

RECEBIDO EM: 17-03-2017

APROVADO EM: 03-05-2017

# OS PRECEDENTES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

*THE PRECEDENTS IN THE FOUNDATION OF JUDICIAL  
DECISIONS*

*Helena do Passo Neves*

*Doutoranda em Ciência Jurídica Privatística com programa Doutoral da  
Universidade do Minho, Portugal.*

*Mestrado em Direito (Conceito CAPES 5) Universidade Estácio de Sá.*

*Professora de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e de Prática Jurídica  
da Universidade Estácio de Sá.*

*Advogada Especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes.*

*Ricardo Fontes Macedo*

*Mestrando em Direito na Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.*

*Pós-graduado em Direito do Estado e Administrativo pela UNESA*

*Professor da Universidade Estácio de Sá*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Fundamentação das Sentenças no Civil Law; 1.1 A Fundamentação Judicial no Direito Português; 1.2 A Fundamentação no Sistema Brasileiro; 2 A Fundamentação no Sistema da Common Law; 3 Os Precedentes na Fundamentação das Decisões Judiciais; 3.1 Os Precedentes e a Tendência à Padronização Decisória no Brasil; 4 Um Caso Concreto: Fundamentação Judicial e os Novos Conflitos que Surgem nas Universidades; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo tem por alicerce a fundamentação das decisões judiciais, numa perspectiva comparada, tomando como referência os sistemas de precedentes de origem anglo-saxão e do sistema do Civil Law. Em termos específicos, com esse embasamento, analisa-se a diferença entre decisão e fundamentação, bem como a utilização de precedentes no ordenamento jurídico luso e brasileiro. Trata-se de pesquisa descritiva, cujas fontes abarcam doutrina, legislação e jurisprudência atinente aos aspectos centrais do objeto da reflexão e seus desdobramentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentação das Decisões judiciais. Common Law. Civil Law. Precedentes.

**ABSTRACT:** The foundation of present study is the reasoning of judicial decisions, in a comparative perspective, taking as reference the systems originated of the Anglo-Saxon and of the civil law. In specific terms, with this Foundation, analyzes the difference between decision and rationale, as well as the use of precedent in Portuguese and Brazilian legal and judicial system. This is descriptive research, whose sources include doctrine, legislation and jurisprudence with respect to the central aspects of the object of reflection and its offshoots.

**KEYWORDS:** Justification of Judicial Decisions. Common Law. Precedent.

## INTRODUÇÃO

No Direito Romano, o dever de fundamentar as decisões aplicava-se às sentenças sujeitas a recurso. A principal dificuldade de verificar-se a exigência resulta do fato de que as decisões eram tomadas pelos reis e déspotas que, seja pela coroação alegadamente por vontade divina, ou pela força das armas tornavam-se a própria lei. Em Portugal e na Espanha, com a expansão dos reinos, a exigência da motivação das sentenças decorreu da necessidade prática de controle pelos tribunais, as chamadas Casas de Suplicação, das decisões judiciais inferiores<sup>1</sup>.

Por exemplo, as Ordenações Manuelinas, além de inquirir de nulidade a sentença que não estivesse motivada, obrigava ao juiz, letrado ou não, a pagar multa, *para a parte, em cujo prejuízo for posta dita sentença*.<sup>2</sup>

É interessante sublinhar que o termo decisão é oriundo do latim, do verbo composto *de+caedere*=cortar e resulta da aglutinação do prefixo *de+caesum*, *decisione*, significando algo extraído, tirado, escolhido do que foi cortado, ou do que foi separado<sup>3</sup>. Por influencia de Aristóteles que empregou o vocábulo grego Προαιρεσις (*Proaíresis*<sup>4</sup>), com a conotação de livre escolha, decisão passou ao latim como sinônimo de *liberum arbitrium* (livre arbítrio).

Do ponto de vista do vernáculo atual, encontra-se no popular Dicionário da Língua Portuguesa de BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA<sup>5</sup> que decisão é *ato ou efeito de decidir(se); resolução, determinação, deliberação*.

Sob o enfoque do Direito, é esclarecedora a definição de TUCCI<sup>6</sup>, quando afirma que fundamentação é *o vocábulo designativo de lançar os alicerces, estabelecer, basificar, assentar, firmar as asserções expendidas*. Nesse passo interpretativo do termo, à medida que os fatos presentes no processo

1 Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25-33.

2 Ordenações Manuelinas, *Livro III, Título L*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. p. 191.

3 SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário Latino-Português, Livraria Garnier*. 10. ed. Rio de Janeiro: 1993. p. 339

4 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco III*. Coleção: Os pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 38.

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3ª reimpressão, 1975. p. 423.

6 TUCCI, Rogério Lauria. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, verbete Fundamentação, São Paulo: Saraiva, 1977. p.144/145.

são esclarecidos, é possível encontrar a solução dos pontos controvertidos, com a aplicação da norma jurídica tida como adequada.

## 1 A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS NO CIVIL LAW

O sistema do *Civil Law* abrange os países que sofreram colonização e influência do Direito Romano e, durante muitos anos, consideraram a Lei como principal fonte do Direito. Essa inferência parece clara nas observações transcritas a seguir:

[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico [...]<sup>7</sup>

O propósito da fundamentação das decisões judiciais é explicar com clareza o(s) motivo(s) subjacentes às decisões judiciais. No sistema do civil law, esse requisito vem de longa data, merecendo relevo a fundamentação no pós-guerra na Europa, como se expõe brevemente a seguir.

O Código Civil Francês, promulgado em março de 1804, no *Titre Préliminaire*, em seu artigo 5º, estabeleceu a regra segundo a qual era vedado ao juiz decidir sobre as causas que lhe era, submetida, meramente com respaldo em disposições gerais e regulamentares.

Na Constituição Italiana, o artigo 111 estabelece o comando segundo o qual *todas as decisões judiciais devem ser motivadas (tutti i provvedimenti giudiziale devono essere motivati)*.

7 São precisas as palavras de VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270

A Carta Espanhola de 1987 determina que *as sentenças serão sempre motivadas e serão proferidas em audiência pública (las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia publica- artigo 120, nº 3)*.

### 1.1 A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, o dever de motivar as decisões já era previsto em 1521, pelas Ordenações Manuelinas e foi mantido pelas Ordenações Filipinas, de 1603<sup>8</sup>.

A Constituição Portuguesa de 1976 impõe no artigo 205 º, 1 que *As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma da lei*. O artigo 20, 4 do mesmo dispositivo estabelece que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo:

A fundamentação nunca pode, em primeiro lugar, ser dispensada na sentença, tanto na parte em que constitui a decisão sobre a matéria de facto, quer na parte em que julga de direito, aplicando as normas jurídicas aos factos nela própria julgados provados<sup>9</sup>.

Na mesma linha, o artigo 154, 2 do CPC estabelece que:

A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.

Finalmente, o artigo 374 do Código de Processo Penal aduz que:

2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

A decisão judicial deverá declarar os fatos que julga provados e os que julga não provados, bem como a análise crítica da prova e esclarecer

8 Como relata LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 102.

9 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 78.

as que foram relevantes para sua convicção e as provas com valor fixados pela lei. (artigo 607 do Código de Processo Civil Português). Diante disso, exige-se dupla fundamentação: de fato e de direito.

O dever de fundamentação é explícito e inequívoco no ordenamento jurídico português. Exemplificativamente, entre outras bases legais, menciona-se o artigo 154-1 da Constituição Federal<sup>10</sup> que prevê que todas as decisões devem ser fundamentadas, exceto os despachos de mero.

Diante do que se expôs em breves traços até o momento é cristalino o dever de fundamentação das decisões judiciais; contudo a utilização dos precedentes não é obrigatória, como se demonstrará em momento posterior.

## 1.2 A FUNDAMENTAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

O Estado criador de si mesmo e das regras jurídicas que se aplicam a ele próprio e a todos que vivem sob comando criou três espécies de órgãos-funções: o órgão-função-legislativo, a quem incumbe criar as leis; o órgão-função-executivo, a quem compete levar a efeito os atos do Estado conforme a disciplina legal e o órgão-função-judicial a quem impende aplicar coercitivamente a lei a todos, inclusive ao Estado.

Ao contrário do que ocorre com o homem comum, que por natureza é dotado de livre arbítrio, somente cerceado por ditames legais, os órgãos-funções do Estado, por estarem submetidos às regras da lei tanto para existir, como para agir não desfrutam do livre arbítrio com a mesma amplitude. Compete ao ente estatal o dever de agir pautado interesse público, com transparência e responsabilidade, prestando contas dos seus atos aos cidadãos.

Regendo-se o mundo das leis precipuamente pela lei da finalidade, a vontade ou o interesse humanos só produzirão efeitos jurídicos, se estiverem qualificados juridicamente; ou seja, se houver respaldo legal acerca da premissa de efeitos concretos em favor da pessoa<sup>11</sup>, ou do coletivo.

Assim entendido o termo, fundamentar a decisão judicial implica o dever de justificar, esclarecendo com base em qual regra ou regras jurídicas,

10 Cfr FREITAS, op. cit., p. 142.

11 Cfr SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72 a 74 .

e em qual ou quais fatos comprovados o juízo firmou o convencimento que sustenta a conclusão e a decisão sobre a(s) questões que lhe foram submetidas, dependam elas ou não da iniciativa das partes<sup>12</sup>.

O dever de transparência exige que a expressão dos fatos ocorra em estilo narrativo ou descritivo, ou, em casos especiais pela indicação física do ocorrido, conforme lição de Pontes de Miranda:<sup>13</sup>

A sentença conta com a petição inicial [...], a reconvenção [...], a contestação [...], as informações orais das partes e as provas produzidas, os argumentos do debate que lhe pareceu colherem, em enunciados de fato, o que se passou. Desse material tira o juiz os fundamentos de fato, tais como as reflexões lhos forneceu no último estado da sua convicção. Depois, usualmente, os fundamentos de direito, sendo de todo ponto indispensável que ponha claro o que pertence às partes e o que constitui convicção do juiz.

O imperativo da motivação está presente no ordenamento jurídico desde as primeiras legislações processuais brasileiras; todavia foi alçado à categoria de direito fundamental com a Constituição Federal de 1988, segundo teor do artigo 93, IX: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*.

Na legislação infraconstitucional, merece realce o Código de Processo Civil em vigor, quando disciplina a fundamentação nos artigos 11, 321 e 489. Quanto explicita os elementos essenciais da sentença, o artigo 489 do Código de Processo Civil prevê a obrigação de aplicar precedentes nas decisões; de fundamentar a decisão, bem como interpretar o julgado de acordo com o princípio da boa-fé.

Em contrapartida, as forças resistentes ao Estado de Direito<sup>14</sup>, sempre respaldadas em pesados argumentos de autoridade contrapõem-se à luz, à clareza e à transparência que constituem a base do acesso democrático e universal à justiça.

<sup>12</sup> Cfr SCHMITZ, op. cit., p. 169 - 175

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n.2. p. 87/88.

<sup>14</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun./2008, p. 198/201.

## 2 A FUNDAMENTAÇÃO NO SISTEMA DA COMMON LAW

O sistema da *Common Law* é utilizado na comunidade britânica, com exceção da Escócia, que pertence a matriz romano-germânica - e, modo especial, com adequações, na maioria dos Estados da Federação americana.

Destacam os pesquisadores e juristas como Michele Taruffo<sup>15</sup> que, em geral, no comando legal é imposto o dever de motivar as sentenças sob o regime da *Common Law*. Esse dever é verificado de forma indireta, decorrendo de um princípio geral aceito do próprio sistema que se baseia em precedentes. Nele, a fundamentação não apenas justifica a decisão, mas principalmente cria jurisprudência.

Na Inglaterra, especialmente, a motivação tem a finalidade de convencimento de um julgador, para os demais que compõem o órgão colegiado das Cortes Superiores. Em consequência, a sentença final é o resultado da combinação das opiniões da maioria, formada pelo convencimento e não, como em outros países, pelo resultado da soma dos votos proferidos. O julgamento colegiado no regime da *Common Law* torna imprescindível que cada juiz expresse os motivos de fato e de direito que o levaram à decisão, pois transforma-se em modelo para convencimento de outros julgadores.<sup>16</sup>

A prática da motivação é de considerável importância, pelo que não se admite o *fair trail* (julgamento justo) que não seja ordinariamente precedido de decisão motivada<sup>17</sup>. A prática da motivação ocorre também em outros países do *Common Law*, como Escócia e Canadá.

Nos Estados Unidos, a tradição de motivar não segue o mesmo rigor dos sistemas supramencionados, sendo mais praticada nas cortes superiores dos Estados; em outras palavras, no processo civil americano, não se aplica um princípio geral de motivação dos julgados.<sup>18</sup>

No sistema do *Common Law*, há dois tipos de precedentes: o vinculante, denominado *binding precedent*, e o precedente de natureza

---

15 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paulo Ramos, Marcial Pons. São Paulo: 2015. p.307-309.

16 *Ibidem*, p. 309.

17 *Ibidem*, p. 312.

18 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

meramente persuasória, designado como *persuasive precedent*.<sup>19</sup> Nessa perspectiva, verifica-se maior autonomia e poder ao magistrado; a sentença final resulta da combinação das opiniões da maioria, diferente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nos quais os julgamentos decorrem de meros placares de votos individuais.

### 3 OS PRECEDENTES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O precedente decorre da aplicação da norma geral a um caso concreto, sendo que a decisão tende a servir como diretriz para decisões alusivas a casos semelhantes que se repetem com frequência.<sup>20</sup> Dessa forma, pretende-se evitar solução distinta para casos similares e ainda trazer segurança e isonomia aos jurisdicionados.

Registre-se que para uma decisão judicial seja considerada precedente é necessário que a vinculação decorra da regra de direito inscrita no julgado, denominada *ratio decidendi* ou *holding*, que é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.<sup>21</sup>

O problema é espinhoso e gera dissenso entre doutrinadores e pensadores do Direito. De um lado, situam-se os que conferem ênfase às garantias de segurança jurídica, celeridade processual, coerência e, do outro, os que se posicionam a criticamente em face do que entendem como tendência à padronização das decisões judiciais.

Quando se trata de precedentes, o intuito é de que o sistema disponha de recursos que favoreçam uniformização da jurisprudência; para tanto, as decisões judiciais devem ser fundamentadas com clareza, competindo ao juiz expor objetivamente os motivos que o levaram àquele posicionamento.

No sistema jurídico português, o precedente é utilizado na uniformização de jurisprudência nos termos dos artigos 688º e segs. do Código de Processo Civil Português.

Contudo, é fundamental ressaltar que o ordenamento jurídico português não prevê o precedente vinculante.

19 NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

20 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 2, p.386.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.222.

### 3.1 OS PRECEDENTES E A TENDÊNCIA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais passaram a serem aplicados em larga escala após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu os enunciados de súmula vinculante<sup>22</sup> e da repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário.

Contudo, somente após a Lei 11.417/2006 - que regulou a Súmula Vinculante, a Lei nº 11.418/2006, que dispôs sobre a repercussão geral das questões constitucionais e a Lei nº 11.672/2008 que disciplinou os recursos repetitivos, verificou-se maior destaque ao poder decisório vinculante.

Porém, o marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil foi a Emenda Constitucional nº 03/1993, que atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Antes disso, no Código de Processo Civil de 1973 já se encontra referencia à Uniformização da Jurisprudência com o intuito de padronizar os julgamentos no mesmo órgão jurisdicional, dentre outros.

Essas breves referencias são indicadores de que, há anos, o Direito Brasileiro manifesta interesse pelo sistema de precedentes, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência.

A criação de súmulas é semelhante aos precedentes norteamericanos (*stare decisis*), que se apoia na premissa: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”:

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante (*rectius*: *stare decisis*) que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘Standing by a decision (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.<sup>23</sup>

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 179.

23 PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 778.

Alguns autores<sup>24</sup> defendem que o efeito vinculante do sistema jurídico brasileiro assemelha-se à teoria do *stare decisis*, inspirado no modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade, criado para evitar inconformidades dos demais poderes em face das decisões dos Tribunais Constitucionais, a exemplo da Espanha e Alemanha.

Para outros juristas<sup>25</sup>, o efeito vinculante tem inspiração no *Bindungswirkung*, do direito alemão, que objetivou a ampliação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

Contudo, a teoria do *stare decisis* é instrumento de garantia de segurança jurídica e uniformização e harmonia da jurisprudência, ao subordinar julgadores às decisões das cortes superiores. O estabelecimento de precedente extrapola o limite de uma só decisão, provocada pelo julgamento de um caso concreto; o efeito vinculante pressupõe uma série de julgamentos idênticos para conflitos semelhantes ou análogos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o Brasil passou a evidenciar tendência de aproximação entre os sistemas do Common Law e do Civil Law, verificada em outros países.

A diferença central do ordenamento jurídico brasileiro para o anglo-saxão está no fato de os Tribunais Superiores não serem obrigados a restringir-se a decisões anteriores. Logo, no Brasil aplica-se o *stare decisis*; porém, desvinculado do mandamento de que o juiz deve apenas declarar o direito firmado em precedente.

Nesta seara, o Código de Processo Civil enalteceu os precedentes, quando atribuiu efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo STF e pelo STJ, em recursos extraordinários e especiais repetitivos, aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), nos termos dos artigos 928, 976 a 978, 947 e 992.

Registre-se a importância do caso julgado nos efeitos vinculantes das decisões tomadas na jurisdição constitucional, bem como o traço de semelhança com a Common Law, em razão do peso atribuído às decisões judiciais nesta seara.

24 LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

25 MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas, *Revista Jurídica Virtual*, v. I, n. 4, ago. 1999.

Os precedentes vinculantes não podem ser aplicados às decisões judiciais sem ligação e justificativa, vez que é obrigatório verificar se o caso paradigma possui semelhança com aquele que será analisado.<sup>26</sup> Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing* - distinção. Nessa linha de raciocínio, mesmo nos casos de precedente vinculante, o julgador poderá fazer o *distinguishing* do caso que lhe é submetido, conferindo prioridade à individualização da análise do caso concreto, desde que a decisão seja motivada, com respaldo no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 489 § 1º do Código de Processo Civil.<sup>27</sup>

A esse respeito, cabe destacar o posicionamento de Streck a respeito do tema:

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se preferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação (sic) na cadeia discursiva.<sup>28</sup>

Por outro lado, o *overruling* ocorre quando o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação, o que requer do órgão julgador atualização da hermenêutica jurídica em consideração ao novo contexto.

Como se demonstrou, a aplicação de precedentes com efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro adveio da necessidade de unificação da jurisprudência, bem como da busca de celeridade processual e eficiência da prestação jurisdicional, abroquelando-se na igualdade de decisões e na segurança jurídica.

---

26 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 177.

27 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: 2004. p. 174.

28 STRECK; ABOUD, op. cit., p. 180

O sistema brasileiro não se encontra mais tão arraigado ao sistema da *Civil Law*, pois aos poucos, abre-se à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais.

Diante das diversas demandas, com o intuito da celeridade processual foram implementados remédios paliativos, tais como súmulas vinculantes, uniformização de jurisprudência, adoção pelos tribunais de jurisprudência defensiva, sentenças-padrão (facilmente perceptíveis na prática) a casos distintos, julgamentos por amostragem, entre outros:

A Meta 2, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, não constitui imposição ao magistrado de prolação de sentença, mas mera recomendação, sob pena de incorrer em inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais.<sup>2</sup> Decerto, a denominada Meta 2 do CNJ, à luz da garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB), preza a celeridade na tramitação dos feitos judiciais, não a extinção dos processos a qualquer custo.<sup>3</sup> É inaceitável que tal ato sirva como subterfúgio para a prolação de sentenças padronizadas, destinadas apenas a diminuir o acervo do Judiciário, melhorando suas estatísticas, sem que se tenha verdadeira, adequada e eficiente prestação jurisdicional. 4. Inobservância da norma do §1º. do art. 267 do CPC. [...] Nesse passo, não resta alternativa senão anular a sentença para determinar o prosseguimento do feito. Dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC - 86<sup>29</sup>

Nessa linha de pensamento, a efetividade deixa de ser meio, para ser o fim, superando a distorção do conceito de efetividade, quando se resume à necessidade de decisões judiciais rápidas, inconsequentes e arbitrárias. A tendência à padronização de decisões, conforme o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 87.574/SP – 83, desconsidera a especificidade de cada caso.

A crítica à obrigatoriedade da aplicação dos precedentes repousa no risco de retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial. Alguns doutrinadores entendem que a padronização alija os julgadores do direito de apreciarem a lide com independência e conforme suas convicções jurídicas.

Outro problema grave é a possibilidade das decisões dos julgadores, de natureza eminentemente política, em especial, quando os integrantes do

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Processo nº 0007984-07.2003.8.19.0202- Recurso de Apelação*; DES. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 02/08/2011 - Quarta Câmara Cível; Processual Civil - Apelação Cível - Ação Ordinária

corpo julgador são, em maioria, nomeados pelo Presidente da República, como é o caso do STF, no cenário brasileiro. Nessa circunstância, a existência de precedente exime o julgador de maior esforço na fundamentação; pelo contrário, a padronização das decisões tende a engessar o Poder Judiciário, em sua missão de dizer o direito no caso concreto. Nestes termos, cabe registrar interessante crítica do Professor Lenio Streck<sup>30</sup>:

O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são “resolvidos” no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que? O que ocorreu é que voltamos a um lugar de onde nunca saímos: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma “autônoma razão teórica” e quando ela não é “suficiente”, delegamos tudo para a razão prática ...! E o que é a “razão prática”? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu *Fakticität und Geltung*: substituo a razão prática (evitada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas, por razões já explicitadas em Verdade e Consenso. Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo.

A garantia processual de fundamentação das decisões judiciais é referencia fundamental. Nessa linha de entendimento, o certo é que cada caso individualizado merece análise individual, não se admitindo despreocupação com a justiça no caso concreto, em favor da busca pela celeridade e da eficiência a qualquer custo.

Talvez essa vertente seja reflexo da ausência de uma teoria de precedente voltada para as peculiaridades da cultura brasileira. O processo justo somente será atendido, quando as decisões judiciais considerarem todas as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação a observância das garantias mínimas que o compõem, como se depreende das considerações transcritas a seguir:

---

30 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

A justiça está para lá da igualdade. Não se alcança através da uniformização desvirtuosa mas antes pela tolerância, compreensão e respeito pela diferença que nos é ingénita. Nessa medida, estaremos num melhor caminho se trabalharmos com as ideias de humanidade, de justiça e de equidade, em detrimento do mais facilmente manipulável e equívoco conceito de igualdade. Isto sem prejuízo de nos reconhecermos a todos como personae, sujeitos de direito e de obrigações, partícipes de uma natureza e de um destino comum. Até porque, e nisso temos de prestar atributo a esta noção, estamos todos igualmente sujeitos a infortúnio, e podemos todos ter necessidade de ver atendido o nosso eu e a nossa circunstância no dia de amanhã.<sup>31</sup>

#### **4 UM CASO CONCRETO: FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E OS NOVOS CONFLITOS QUE SURGEM NAS UNIVERSIDADES**

A sentença transcrita a seguir, proferida pelo juiz da 25<sup>a</sup> Vara Cível de Recife, não seguiu a perspectiva da automatização das decisões judiciais e representa importante julgado a respeito dos novos conflitos que surgem nas universidades e em outros contextos, em que se discutem as fundamentações das decisões judiciais:

25a Vara Cível - B, de Recife - Processo no. 781/92-2017

##### **SENTENÇA**

Vistos, etc...

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Klenia Laves Novaes e outros contra IBGM - Instituto de Gestão e Marketing, todos qualificados, afirmando autores que são estudantes de enfermagem junto ao réu, e que foram reprovados em uma disciplina do oitavo período e não podem prosseguir ao nono período do curso, o que irá atrasar a conclusão acadêmica, pelo que precisam estudar com professores diferentes do semestre passado, ante o desgaste sofrido com as reprovações, pelo que pedem providências judiciais, gratuidade da justiça, proteção do código do consumidor e atribuem à causa o valor de setenta mil reais. Determinei emenda da inicial em 06 do corrente, alterando autores valor da causa para mais de cento e vinte e sete mil reais e insistindo na tutela antecipada para serem matriculados no nono período do curso.

31 AGUIAR E SIVA, Joana. Igualdade ou equilíbrio hermenêutico da diferença. *Scientia Iuridica*, Ed. Scientia & Ars, Portugal, TOMO LXII | NÚMERO 333 | set./dez. 2013, p. 518.

Relatados, decido:

Indefiro já por sentença a petição inicial por falta de fundamento jurídico com absoluta segurança por que, além de juiz, sou professor universitário. Ora, os autores são alunos de uma faculdade, foram reprovados e querem avançar no curso sem passar pela matéria pré-requisito, e ainda exigem professores diferentes dos que os reprovaram semestre passado. Data vênia, inexistente qualquer chance de êxito desta demanda neste Juízo. A vitimização da sociedade estimulada pelo Governo, transformou alunos em consumidores e professores em empregados, e o país perdeu o prumo educacional, numa proliferação irresponsável de faculdades, sendo mais importante passar pela faculdade do que efetivamente aprender. Se os autores estão insatisfeitos com o nível do ensino da ré, devem trocar de faculdade e não pedir intervenção judicial para avançar sem aprovação. Um juiz pode muito, mas não pode tudo, e pela especificidade da função, não pode o Judiciário se imiscuir no método acadêmico de ensino, ou nos critérios de correção de prova pelo professor. Ainda determinei a emenda da inicial conforme art. 321 do CPC, mas sem sucesso conforme petição de fls. retro. Aproveito para indeferir justiça gratuita pedida pelos autores pois estudam em faculdade privada e arcam com expressivo valor da mensalidade, deixando de comprovar a miserabilidade do art. 5º, LXXIV da CF; ainda são dezenas de autores que podem ratear as custas iniciais sem incorrer em evasão fiscal e comprometer sua condição financeira. Isto posto, indefiro já por sentença o pedido inicial por falta de fundamento jurídico, com base nos arts. 319, III, e 330, IV, CPC, e condeno autores nas custas iniciais.

Sem honorários por que não houve citação.

Para fins de prevenção, cite-se o réu desta demanda, mas sem necessidade de oferecer contestação.

PRI e archive-se.

Recife, 23 de janeiro de 2017

Juiz Rafael de Menezes

- em exercício -

A decisão não se pautou pelo modelo padronizado, pois diversos julgados incentivam a mercantilização do ensino, sob o argumento de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A esse respeito, cumpre esclarecer que, nas Universidades privadas brasileiras, o aluno é tratado como cliente e todos os pleitos são deferidos por mais estapafúrdios e contrários ao interesse acadêmico.

Embora indiretamente ligada ao tema principal, nesse julgado é evidente a fundamentação subjetiva da decisão, na qual o julgador expressa uma carga de valores, sentimentos, experiências práticas, cultura que:

São muitas as motivações sentenciais. É verdadeiramente impossível ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente a explicação de como se convenceu, será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis. Podem-se distinguir três planos de motivações: probatórias, pessoais e ideológicas. São motivações que se ligam entre si e se influenciam dialéticamente. [...] São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais e culturais) personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos e intelectualização. [...] Quer-se se chamar a atenção neste livro para o fato de que os juízes são profundamente afetados para sua concepção de mundo: formação familiar, educação autoritária ou liberal, valores de sua classe social, aspirações e tendências ideológicas de sua profissão. Enfim, todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal a até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas por si. É a motivação ideológica da sentença<sup>32</sup>

A decisão seguiu a motivação ideológica do julgador, não obstante seja nítida a falta de fundamento legal. Diante desse dado de realidade, o judiciário está preparado para a fundamentação subjetiva, ou seria melhor a padronização das decisões como visto no item acima?

[...] ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença deriva de sentir.<sup>33</sup>

32 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: *Livraria do Advogado*, 1994. p. 15/16.

33 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Lisboa: *Livraria Classica*, p. 145.

## 5 CONCLUSÃO

Os critérios legais e judiciais existentes nos sistemas da *Common Law* e os que derivam da chamada *Civil Law* são assinalados por diferenças que não permitem comparação, a não ser pela própria diferença.

Destaque-se, por exemplo a legitimidade do juiz que julga sob os princípios da *Common Law* que, em muito, difere do magistrado cuja bússola se orienta sob o império da *Civil Law*.

O dever de fundamentar a decisão é inerente à função do juiz luso-brasileiro, que dele não pode furtar-se sob qualquer pretexto ou sofisma.

Os defensores do sistema *Civil Law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica impõe a observância pura e simples da lei. Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções subjetivas do próprio julgador, não se mostra suficiente para assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

A utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “*Civil Law* brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes.

No sistema brasileiro, a insegurança jurídica decorrente de decisões díspares em casos semelhantes, por exemplo, circundada pela ausência de controle efetivo e justo da atividade decisória do Judiciário comprometem o próprio Estado.

O novo Código de Processo Civil procura resolver o problema, mediante aplicação dos precedentes nas decisões judiciais. Com isso, ocorre a aproximação dos dois sistemas (*Civil Law* e *Common Law*): a abertura progressiva e rápida à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais e no *Common Law* verifica-se a necessidade de leis.

O fenômeno é patente, diante da maior interação entre os sistemas e do fenômeno da globalização, gerando até a criação de um Direito Europeu por parte da União Europeia.

A aplicação de precedentes nas decisões judiciais tem pontos positivos e negativos. As perspectivas analíticas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

A esse respeito, é forçoso recordar que a padronização das decisões pode retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial e a possibilidade de decisões politizadas. Por outro lado, há circunstâncias em que o julgador decide arbitrariamente, conforme valores pessoais ou motivação ideológica, sem que demonstre o imprescindível fundamento legal.

Assim, antes de adotar um sistema de precedentes, é necessário promover a reflexão e compreensão do tema entre os operadores do direito, de maneira a promover condições para que o magistrado exerça o “livre” convencimento, sem a costumeira preocupação com metas de produtividade definidas pelo sistema judiciário. Em última instância, o critério de justiça basilar deve ser a qualidade dos julgados, no estrito respeito aos direitos dos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR E SIVA, Joana. *Igualdade ou equilíbrio hermenêutico da diferença*, SCIENTIA IVRIDICA, Scientia & Ars, Portugal, TOMO LXII, n. 333, set./dez. 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco III*. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Lisboa: Livraria Classica.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Nova Fronteira, Rio de Janeiro 3ª reimpressão, 1975.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios à luz do novo código*, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas, *Revista Jurídica Virtual*, v. I, n. 4, agosto de 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Livro III, Título L. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, 2. ed. n. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário Latino-Português*. 10. ed. Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1993

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivum, 2015.

\_\_\_\_\_, *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paulo Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2015

TUCCI, Rogério Lauria. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, verbete Fundamentação. São Paulo: Saraiva, 1977.

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

\_\_\_\_\_, *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009.

