quantitativa.

Tal medida permite maior coerência, na medida em que exige a conformidade com os conceitos de Teoria Geral do Direito, que aponta a uma solução jurídica pela utilização de critérios e instrumentos de controle da decisão, segundo um padrão de observância e interpretação da produção teórica e da dogmática jurídica.

A utilização da produção técnica permite uma utilização correta dos conceitos jurídicos em coesão lógica de raciocínio, que confira maior segurança jurídica e a própria controlabilidade da decisão pelos seus fundamentos e capacidade argumentativa.

Sob esta perspectiva a própria postura dos operadores do direito sofre influência para que adotem condutas e comportamentos éticos, pautados na boa fé objetiva e no princípio da cooperação, a fim de se conter os abusos processuais e otimizar a prestação jurisdicional, de forma célere e eficiente.

Especialmente, quanto aos precedentes, a fundamentação das decisões judiciais garante o conhecimento das reais razões de decidir, e validam o conteúdo decisório, na medida em que deriva da real apreciação a amadurecimento da causa, fruto do debate, por contribuição concorrente dos atores processuais. Assim, a argumentação adquire especial importância no sistema de precedentes, que legitima e transparece o discurso judicial.

Os precedentes oferecem um aumento de segurança jurídica e isonomia de tratamento, por meio da diminuição de decisões díspares e contraditórias, favorecendo à construção de um sistema jurídico com unidade e coerência que reflita aquele entendimento aos casos fáticos similares.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. SP: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. **El concepto y la validez Del Derecho y otros ensayos**. 2. Ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. P. 125- 240.
- \_\_\_\_\_. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie *et all.* (Coor.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Volume II. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 381-458.
- DIDIER Jr., Freddie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. 2013. Salvador: JusPodivm.
- DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GERHARDT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford, 2008.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Quais as bases científicas para um renovado direito processual? *In*: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. P. 861 – 868.
- HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann Da. Precedente e IRDR: Algumas considerações. *In*: DIDIER JR, Fredie *et all.* (Coor.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 567 – 589.
- NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coor.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P.245–276.
- ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: A jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. P. 231- 331.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. *In*: DIDIER JR, Fredie *et all.* (Coor.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 49 – 86.