

# FUNDAMENTAÇÃO E *STARE DECISIS*: UMA RELEITURA DA REGRA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

LUCAS LOPES MENEZES

Mestrando em Direito público pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Curso de Especialização *JusPodVm*. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo busca examinar o impacto que a adoção do sistema de precedente judicial gerará no direito fundamental à motivação das decisões judiciais, buscando compreender o novo sentido da norma que obriga os juízes a fundamentarem os seus atos decisórios à luz da teoria do *stare decisis*. Para tanto, procurou-se investigar, por meio de um levantamento bibliográfico, o tratamento que é conferido à regra da motivação das decisões judiciais, no *civil law* e direito brasileiro, nos países filiados à tradição da *common law*. Identificados as disciplinas jurídicas da regra da motivação das decisões judiciais em cada tradição jurídica, procurou-se demonstrar a aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema tradicionalmente aplicado nos países da *common law*, demonstrando-se a necessidade de repensar e redimensionar o dever de motivar as decisões judiciais à luz da teoria do precedente judicial.

**Palavras-chave:** Precedente Judicial, Fundamentação, *civil law*, *common law*, Regra da motivação das decisões judiciais.

**Abstract:** This article intends to examine the impact that the adoption, in Brazil, of the judicial precedent system will create in the fundamental right of the motivation of judgments, searching to understand the new meaning of the rule that obligates the judges to justify their decisory acts in accordance to the *stare decisis* theory. Therefore, a investigation was made, through a literature review, about the treatment that is given to the rule of motivation of judgments in civil law and the Brazilian law, in countries affiliated to the common law tradition. Once identified the legal theme of the rule of motivation of judicial decisions in each legal tradition tried to prove the connexion that exists between the Brazilian legal system and the system used in common law countries, showing the need to rethink and resize the obligation to motivate judicial decisions based on the theory of judicial precedent.

**Keywords:** Judicial Precedent, Reasoning of judgments, *civil law*, *common law*, the rule of judicial decision's motivation.

## 1 INTRODUÇÃO.

A motivação das decisões judiciais, no direito brasileiro, a semelhança do que ocorreu em outros países da tradição *civil law*, foi compreendida como instrumento de

controle dos atos decisórios, sendo voltada para o combate das arbitrariedades cometidas pelo juiz contra as partes, bem assim para o exercício do chamado controle difuso, este último realizado pela Sociedade por meio da Democracia Participativa.

No entanto, nos últimos anos, especialmente em razão da concepção da atividade criativa do juiz, vem ganhando força, no cenário jurídico brasileiro, a teoria do *stare decisis*, tradicionalmente aplicada nos países da *common law*.

A Lei Federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) – que entrará em vigor no dia 18 de março de 2016<sup>1</sup> – demonstra a importância que a teoria do precedente judicial vem recebendo não só pela doutrina, mas também pelo legislador pátrio, tendo disciplinado, nos seus artigos 926 e seguintes, especificamente a matéria.

Por sua vez, o sistema de precedentes judiciais trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro noções, conceitos e institutos que, além de serem pouco conhecidos pelo operador do direito pátrio, são estranhos a sua cultura jurídica. Por conta disso, será necessário, para uma correta aplicação do precedente judicial, que sejam absorvidas e incorporadas – não de forma acrítica, é claro – alguns aspectos e conceitos tradicionais dos países de origem anglo-saxônica ao direito brasileiro, o que exigirá que sejam repensados e redimensionados muitos dos princípios e regras que estruturam o direito processual civil.

A adoção da teoria do precedente judicial, no Brasil, será (ou deve ser) acompanhada não só de uma adaptação normativa do ordenamento jurídico, mas de uma necessária e inevitável mudança do pensamento que sempre orientou o sistema brasileiro, afinal, como bem lembra o filósofo Thomas Kuhn, “...when paradigms change, the world itself changes with them”<sup>2</sup>.

Portanto, não há como se imaginar um sistema de precedentes judiciais, com a incorporação de conceitos até então estranhos ao operador do direito brasileiro, desprezando toda a doutrina já desenvolvida, nos países de tradição *common law*, acerca da teoria do *stare decisis*.

---

<sup>1</sup> Com efeito, a Lei Federal nº 13.105/2015 foi publicada no Diário Oficial da União, no dia 17 de março de 2015, entrando em vigor um ano após a data da sua publicação, conforme previsto no seu art. 1.045. Cumpre observar, porém, que a doutrina diverge sobre o início da vigência do novo Código de Processo Civil, conforme anotações de Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha e Ravi Peixoto, no artigo “Sobre o início da vigência do CPC/2015”, disponível em <http://portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-do-cpc2015/>.

<sup>2</sup> KHUN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 2. ed. Chiago: The University of Chicago, 1970, p. 111.

O objetivo deste trabalho é examinar o impacto que a adoção do sistema de precedente judicial gerará (*rectius*: gerou) no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na compreensão da regra da motivação das decisões judiciais.

No entanto, não se pretende, aqui, ao final deste ensaio, impor uma nova forma de entender a fundamentação dos atos decisórios. O objetivo principal é promover a reflexão acerca do tema, notadamente em razão da importância que a teoria do precedente judicial vem ganhando no direito brasileiro.

## **2 A MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS NOS SISTEMAS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*.**

O juiz, na tradição *civil law*, ao menos na sua fase embrionária, sempre foi atrelado às regras escritas, à Lei. Em verdade, os revolucionários franceses, diante da aproximação que havia entre os juízes e o monarca, procuraram controlar os atos do Poder Judiciário, sujeitando-o ao imperativo da lei, de modo que a supremacia do parlamento foi compreendida como a sujeição do juiz ao legislador. Assim, o princípio da legalidade, neste particular, veio para restringir a atuação do magistrado, de sorte que ao juiz não era dada a possibilidade de interpretar a lei, devendo apenas declarar a vontade expressada pelo legislador: *judge bouche de la loi*.<sup>3</sup>

Neste contexto, a regra da motivação das decisões judiciais surge, na Europa continental, na segunda metade do século XVIII, como fator determinante para o exercício do controle dos atos jurisdicionais<sup>4</sup>.

Os revolucionários franceses visualizaram na exigência da motivação das decisões judiciais um instrumento de garantia da legalidade dos atos praticados pelo magistrado. Exigia-se, então, que as decisões fossem motivadas para que fosse possível o exercício do controle pelo Tribunal de Cassação. Nas palavras de Taruffo, a motivação, na França do século XVIII, era “considerada essencialmente como el momento fundamental de garantia de la legalidad de la decisión, en una situacion histórica em la que se planteaba como evidente

---

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-49.

<sup>4</sup> TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. trad.Lorenzo Cordova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 293.

prioridad la clara connotación política del propio principio de legalidad...”<sup>5</sup>. No mesmo sentido, afirma Ramires:

...a função da motivação da sentença no período iluminista-positivista era o zelo pela observância da lei, limitando o arbítrio dos juízes e reafirmando a supremacia do legislativo. As decisões cujas motivações não se adequavam ao novo regime eram cassadas, e não por acaso o Tribunal da França Revolucionária funcionava junto ao Poder Legislativo.<sup>6</sup>

Talvez seja em razão desta circunstância histórica que, na maioria dos países da *civil law*, a regra da motivação das decisões judiciais tenha sido positivada nos seus ordenamentos jurídicos, não raro com status constitucional<sup>7</sup>.

Por outro lado, se na *civil law* a presença de regra exigindo a motivação dos atos jurisdicionais se apresentava como algo essencial, a marca característica dos “ordenamientos procesales de la *common law* reside em la ausencia de la obligación de motivación...”<sup>8</sup>.

Na *common law*, ao contrário do que ocorreu na Europa continental, as origens históricas contribuíram para a criação de um direito cujas bases estavam sedimentadas no costume judicialmente reconhecido, que com o passar dos anos ganhou força obrigatória, conquanto não existisse nenhuma regra escrita que obrigasse os magistrados a seguir o entendimento firmado em um julgamento anterior. Foi, portanto, o próprio costume jurisprudencial que deu azo à vinculação do magistrado aos julgamentos anteriores.

Do mesmo modo, embora não houvesse qualquer regra escrita que obrigasse os juízes a fundamentarem as suas decisões, o próprio sistema jurídico anglo-saxônico tratou de “instituir”, na prática, a motivação das decisões judiciais. A bem da verdade, na *common law*, não houve a necessidade de sujeitar o juiz ao Parlamento. Ao contrário, os atos do Parlamento, que estavam sujeitos ao *common law*, podiam ser controlados pelo Judiciário. O

---

<sup>5</sup> Id.Ibd, p. 299.

<sup>6</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.

<sup>7</sup> Obtempera, contudo, Mauricio Ramires que foi após o “(neo)constitucionalismo do pós-guerra do século XX que a motivação das decisões judiciais ganhou o seu status atual de verdadeira garantia democrática.” (Id., Ibid., p. 39.). Embora se possa, realmente, identificar na revolução causada pela visão inaugurada pelo neoconstitucionalismo o motivo da atual concepção da motivação, a partir da obra de Michel Taruffo, pode-se concluir que o temor pelo juiz por parte dos revolucionários franceses e, conseqüentemente, a necessidade de atrelá-lo ao Parlamento serviram de base para justificar, politicamente, a adoção exigência da motivação dos atos judiciais. Nesse sentido, afirma Barbosa Moreira: “Registra a história do direito precedentes antigos de decisões judiciais que precisavam ou costumavam ser motivadas. A partir da segunda metade do século XVIII, por me, é que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juízes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam – imposição em regra qualificada pelo requisito da publicidade.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. in: **Temas de Direito Processual**: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83) .

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. trad.Lorenzo Cordova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 312.

magistrado não era visto como “inimigo”, de modo que o *common law* “confiou e apostou no Judiciário” que assumiu um papel protagonista na tradição anglo-saxônica<sup>9</sup>.

De tal sorte, como não havia uma desconfiança do juiz, não houve a necessidade da instituição do dever de motivação das decisões judiciais, como ocorreu nos países da tradição *civil law*. A motivação era “natural and experience customary, and at any rate altogether desirable”<sup>10</sup>. Em outras palavras, a motivação decorreu da própria tradição da *common law* cujas bases, como já dito, proporcionaram a construção de um direito jurisprudencial, pautado no respeito aos precedentes judiciais.

A força vinculante dos precedentes possivelmente tenha sido o principal fator para que o juiz da *common law* motivasse as suas decisões judiciais. Com isso, ao contrário da concepção da motivação predominante na Europa continental, vista como instrumento de garantia da legalidade, na tradição *common law*, a motivação foi compreendida como meio de criação, identificação e compreensão das razões que levavam o magistrado a decidir.

A motivação, no direito anglo-saxônico, é um instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*. Realmente, dada a natureza criativa da atuação judicial – sempre admitida na *common law*, embora não sem resistência –, o juiz motiva a sua decisão não apenas para justificar o seu discurso, mas, sobretudo, porque ela representa a criação judicial do direito.

É equivocado, portanto, como bem esclareceu Barbosa Moreira, o entendimento de que, nos países anglo-saxões, a motivação das decisões judiciais é desprezada por seus ordenamentos jurídicos. Lembra o mencionado autor que “os estudiosos da matéria assinalam que a motivação constitui procedimento constante, incorporado à tradição, principalmente das Cortes Superiores.”<sup>11</sup> E, em seguida, arremata:

“Se não tratou de editar regra legal genericamente impositiva da fundamentação, é que, como toda a probabilidade, não se terá julgado necessário formular a exigência em texto escrito. Mas parece inconcebível uma mudança de rumos na praxe judiciária: **chega-se a afirmar que, se os Tribunais deixassem de fundamentar suas decisões, todo o sistema do *case law* cairia por terra. Basta pensar, com efeito, na importância das razões de decidir para a atuação do mecanismo dos precedentes.**”<sup>12</sup> (grifos adotados)

---

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. p. 50-51.

<sup>10</sup> BETHAM, Jeremy. Apud. TARUFFO, Michele. Op cit., p. 318.

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. in: **Temas de Direito Processual**: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 84.

<sup>12</sup> Id., ibd., loc. cit.

Nota-se, então, que, embora a fundamentação, nos países de tradição *common law*, possa não ser vista como um requisito de validade da sentença civil<sup>13</sup>, como ocorre no sistema da *civil law*, isso não a torna um elemento desprovido de valor, no contexto jurídico anglo-saxônico. Na *common law*, a fundamentação dos atos jurisdicionais apenas é compreendida em uma perspectiva distinta – não, porém, menos importante – da *civil law*, especialmente em razão da concepção do sistema de precedente judicial.

De fato, enquanto nos países da *civil law*, a motivação foi concebida como instrumento de controle dos atos judiciais, na *common law*, onde pouco se procurou restringir a atuação dos juízes, a fundamentação foi posta como meio de compreensão das normas jurídicas criadas pelos magistrados a partir da análise do caso concreto, ou seja, da *ratio decidendi*. Em outros termos, pode-se concluir que a motivação, na *common law*, foi colocada a serviço do desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais.

### **3 A CONCEPÇÃO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, NO DIREITO BRASILEIRO.**

A concepção da fundamentação, no direito brasileiro, não destoa muito da que foi instituída nos demais países de tradição *civil law*, sendo certo que a regra da motivação das decisões judiciais sempre foi imperativa do ordenamento jurídico pátrio. Faz parte, portanto, da tradição jurídica brasileira a exigência de que os provimentos jurisdicionais sejam motivados<sup>14</sup>.

A razão da obrigatoriedade da motivação dos atos decisórios decorria, segundo Nojiri, da necessidade de haver um controle das decisões judiciais pelas partes envolvidas no litígio. As Ordenações Filipinas, por exemplo, reconheceu o direito das partes conhecerem as razões da decisão para que elas pudessem avaliar a conveniência de apelar ou agravar das sentenças<sup>15</sup>. De tal modo, no Brasil, a fundamentação das decisões judiciais, em um primeiro momento, era entendida como forma de controle da atuação do magistrado pelas partes do processo. Predominava, com efeito, uma visão endoprocessual, bem definida por Taruffo:

“...a função que é atribuída à motivação é interna somente ao processo e consiste essencialmente: a) no consentimento às partes do mais ágil exercício do direito de

---

<sup>13</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

<sup>14</sup> NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 29.

<sup>15</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 29.

impugnação, meio de conhecimento dos motivos da decisão; b) em facilitar o controle do juiz da instância superior (dell' impugnazione) sobre a mesma decisão”<sup>16</sup>

Por outro lado, ainda em uma perspectiva endoprocessual, a fundamentação se voltava para convencer as partes, em especial a que foi derrotada, sobre o acerto da decisão proferida, permitindo, com isso, a análise da conveniência da interposição de eventuais impugnações<sup>17</sup>. De fato, a decisão judicial, sendo um ato de comunicação, deve persuadir os seus destinatários, na tentativa de convencê-los de que o magistrado julgou corretamente a demanda, apreciando os elementos que foram postos no processo<sup>18</sup>.

Contudo, “os aspectos endoprocessuais são insuficientes para revelar todas as facetas que o dever de fundamentar as decisões judiciais implica.”<sup>19</sup>. Conforme afirma Nojiri, “Se acaso a fundamentação só se prestasse para que os juízes de instância superior pudessem conhecer as razões pelas quais um juiz de instância inferior decidiu desta ou daquela forma, não haveria necessidade de se fundamentar uma decisão de última instância...”<sup>20</sup>

De todo modo, compreendia-se, no Brasil, a motivação em uma perspectiva meramente instrumental. A motivação era necessária, porque imprescindível para o exercício do controle das decisões judiciais pelas partes, que poderiam, acaso assim desejassem, apresentar as suas impugnações recursais. Era uma regra, portanto, voltada para o correto funcionamento dos mecanismos processuais<sup>21</sup>, sendo pouco relevantes as suas repercussões extraprocessuais.

Segundo Ramires, foi o neoconstitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial que deu os contornos da atual concepção da motivação das decisões judiciais<sup>22</sup>. A nova ordem política instaurada a partir dessa época, voltada para uma preocupação dos direitos e liberdades civis, impôs uma alteração da figura do Estado cujos atos passaram a ser regidos pelas Constituições. A partir desse novo paradigma, surge, então, o chamado Estado constitucional democrático.

---

<sup>16</sup> TARUFFO, Michel. Apud. NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 30.

<sup>17</sup> BELLENTANI, Rogério Zavarize. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004, p. 51-52.

<sup>18</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 103.

<sup>19</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 32.

<sup>20</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 32.

<sup>21</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 30.

<sup>22</sup> RAMIRES, Maurício. Op cit., p. 39.

Com efeito, o neoconstitucionalismo promoveu uma revolução copernicana no direito, colocando abaixo a supremacia do Princípio da Legalidade cuja dimensão também passou a percebida à luz da Constituição.

No direito processual, a nova visão constitucionalista foi determinante para a mudança da compreensão dos institutos processuais, sobretudo porque esse novo paradigma trazia com ele a exigência de uma garantia judicial da Constituição<sup>23</sup>, o que, de certo modo, colocava em confronto o juiz e o legislador. Ao juiz, pois, foi deferido o poder de controlar os atos legislativos, pondo-os em confronto com as normas constitucionais.

Dentro dessa nova perspectiva, a decisão judicial, enquanto manifestação do exercício do poder estatal, necessitava de legitimação, especialmente em sistemas, como o brasileiro, que não permite a investidura do magistrado por meio voto popular<sup>24</sup>.

Neste contexto, a motivação dos atos judiciais, até então compreendida de forma meramente instrumental, deixou importar apenas aos sujeitos processuais, sendo vista, para além dos interesses das partes, como uma forma de assegurar o controle, pela sociedade, das decisões proferidas pelos juízes.

Não foi sem razão, portanto, que as Constituições, que redimensionaram a relação entre os poderes do Estado, positivaram a regra da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, agora, no entanto, sob uma perspectiva extraprocessual<sup>25</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, alcunhada de Carta Cidadã, tratou do tema, prevendo expressamente, em seu art. 93, inciso IX, o dever do magistrado fundamentar as suas decisões. Portanto, a Constituição Federal de 1988, influenciada pela onda neoconstitucional, inaugurou um novo cenário, no ordenamento jurídico pátrio, ao elevar ao patamar constitucional a regra da motivação dos atos jurisdicionais. Deveras, a fundamentação passou a ser compreendida como um instrumento de controle difuso das decisões judiciais, permitindo que o povo, titular do poder soberano, fiscalizasse os atos praticados por seus juízes. Neste particular, então, sobreleva o escopo público da motivação, dada a dimensão de seu significado jurídico-político.

Com efeito, a partir do momento em que a garantia da liberdade e demais direitos fundamentais passaram da lei para a Constituição cuja guarda, em última análise, foi deferida

---

<sup>23</sup> CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: *JusPodVm*, 2011, p. 42.

<sup>24</sup> SOUZA, Wilson Alves. O princípio da motivação das decisões judiciais no Estado Constitucional democrático e numa perspectiva ética. In: **II Jornada de Direito Processual Civil**. Brasília: ESMAF, 2010, p. 255.

<sup>25</sup> RAMIRES, Maurício. Op cit., p. 39.

ao Poder Judiciário, era preciso adequar os atos judiciais a essa nova realidade. Assim, as decisões judiciais deixaram de ser apenas um instrumento de solução dos conflitos particulares postos à apreciação dos juízes, sendo destinadas, também, a todo e qualquer jurisdicionado, na medida em que, como pondera Alves de Souza, o “povo precisa saber como os juízes estão decidindo os casos a eles submetidos a julgamento...”<sup>26</sup>, exercendo, dessa forma, o seu controle difuso.

Daí porque, para Nojiri, a função extraprocessual da fundamentação reflete a necessidade dos juízes legitimarem as suas decisões, possibilitando que a sociedade controle os provimentos jurisdicionais. De fato, a legitimidade do ato judicial repousa na necessidade dos órgãos atuarem como meros delegados do povo, em espaços já juridicamente delimitados. O povo, enquanto titular do poder, “não só participa na formação da vontade estatal como também no controle de seus atos, direta ou indiretamente.”<sup>27</sup>

Por outro lado, a possibilidade do juiz controlar os atos legislativos, além de significar o relevante aumento dos seus poderes, trouxe para ele um dever de argumentação. Bem lembra Marinoni que o juiz, “ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição.”<sup>28</sup>. O controle judicial dos atos legislativos, de acordo com mencionado autor, justifica-se quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão fundamentados em argumentos reconhecidos como bons ou plausíveis pelas pessoas que aceitam a Constituição.<sup>29</sup>

Adverte, por outro lado, Mitidiero que “A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para aplicação dos princípios e regras mediante postulados normativos e para concretização de termos indeterminados.”<sup>30</sup>

Em síntese conclusiva, pode-se afirmar que a regra da motivação no direito brasileiro, antes vista como um simples meio de contenção do arbítrio do juiz contra as partes, com o advento do neoconstitucionalismo foi redimensionado, ganhando relevo sua função

---

<sup>26</sup> SOUZA, Wilson Alves. Op cit., p. 255.

<sup>27</sup> NOJIRI, Sérgio. Op cit., p. 62.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 54. nº 347. São Paulo: Editora Fonte do Direito, 2006, p. 40.

<sup>29</sup> Id.,Ibd., p. 42.

<sup>30</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: **Revista de Processo**. Ano 37. nº 206. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.67.

extraprocessual, passando a ser compreendida como forma de legitimar a atuação do Judiciário ante a sua função de controlar os atos legislativos.

#### 4 SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL.

A corrente neoconstitucional promoveu profundas mudanças no pensamento jurídico então predominante. A principal delas foi a inclusão do paradigma constitucional, que colocou a Constituição no núcleo dos ramos do direito. O Direito passou a ser enxergado à luz da Constituição, de modo que não houvesse norma que pudesse ser extraída sem passar pelo crivo dos preceitos constitucionais.

Essa revolução, por sua vez, fez com que caísse por terra a compreensão – até então preponderante nos países de tradição *civil Law* – de que o juiz não desempenhava uma atividade criativa, limitando-se a declarar a vontade do legislador.

No Brasil, cujo sistema jurídico pertence ao *civil law*, a compreensão da atividade criativa do juiz começou a ganhar força a partir da ideia de que era possível controlar os atos legislativos, submetendo-os aos princípios constitucionais. Como adverte Marinoni, “se o direito não está na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”<sup>31</sup>.

Neste passo, pode-se afirmar que o método de controle de constitucionalidade foi o mote para o início do redimensionamento do papel do juiz no ordenamento jurídico pátrio, que passou de “uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei”<sup>32</sup>, para “um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais”<sup>33</sup>.

Por outro lado, o magistrado, ao interpretar as normas jurídicas diante do caso concreto, cria a partir dos fatos por ele examinados uma outra norma que servirá para regular as situações semelhantes ao caso julgado. Origina-se, então, o precedente judicial.

---

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 68. Além disso, Didier, Braga e Oliveira lembram que a atividade criativa também surge como algo quase que inquestionável quando o magistrado se depara com os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, atualmente muito comuns nos textos legais. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. 4. ed. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2009, p. 391.).

<sup>32</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais**. Divulgado na Internet: [www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/](http://www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/). Acesso em 02 de outubro de 2011.

<sup>33</sup> Id. *Ibid*.

Das decisões proferidas pelos tribunais, que, como visto, criam direito, surge o precedente judicial. Precedente, portanto, é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto cujo núcleo essencial pode servir de diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>34</sup>

Por sua vez, em um sistema no qual o juiz possui um papel criativo, onde o direito é fruto da interpretação judicial dos textos normativos, os precedentes judiciais, ou melhor, o sistema de respeito aos precedentes judiciais (*stare decisis*), decorrente dos países de origem anglo-saxônica, passou a ser uma realidade inerente a todo sistema jurídico, seja ele da família do *common law*, seja ele vinculado ao *civil law*, como no Brasil.<sup>35</sup>

De fato, não seria racional pensar um sistema onde se reconhece o caráter criativo da Jurisdição, permitindo que haja o controle da constitucionalidade da lei, e ao mesmo tempo permitir que os precedentes judiciais fossem desrespeitados.

A simples inserção, como adverte Cappelletti, do controle de constitucionalidade, nos moldes norte-americano, no sistema do *civil law*, daria margem à incongruência de uma determinada lei ser aplicada por alguns juízes, por entenderem constitucional e na mesma época não ser ela aplicada por outros juízes, que a julgassem inconstitucional.<sup>36</sup>

Desse modo, a criatividade judicial não se harmonizaria em um sistema cujo respeito ao precedente não fosse obrigatório, razão pela qual o *stare decisis* tem sido a tônica dos sistemas jurídicos que admitem a atividade criativa do juiz<sup>37</sup>.

Neste contexto, o precedente judicial, antes relegado às chamadas fontes secundárias do Direito, passou a ser uma realidade também no sistema jurídico brasileiro. Aquilo que era, nas palavras de Émile Durkheim, patológico – e, portanto, desnecessário de ser regulamentado –, passou a ser um fato social normal, no ordenamento jurídico pátrio, havendo, então, a necessidade de disciplinar a aplicação das normas jurisprudenciais<sup>38</sup>. Não

---

<sup>34</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op cit., p. 386.

<sup>35</sup> Id., ibd., loc. cit.

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 77.

<sup>37</sup> Cumpre, porém, ressaltar que, embora a criação judicial do direito sirva para demonstrar a importância de se adotar o sistema de respeito obrigatório aos precedentes, o *stare decisis* não pressupõe a criatividade judicial. Bem lembra Marinoni que “a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é traço peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*.” MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit., p. 27.

<sup>38</sup> Tomando-se por base a concepção de fato social normal e fato social patológico defendida por Émile Durkheim, na sua obra *Regras do Método Sociológico*, é possível sustentar que apenas os fatos classificados normais carecem de regulamentação jurídica. Não por acaso, Durkheim afirma que a criminalidade é um fato normal. De tal sorte, o fato patológico, aqui entendido com aquele que não costuma ocorrer, dispensaria, ao

por acaso que a teoria do precedente judicial vem a cada dia ganhando mais força e relevância no direito brasileiro, circunstância que pode ser dimensionada por meio da análise das últimas reformas processuais de onde se extrai a importância que as decisões judiciais têm recebido dos legisladores (súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, improcedência *prima facie* etc.). Deve-se, enfim, respeitar os precedentes, sendo, desse modo, imprescindível o estudo dos conceitos que envolvem o tema.

De fato, como dito ao longo deste ensaio, a teoria do precedente judicial vem sendo, paulatinamente, incorporada ao sistema jurídico brasileiro, trazendo ao operador do direito brasileiro algumas noções até então não muito comuns, a exemplo de *ratio decidendi* e *obter dictum*, tratadas mais a frente.

No entanto, não há, ainda, no Brasil, uma cultura sedimentada acerca do precedente judicial, o que, por vezes, causa distorções na forma como são aplicadas as normas jurisprudenciais. Interpreta-se, por exemplo, a Súmula Vinculante tal qual se examina um enunciado normativo legal.

Desse modo, para uma correta aplicação da teoria do precedente judicial, caberá ao operador do direito entender e compreender a dinâmica das normas jurisprudenciais, procurando identificar a forma como elas devem ser editadas, interpretadas e, enfim, aplicadas. Nos próximos tópicos, então, serão abordadas – não com a profundidade que o tema requer, em razão dos limites deste trabalho – alguns aspectos relacionados ao precedente judicial, imprescindíveis para a compreensão do *stare decisis*.

## **5 NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO PRECEDENTE JUDICIAL: *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTUM*.**

Segundo Cruz e Tucci, o precedente judicial é composto de duas partes. A primeira consiste nas circunstâncias de fato que fundamentam a controvérsia, enquanto a segunda é a tese ou princípio assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*). É a

---

menos em linha de princípio, disciplina jurídica. Seguindo essa linha de intelecção, bem pensadas as coisas, embora os precedentes no ordenamento pátrio não sejam, em tese, vinculantes, uma análise das decisões judiciais proferidas nos últimos anos possivelmente revelará que os fundamentos utilizados pelos juízes brasileiros, não raramente, estão fincados em precedentes judiciais. Ainda que se possa dizer que o precedente judicial não é vinculante, tem sido um fato comum o uso, pelos magistrados, dos precedentes judiciais para legitimar o seu discurso e justificar a sua decisão. Em outras palavras, a obediência – *ainda que não seja obrigatória* – ao precedente judicial se tornou uma realidade, vale dizer, um fato normal, revelando-se, com isso, a utilidade do estudo da teoria do precedente judicial. (DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.)

segunda parte do precedente, ou seja, a *ratio decidendi* ou *holding* como denominado pelos norte-americanos, que possui força obrigatória, vinculante<sup>39</sup>. Escreve o autor:

Embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quando ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir, é a *ratio decidendi* deste precedente.<sup>40</sup>

A *ratio decidendi* é a “opção hermenêutica adotada na sentença”<sup>41</sup>. É, conforme ensina Marinoni, citando a doutrina estrangeira, “a regra geral cuja ausência o caso seria decidido de outra forma.”, sendo determinada através da análise dos fatos levados em consideração pelo juiz na decisão judicial por ele proferida<sup>42</sup>.

A *ratio decidendi* seria composta: (i) pelos fatos que, na ótica do juiz, são fundamentais (*material facts*) e (ii) pela decisão juiz baseadas nestes fatos. Existem, portanto, proposições que são baseadas em fatos não fundamentais e proposições que são baseadas em fatos materiais. Apenas as últimas compõem o precedente. Desse modo, encontrados os fatos fundamentais, pode-se encontrar a proposição do caso situada na conclusão obtida pelo juiz<sup>43</sup>.

Ao lado da *ratio decidendi*, surge na teoria do precedente judicial, um outro conceito também de extrema importância: o *obter dictum*.

Como registra Alves Dias, as definições do *obter dictum* comumente são determinadas pelo critério da exclusão: tudo que não é *ratio decidendi* é *obter dictum*<sup>44</sup>. Ou seja, se uma proposição não integra a *ratio decidendi* do caso, é ela, por definição, uma *dictum* ou *obter dictum* e, conseqüentemente, não obrigatória.

Para Didier, Braga e Oliveira, *obter dictum* consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão judicial. Essas proposições, portanto, não são imprescindíveis para o alcance da conclusão a que chegou o juiz, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante para o deslinde da controvérsia”<sup>45</sup>. Marinoni afirma que, nos Estados Unidos, a espécie mais comum de *obter dictum* consiste em declarações da Corte em questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada para decidir<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup>DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op cit., p. 385.

<sup>40</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente Judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 125.

<sup>41</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op., cit., p. 385.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 224.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 225-228.

<sup>44</sup> SOUZA, Marcelo Alves de. **Do precedente Judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, P. 139.

<sup>45</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op., cit., p. 388.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 235.

Embora não sejam vinculantes, essas proposições não são inúteis. A *obter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do Tribunal. No Brasil, ademais, o voto vencido em um julgamento colegiado, embora constitua *obter dictum*, tem a sua relevância para a elaboração do recurso de embargos infringentes<sup>47</sup>.

Além disso, a *obter dictum* possui eficácia persuasiva, sendo certo que a depender do grau de persuasão pode assumir, na prática, um caráter obrigatório<sup>48</sup>. Observe-se que não se está defendendo o caráter obrigatório da *dictum* – e, nos termos precisos da teoria do precedente, não é – mas apenas alertando que existem proposições que, embora não constituam a *ratio decidendi* da decisão, não vinculando o julgamento dos casos posteriores, em razão do seu alto grau de convencimento, acaba funcionando, na prática, como verdadeiro precedente obrigatório, sendo seguido pelos juízes nos julgamentos posteriores.

Desse modo, diante das diferenças da *obter dictum*, levando-se em consideração o seu grau de persuasão, a doutrina a classifica em *judicial dictum* e *gratis dictum*<sup>49</sup>. *Gratis dicta* – plural de *gratis dictum* – são meros desperdícios, afirmações que são jogadas fora e não guardam, via de regra, qualquer relação com a questão levada à apreciação ao judiciário. São irrelevantes, periféricas. Já as *Judicial dicta* são proposições com alto grau de persuasão, decorrendo de questões que foram profundamente debatidas pelo juiz, no momento da decisão, tendo sido precedidas, portanto, por um longo e cuidadoso debate sobre o ponto em questão.

Adverte Alves Dias, com base na doutrina estrangeira, que as *judicial dicta* podem ser tão persuasivas como também praticamente indistinguíveis da *ratio decidendi*<sup>50</sup>. Talvez por isso, Bustamante afirme que o precedente judicial pode ter graus de vinculatidade diversos, de modo que “os precedentes em sentido forte são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*)”, enquanto que “os vinculantes em sentido frágil” são “fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*)”, havendo, ainda, os precedentes persuasivos que, na classificação de Arnio e Pecznik, são as fontes permitidas (*may-sources*) cujo grau de vinculatidade é bastante baixo.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op., cit., p. 388.

<sup>48</sup> SOUZA, Marcelo Alves de. **Do precedente Judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 140-141.

<sup>49</sup> SOUZA, Marcelo Alves de. Op., cit., loc., cit..

<sup>50</sup> SOUZA, Marcelo Alves de. Op., cit., loc., cit..

<sup>51</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012 p. 301.

## 6 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: *DISTINGUISHING E OVERRULING*.

A *ratio decidendi*, na teoria do precedente judicial, possui força obrigatória, vale dizer, vinculam o julgamento dos casos posteriores semelhantes aos casos já julgados. Contudo, nas hipóteses em que o juiz está vinculado a um precedente a sua aplicação está condicionada à verificação da similitude do caso em julgamento com o paradigma. Deve, pois, o magistrado realizar a comparação entre os casos, procurando saber se a hipótese colocada a sua apreciação se assemelha a que foi tratada quando do surgimento da *ratio decidendi*. O magistrado deve realizar o que a doutrina denomina de *distinguishing*.

*Distinguishing*, como explica Marinoni, “expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”<sup>52</sup>. Para Cruz e Tucci, por sua vez, o *distinguishing* é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”<sup>53</sup>. De tal sorte, o termo *distinguishing* pode ser utilizado em duas acepções: (i) para designar o método utilizado para se confrontar os casos (*distinguishing*-método) e (ii) para designar o resultado obtido desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguishing*-resultado).

O *distinguishing*, aqui entendido na primeira acepção acima apontada, ou seja, enquanto método de confronto de casos, para ser realizado exige, em um primeiro momento, que o juiz identifique a *ratio decidendi* do caso paradigma. Neste particular, volta-se para a necessidade de se observar os fatos materiais, relevantes, fundamentais do primeiro caso (*material facts*)<sup>54</sup>. Feito isso, deve o magistrado comparar os fatos fundamentais do caso paradigma com as circunstâncias fáticas da hipótese em julgamento<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op., cit. p. 327.

<sup>53</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op., cit., p. 328.

<sup>55</sup> O processualista baiano Wilson Alves de Souza, na sua obra *Sentença Civil Imotivada*, tratando do tema da motivação *aliunde*, que é aquela onde o magistrado se vale dos motivos de outra decisão para julgar o caso concreto, vale dizer, a examina como precedente, afirma que e se o caso a que ele se refere não tem variação fática em relação ao caso em julgamento, pode o juiz aplicar o precedente judicial. Desse modo, para o uso da motivação *aliunde* – que, em outras palavras, é a aplicação da *ratio decidendi* –, não bastam as emendas de acórdãos, ainda que bem elaboradas e pertinentes ao caso, pois não são suficientes para revelar a exata compreensão do precedente em relação ao caso em exame. Apenas a íntegra do acórdão, desde que bem elaborado, permite tal compreensão.

Concluindo o magistrado pela distinção entre os casos, surgem para ele duas possibilidades: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, não aplicando ao caso em julgamento, por entender que as peculiaridades da situação colocada a sua apreciação não se enquadra à tese jurídica definida no caso paradigma, hipótese em que o juiz poderá julgar livremente sem vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*) ou (ii) estender ao caso a mesma regra aplicada ao caso paradigma, por entender que, a despeito das peculiaridades do caso concreto, deve ser utilizada a mesma tese jurídica (*ampliative distinguishing*)<sup>56</sup>.

No entanto, segundo Marinoni, ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e de forma criteriosa. O *distinguishing* não um “sinal verde” para que o juiz deixe de seguir os precedentes que não lhe convêm. Desse modo, fatos não materiais não são suficientes para distinguir os casos confrontados, para efeito de não aplicação do precedente. Não basta, portanto, o juiz indicar os fatos que diferenciam os casos, cumprindo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, justificando, desse modo, a não aplicação do precedente. “A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente”<sup>57</sup>.

Por outro lado, podem ocorrer situações em que a aplicação do precedente judicial deva ser afastada, embora ele se encaixe no caso posto em julgamento, porquanto a *ratio decidendi*, por forças de circunstâncias sociais e jurídicas, tenha perdido a sua força obrigatória, autorizando, então, a superação do entendimento prevaiente. Trata-se, pois, de hipótese de revogação do precedente, denominado pela doutrina de *overruling*.

O *overruling* é a técnica de superação do precedente por meio da qual a *ratio decidendi* perde a sua força vinculante e é substituída por uma outra, podendo ser expressa (*express overruling*), quando o tribunal de forma explícita revoga o precedente, criando uma outra norma jurídica, ou implícita (*implied overruling*) quando o tribunal adota um posicionamento contrário com a posição anterior – hipótese rara<sup>58</sup>.

Na *common law*, especialmente na Inglaterra, a revogação, via de regra, é sempre expressa, sendo o *implied overruling* apenas admitido quando realizado pela *House of Lords*<sup>59</sup>. No Brasil, por seu turno, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, não se pode falar em *implied overruling*, ante a previsão expressa de procedimento para a superação/revisão da

---

<sup>56</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. op., cit., p. 173. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 403.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. op., cit., p. 328.

<sup>58</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 405.

<sup>59</sup> SOUZA, Marcelo Alves de. **Do precedente Judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 150-155.

súmula vinculante <sup>60</sup>, bem assim da necessidade de “fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, §4º, CPC)” <sup>61</sup>. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a revogação do precedente seria sempre expressa.

O *overruling* exige uma carga de motivação maior, com argumentos suficientes para justificar a superação do precedente, exigindo que o juiz demonstre que a norma jurisprudencial está obsoleta e desfigurada ou se revela totalmente injusta ou incorreta, ou, ainda, se mostre inexecutável na prática<sup>62</sup>.

A decisão que implicar *overruling*, portanto, não pode ser tomada apenas em razão da simples mudança de entendimento dos membros do tribunal. É preciso que o tribunal justifique a revogação, expondo as razões para a aplicação do *overruling*. Há, neste ponto, uma preocupação com a estabilidade do sistema, ou melhor, com o princípio da segurança jurídica, que nos países da *common law*, é espelhado no respeito ao passado, na medida em que o efeito vinculante do precedente assegura a previsibilidade e isonomia ao jurisdicionado. Daí porque um precedente está pronto para ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustenta a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua manutenção<sup>63</sup>.

O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar as proposições morais, políticas e de experiência da sociedade. Cabe, assim, ao magistrado apontar, de forma fundamentada, a existência dessas circunstâncias, justificando, com isso, a superação do entendimento jurisprudencial.

Observe-se, finalmente, que a doutrina elenca outras técnicas de interpretação e aplicação do precedente judicial, a exemplo do *overriding*, *transformation* e da técnica da elaboração de distinções inconsistentes (*the drawing of inconsistent distinctions*). Contudo, os limites deste trabalho não comportam uma análise aprofundada de todas as técnicas que podem ser lançadas na utilização do precedente judicial, cabendo apenas, por esclarecedor, salientar que elas, de um certo modo, guardam alguma relação com o *distinguishing* e com o

---

<sup>60</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 410.

<sup>61</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. ed 10. Salvador: Editora JusPodVm, 2015, p. 494.

<sup>62</sup>SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.266-284.

<sup>63</sup> ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 311.

*overruling*. Em verdade, são elas, também, técnicas que permitem que o julgador, ao examinar a norma jurisprudencial, afaste a sua aplicação por entender que os casos são distintos ou porque a *ratio decidendi* deve ser superada<sup>64</sup>.

## **7 A REGRA DA MOTIVAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL.**

A regra da motivação, na *civil law*, é compreendida como um instrumento de controle da decisão judicial em duas dimensões: (i) endoprocessual e (ii) extraprocessual. Enquanto a primeira se destina a fornecer às partes do processo os elementos necessários para que elas, conhecendo as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma, possa realizar as suas eventuais impugnações, a segunda visa “possibilitar o controle da legitimidade da decisão judicial por via difusa pela democracia participativa”<sup>65</sup>, perspectiva esta que, como visto linhas antes, ganhou destaque após o advento do neoconstitucionalismo.

De tal sorte, observa-se que a função extraprocessual da fundamentação volta-se para o controle dos atos judiciais. Trata-se, pois, de uma antiga necessidade dos países de tradição *civil law* que ganhou relevo após a Segunda Guerra Mundial e o surgimento da teoria neoconstitucionalista. A motivação, portanto, em sua perspectiva extraprocessual volta-se para o seu escopo político, não havendo por parte da doutrina grande preocupação com o escopo técnico da fundamentação das decisões judiciais, que, na visão de Cruz e Tucci, decorre da utilidade da motivação no enriquecimento e uniformização da jurisprudência de um determinado ordenamento jurídico<sup>66</sup>.

No entanto, conforme pontuado anteriormente, o direito brasileiro a cada dia que passa vem se aproximando do sistema dos precedentes judiciais, típicos dos países de tradição *common law*, prestigiando a atividade jurisdicional em sua dimensão criativa. Deveras, é possível estabelecer uma teoria do precedente “universal”, capaz de ser aplicada tanto aos regimes filiados ao *civil law* quanto ao sistema anglo-americano, sobretudo porque os juízes do *civil law* e do *common law*, embora por métodos distintos, apresentam soluções semelhantes aos problemas judiciais postos a sua apreciação, denotando, com isso, uma

---

<sup>64</sup> Sobre o tema, já há, no Brasil, uma abundante literatura, a exemplo das obras citadas ao longo deste artigo.

<sup>65</sup> DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. **Pareceres**. Salvador: *JusPodivm*, 2014, p. 250.

<sup>66</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

proximidade entre os sistemas, o que, por sua vez, aponta para a possibilidade do desenvolvimento de uma teoria do precedente aplicável em ambos os regimes <sup>67</sup>.

Não se deve, por outro lado, perder de vista que, em um sistema de respeito aos precedentes judiciais, a ordem jurídica é impactada pelas razões expostas pelos magistrados nas suas decisões judiciais, de modo que a tutela dos direitos a serem promovidas pelo processo civil “visa a propiciar a unidade, a afirmação e o respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos)” <sup>68</sup>.

Conforme se infere das anotações de Mitidiero, o desafio do processo civil está justamente no desempenho de um duplo discurso que dê conta de prolatar uma decisão justa para as partes no processo, bem como formar e respeitar o precedente judicial<sup>69</sup>. Com efeito, a teoria do *stare decisis* impõe que o juiz compreenda o processo judicial não apenas como um instrumento de garantias dos direitos e deveres das partes, mas, sobretudo, como um método por meio do qual será criada e desenvolvida a norma jurídica do caso concreto, localizada na fundamentação da sentença<sup>70</sup>.

Desse modo, a regra da motivação das decisões judiciais não pode ser compreendida como mero meio controle do ato jurisdicional interno (função endoprocessual) e difuso (função extraprocessual). É preciso, tal qual ocorre nos países de tradição *common law*<sup>71</sup>, que a fundamentação seja percebida como um instrumento de criação, identificação e compreensão da norma jurídica criada pelo juiz a partir do caso concreto.

No processo de criação da norma, o juiz deve promover um amplo e efetivo debate, dialogando com as partes e permitindo que elas dialoguem entre si. A correta aplicação da teoria do precedente judicial, no direito brasileiro, pressupõe a compreensão e aplicação do princípio da cooperação processual. A atividade de construção do precedente judicial não é

---

<sup>67</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op., cit., p. 13.

<sup>68</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do contrato à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 26.

<sup>69</sup> MITIDIERO, Daniel. op., cit., p. 26.

<sup>70</sup> DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. ed. 2. Salvador: Editora JusPodvm, 2013, p. 63-64.

<sup>71</sup> Lembra Mitidiero que “Se é verdade que as razões para seguir precedentes são comuns a ambas as tradições, também o é que na tradição do *Common Law* que se deve buscar os meios pelos quais os precedentes podem ser corretamente identificados e aplicados em juízo. É a partir dela que a cultura brasileira deve pensar – criticamente – a adoção de um sistema de precedente.” (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial*. In: **Revista de Processo**. Ano 37. nº 206. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.67.)

exclusiva do magistrado, mas sim uma tarefa desempenhada “por meio de uma comunhão de forças”<sup>72</sup>.

Assim, a concepção do aspecto extraprocessual da fundamentação não se restringe apenas a permitir o exercício do controle difuso das decisões judiciais por meio da Democracia Participativa, servindo, também, para comunicar solenemente à sociedade a *ratio decidendi* adotada para solução do caso. Daí porque Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam que é “imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios”, não podendo o magistrado apresentar qualquer fundamento, mas sim um “fundamento útil”, de modo a permitir a efetiva compreensão da regra jurídica por ele criada (*ratio decidendi*)<sup>73</sup>.

Neste passo, a regra da motivação das decisões judiciais, analisada à luz da teoria do precedente judicial, determina que os magistrados, ao fundamentarem os seus atos decisórios, examinem os fatos discutidos no processo, delimitando aqueles que foram por ele levados em consideração na sua decisão (fatos materiais), expondo, por fim, a opção hermenêutica por ele adotada na sentença a partir da análise destes fatos<sup>74</sup>. Mais do que nunca o juiz “tem de ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão”<sup>75</sup>, devendo, na fundamentação, apreciar todas as provas produzidas no processo, dirimindo as questões suscitadas pelas partes e, com isso, certificando os fatos a partir dos quais ele criará, no processo cooperativo, a norma jurídica que regulará o caso e fundamentará a sua decisão.

Além disso, o magistrado, ao aplicar o precedente judicial, precisa demonstrar, por meio da realização de um confronto analítico, a semelhança que autoriza a conclusão pela incidência da *ratio decidendi*. Do mesmo modo, ao deixar de aplicar o precedente judicial, tem o juiz o ônus da argumentação destinada à demonstração da ausência de similitude fática

---

<sup>72</sup> Com efeito, Lucas Buri de Macedo, Mateus Costa Pereira e Ravi de Medeiros Peixoto afirmam que a qualidade das decisões judiciais será alcançada se houver um efetivo diálogo entre o juiz e as partes, uma vez que haveria, nesse caso, “um maior aproveitamento do debate e uma construção democrática da decisão”. Daí porque, para os mencionados autores, a teoria do precedente judicial, no direito brasileiro, deverá ser concebida à luz do princípio da cooperação: “Há uma inarredável ligação da cooperação com uma correta aplicação da teoria dos precedentes, na medida em que um de seus objetivos é, justamente, a concessão de maior segurança e estabilidade no sistema jurídica. Tais características só podem ser garantidas se as decisões forem bem fundamentadas e capazes de impedir contínuas distinções nos casos posteriores e evitar *overrulings* súbitos.”. (MACEDO, Lucas Buri de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Editora JusPodVm, 2012, p. 540-541).

<sup>73</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 398.

<sup>74</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 398.

<sup>75</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 219.

entre o caso concreto e a caso paradigma, realizando, enfim, a distinção (*distinguishing*) ou, ainda, fundamentando uma eventual superação da *ratio decidendi* (*overruling*)<sup>76</sup>.

Desse modo, sob a perspectiva do precedente judicial, não são bem vindas decisões que meramente reproduz textos de leis ou se limitam a fazer paráfrase dos enunciados normativos, sendo, ainda, de pouca (ou nenhuma) utilidade os atos decisórios que apenas transcrevem ementas e excertos jurisprudenciais, sem qualquer exercício argumentativo analógico<sup>77</sup>.

Não por acaso, aliás, que a Lei Federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), em seu art. 489, §1º, determina que não serão consideradas fundamentadas as decisões judiciais que, dentre outras situações: (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) 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 e, por fim, (iii) 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.

Percebe-se, então, que, em função da adoção da teoria do precedente judicial pelo direito brasileiro, a regra da motivação dos atos decisórios deve ser redimensionada, para contemplar o dever do magistrado de se preocupar, ao fundamentar as suas decisões, com a formação e o respeito às normas jurisprudenciais. Como já dito, a fundamentação deve ser compreendida como instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

## 8 CONCLUSÃO.

A aplicação do sistema de precedente traz ao operador do direito brasileiro uma linguagem até então estranha à sua realidade, exigindo dele o conhecimento e

---

<sup>76</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. op., cit., p. 398.

<sup>77</sup> A bem da verdade, decisões desta natureza, infelizmente muito comum na praxe judiciária, nunca foram aceitas pelo ordenamento jurídico, sendo consideradas imotivadas. Com efeito, mesmo analisando a fundamentação em uma perspectiva endoprocessual, o juiz é obrigado, como bem lembra Nelson Nery Jr., a “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento” (NERY JR., Nelson. op., cit., p. 219). A falta de análise de todos os fundamentos alçados pela parte para justificar a sua pretensão viola o contraditório em seu aspecto substancial. Desse modo, a nova concepção da regra da motivação dos atos decisórios, decorrente da adoção da teoria dos precedentes judiciais no sistema brasileiro, reforça essa necessidade, mas não como forma de garantir o contraditório às partes, mas sim uma maneira de permitir a construção e o desenvolvimento do direito jurisprudencial.

aprofundamento de conceitos alheios a sua cultura jurídica, a exemplo de *ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, dentre outros. Justamente por tratar de uma linguagem incomum para a tradição jurídica brasileira, o entendimento da teoria do precedente judicial deve ser buscado na tradição *common law*. A alteração, pois, do paradigma científico conduz o cientista para lugares diferentes, na busca de novos instrumentos para operar a realidade oriunda da revolução gerada pelo novo paradigma<sup>78</sup>.

Assim, para uma correta inserção do sistema de *stare decisis* no Brasil, deve o operador do direito buscar os seus fundamentos na doutrina já desenvolvida nos países anglo-saxões, incorporando-os, criticamente, ao ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque a adoção da teoria da precedente judicial – se realizada corretamente – promoverá alterações substanciais no modo como são enxergados os institutos, princípios e regras já sedimentados, no direito processual brasileiro. Eles deverão ser repensados.

Neste contexto, procurou-se, ao longo deste artigo, demonstrar o impacto que a adoção do sistema de precedente judicial promoverá na regra das motivações das decisões judiciais.

A fundamentação da decisão não deve mais ser compreendida como um mero instrumento de controle do ato decisório interno e externo. Não se volta ela apenas para permitir que as partes conheçam os fundamentos da decisão e, caso queiram, recorram, bem assim propicie à sociedade o conhecimento da forma como seus juízes estão decidindo, podendo, por meio da Democracia Participativa, exercer um controle difuso dos atos jurisdicionais.

Como ocorre nos países de tradição *common law*, a motivação deve ser pensada como um instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*, cabendo ao juiz, ao fundamentar o seu ato decisório, a preocupar-se com “a unidade, a afirmação e o respeito aos precedentes judiciais”<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> KHUN, Thomas S. op., cit., p. 111.

<sup>79</sup> MITIDIERO, Daniel. op., cit., p. 26.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Da fundamentação das decisões judiciais**. In: Revista de Processo. Coord. Teresa Arruda Alvim, ano 17, n. 67, p. 194-211, julho-setembro, 1992.

BAHIA, Saulo José Casali. Igualdade como Direito Fundamental. In: **Direitos Humanos Fundamentais**: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988. Coord. Ariele Chagas e outros. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-103.

BELLENTANI, Rogério Zavarize. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: *JusPodVm*, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais**. Divulgado na Internet: [www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/](http://www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/). Acesso em 02 de outubro de 2011.

DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. **Pareceres**. Salvador: *JusPodivm*, 2014.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. 4. ed. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2009.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. ed 10. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2015.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Sobre o início da vigência do CPC/2015**. Disponível em <http://portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-do-cpc2015/>. Acesso em 15 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. ed. 2. Salvador: Editora *JusPodvm*, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILARDI, Hugo Pereira. **Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional: alternativa para legitimação dos provimentos decisórios através do convencimento dos**

- jurisdicionados. Adoção no âmbito processual da democracia participativa.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- KHUN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions.** 2. ed. Chiago: The University of Chicago, 1970.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes civis no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos.** Salvador: Editora *JusPodVm*, 2012, p. 527-553.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, Ano 54, nº 347, 2006, p. 40.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do contrato à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: **Revista de Processo.** Coord. Teresa Arruda Alvim Pinto, Ano 37. nº 206, p. 61-77, abril/2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. in: **Temas de Direito Processual: 2ª série.** São Paulo: Saraiva, 1988.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente Judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.
- SOUZA, Wilson Alves de. O princípio da motivação das decisões judiciais no Estado Constitucional democrático e numa perspectiva ética. In: **II Jornada de Direito Processual Civil.** Brasília: ESMAF, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Sentença Civil Imotivada.** Salvador: *JusPodVm*, 2008.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. trad.Lorenzo Cordova Vianello. Madrid: Trotta, 2011

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de civil e de *common law*. In: **Revista de Processo**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Ano 28. n° 110, p.141-157, abril-junho 2003.

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: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.