

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO DO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICO-HERMENÊUTICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO E CRÍTICAS[[1]](#footnote-1)**

 Jéssica Léda Freire[[2]](#footnote-2)

 Carlos Anderson dos S. Ferreira[[3]](#footnote-3)

**SUMÁRIO**

**1. Introdução; 2. O Direito como Integridade e a coerência; 2.1 Noções de *Stare Decisis*, *Distinguishing* e *Overruling*; 3. O efeito vinculante dos precedentes: a perspectiva hermenêutica como forma de evitar o “engessamento” do sistema; 4. As críticas à Teoria dos Precedentes Judiciais; 4.1 Uma breve análise das técnicas de respeito aos precedentes judiciais à luz do novo Código de Processo Civil; 5. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.**

RESUMO

O presente trabalho trata do sistema de precedentes judiciais no processo civil contemporâneo do Brasil, realizando uma análise jurídico-hermenêutica acerca da possibilidade de aplicação e críticas. Tal análise volta-se para a aplicação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro da atualidade, acompanhando a dinâmica da inserção de um regime próprio de respeito a tais precedentes, e utilizando-se da contribuição doutrinária, a fim de que se possa expressar o sistema único e coerente de justiça. No primeiro capítulo tratar-se-á do Direito como integridade, predominantemente sob a perspectiva de Ronald Dworkin, o qual critica o positivismo jurídico e discute a existência ou não da discricionariedade judicial, e tendo em vista sua relação com a coerência, em conjunto com a perspectiva de Lenio Streck acerca da integridade e coerência; em seu subcapítulo serão apresentadas as noções de *Stare decisis*, *Distinguishing* e *Overruling*; adiante, no capítulo seguinte será explanado no tocante ao efeito vinculante dos precedentes, de forma que a perspectiva hermenêutica seja utilizada como um mecanismo para impedir o “engessamento” do sistema; em seguida, o capítulo 4 trará críticas à Teoria dos Precedentes Judiciais; e por fim, será feita uma breve análise das técnicas de respeito aos precedentes judiciais sob a ótica do novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave**: Precedentes judiciais; Processo Civil; Direito; Integridade; Coerência; Jurídico-hermenêutica.

**1 INTRODUÇÃO**

Com a dinâmica social, houve o desenvolvimento de novas tecnologias, maior e mais fácil interação entre os indivíduos, a urbanização, industrialização, a produção e consumo em massa, conduziram ao surgimento dos conflitos de massa, demandas repetitivas, relações, as quais possuem questões jurídicas comuns, alterando-se somente as partes dessa lide.

Tendo em vista esse contexto, o Direito Processual precisou a ele se adequar. Estabeleceu assim, técnicas de racionalização do procedimento, além de impor que a *ratio decidendi* “se desprenda do caso específico e possa ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída” (DIDIER, 2012, p. 386 - 387).

Recentemente, houve a criação do novo Código de Processo Civil, o qual criou por meio de lei, um regime de respeito aos precedentes judiciais. Diante disso, indaga-se: os precedentes judiciais estão realmente aptos a solucionarem causas e recursos repetitivos sem examinarem a *posteriori* suas peculiaridades concretas?

A constante ressignificação advinda dos ideários da Constituição Federal de 1988 de efetivação dos direitos, adequação de princípios ao caso concreto e em consequência disso a dilatação da figura do judiciário como interventor para atender as demandas processuais acordou no Direito e na sociedade a substancialidade da temática dos precedentes judiciais, assim como a possibilidade de aplicação de sua teoria no sistema jurídico brasileiro que possui características do *common law* e *civil law*.

Convém, deste modo, ensejar a proposição de um conhecimento aprofundado por meio desta pesquisa, apontando o posicionamento dos doutrinadores, a fim de transparecer no âmbito social o conhecimento sobre os fundamentos da decisão judicial.

A pesquisa contribuirá no contexto acadêmico para fomentar a discussão entre os doutrinadores e estudiosos da área jurídica acerca da relevante e crescente aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, motivando desta forma, trabalhar com este tema pertinente no cenário jurídico deste século.

Para as autoras esta pesquisa será estruturada para que se a amplie a noção acerca de um tema questionado no âmbito jurídico e sobre a possível aplicação dos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais na concepção dos doutrinadores:

O precedente é produto de atividade jurisdicional, de maneira que, exercida essa atividade, a produção de decisões com potencialidade de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros é inevitável. Em outros termos, o precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá (DIDIER JR; BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p. 438).

 A análise quanto ao julgamento entre os diversos tipos de sistema jurídicos pode variar, mas não será desconsiderado este fato. No Brasil há o efeito vinculante das normas, com a aplicação de súmulas e jurisprudências para fundamentar a decisão em um caso concreto.

Nesse sentido aduz Sérgio Porto (2010, p. 09):

A proposta é, pois, de que nos países onde se segue a tradição anglo-saxônica da *common law*, a decisão jurisdicional assuma a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenhe a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma.

No Direito não há uma uniformização de pensamento quando se trata de decisões judiciais. Utilizando-se do princípio da motivação, a fundamentação é distinta e advém dos elementos da moral e da norma. Corroborando essa ideia, Dworkin (2002, p. 285) mostra que "as decisões jurídicas não são necessariamente corretas, em razão do posicionamento dos juízes não serem uniformes".

 A aplicação da Teoria dos precedentes judiciais equivale-se da noção de Direito como integridade, conforme pontua Dworkin (2007), em que haverá uma decisão judicial que atende ao princípio da justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo, alcançando dessa forma o direito de igualdade e o efeito vinculante da norma.

**2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A COERÊNCIA**

Ronald Dworkin (2007) utiliza-se da ideia de integridade, e de outras ideias, como meio de negar qualquer que seja a forma de discricionariedade judicial para a construção da melhor decisão possível. Defende que o ordenamento jurídico não é um conjunto convencional de regras definidas pelo Poder Legislativo ou por outra autoridade a qual seja competente. Assim, voltará suas críticas ao positivismo defendido por Herbert L.A. Hart, buscando demonstrar que a práxis jurídica é, pois, mais complexa do que um emaranhado de regras, onde o juiz possui relevante discricionariedade para resolver lides, e com isso, criar o Direito.

Para Dworkin (2007), não existe criação do Direito pelos juízes, mas sim a construção do Direito pelas partes mediante os princípios, logo, nega a perspectiva unilateral das regras, como defende o positivismo.

O convencionalismo não se mostra eficaz, uma vez que não consegue explicar o traço dominante nas decisões judiciais em casos em que denomina como “difíceis”, principalmente quando a força de uma lei ou de uma decisão anterior é problemática. Para esse fim, Dworkin (2007) empenha o princípio da integridade como alternativa ao positivismo e ao pragmatismo.

Seguem críticas de Dworkin ao positivismo e ao utilitarismo:

O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita ideia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica. O utilitarismo econômico é igualmente individualista, ainda que apenas até certo ponto. Fixa o objetivo de bem-estar médio ou geral como o padrão de justiça para a legislação, mas define o bem-estar geral como uma função do bem-estar de indivíduos distintos e se opõe firmemente à ideia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente (DWORKIN, 2002, p. 12).

O princípio da integridade, como uma teoria alternativa, se preocupa que os indivíduos possam ter direitos além daqueles criados de uma decisão ou prática expressa. “Como se pode ter direito ao reconhecimento judicial de uma prerrogativa quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que conferem decisão em favor dessa perspectiva” (DWORKIN, 2002 apud COSTA, 2011, p. 94).

A integridade pressupõe a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo, sendo as proposições jurídicas verdadeiras, somente quando constam ou derivam de tais princípios, os quais oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (Dworkin, 2003).

Segundo Prado (2012, p. 01), o intuito da integridade seria identificar quais princípios justificam as leis e os precedentes, sendo tal coerência de princípios uma fonte de direitos. Logo, no direito como integridade, os indivíduos possuem todos os direitos os quais possam derivar, de forma explícita ou implícita, dos princípios “que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica com um todo”.

Acerca disso Dworkin (2003 apud COSTA, 2011, p. 98) explana que:

O princípio da integridade na legislação restringe o que os nossos legisladores possam fazer ao elaborar as normas públicas. O princípio da integridade na deliberação judicial requer que os aplicadores do direito respeitem o ordenamento jurídico como conjunto coerente de princípios e, deste modo, descubra normas implícitas entre as demais normas jurídicas.

Por outro lado, deve-se entender que a integridade não exige que haja uma coerência de princípios ao longo da história, sendo, esta, importante como assevera Dworkin (2003, p. 274):

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.

Dworkin entende que os cidadãos são os autores e responsáveis pelas decisões políticas, de forma que a integridade chama cada cidadão para que assuma seu papel político na comunidade, devendo aceitar as exigências a que lhe são feitas e que possam fazer aos outros, para que possam estender a dimensão moral de quaisquer decisões. Assim, o princípio da integridade, “promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (DOWORKIN, 2003, p. 230).

A adoção ao princípio da integridade provoca um consequente afastamento da estreita linha das decisões anteriores (DWORKIN, 2002 apud COSTA, 2011).

Dworkin explica:

A integridade não deve ser vista apenas como decidir casos semelhantes da mesma forma, mas exige que as normas sejam criadas e vistas com o escopo de expressar o sistema único e coerente de justiça (...) Nessa perspectiva, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. O princípio legislativo da integridade determina que o legislativo proteja os direitos morais e políticos de todos, de tal maneira que as normas expressem um sistema coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2003, p. 264).

O princípio da integridade, em sua esfera política “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” (DWORKIN, 2002, p. 201).

Alexandre Freire (2014, p. 10-11) explana que a integridade:

é mais dinâmica. Um tribunal que atentar a ela condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas. Como a integridade exige que se considere, até onde for possível, o nosso sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, então um juiz que honra a integridade em sua atividade judicante, às vezes, irá afastar-se da estrita linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios mais fundamentais que conformam nosso sistema. A ideia de que um tribunal deve seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas, em nome da coerência, é absurda. A virtude da integridade, portanto, é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios. Eis a diferença que faz a diferença.

Quanto à questão do dever da atividade jurisprudencial para observar a coerência e integridade do direito, utilizar-se-á os ensinamentos de Lenio Streck, o qual fez sugestão direta ao projeto de lei do novo Código de Processo Civil para que este passasse a exigir “a coerência e integridade na jurisprudência” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 117).

Antes disso, exigia-se somente a “estabilidade” da jurisprudência. Entretanto, não basta apenas a estabilidade. Logo, “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 117).

A coerência garante a igualdade, ou seja, “que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário”. Isso só poderá ser conquistado por meio de um *“holismo*” interpretativo “constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento”, e ainda quer dizer “jogo limpo” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 118).

A integridade é composta de forma dúplice, conforme assevera Dworkin: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja visto como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2003 apud ABBOUD; STRECK, 2015, p. 118).

A integridade exige que os magistrados formulem seus argumentos de modo integrado ao conjunto do direito, configurando uma proteção contra arbitrariedades interpretativas; põe freios efetivos, por meio de tais comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-volutaristas (ABBOUD; STRECK, 2015).

A coerência não é somente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi anteriormente decidido. “Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora do próprio projeto civilizacional em que o julgamento se dá” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 119).

A integridade significa: “tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo”. Acerca de tais mecanismos de assegurar a igualdade, complementa-se:

A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana. Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutico na causa ou no recurso, do tipo ‘seguindo minha consciência decido de outro modo’. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva ‘porque quer’ (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 119).

**2.1 NOÇÕES DE *STARE DECISIS*, *DISTINGUISHING* E *OVERRULING***

O *common Law* sempre se estruturou em um contato mais estrito com a história e com a tradição da comunidade onde se formava. Tal característica diferente garantiu que o *common law* iniciasse o seu sistema de precedentes e o posterior *stare decisis* (ABBOUD; STRECK, 2015).

Quanto à distinção de *stare decisis* e precedent, Marinoni (2011, p. 27) expõe:

De regra, o termo stare decisis significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo stare decisis de precedent, como Frederik Schauer, para quem, "tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo stare decisis (...), e o termo mais abrangente precedent é usado para se referir tanto à stare decisis, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior".

A doutrina dos *stare decisis* surgiu da doutrina dos precedentes, entretanto, ela tinha o intuito de fazer com maior clareza a diferenciação entre a *holding* e a *dictum*. Contudo a doutrina dos precedentes “estava mais vinculada ao costume dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 45).

O *stare decisis* que se originou no direito inglês, possui como base o princípio do Estado de Direito (Rule of Law). “Sua ligação com o mencionado princípio se dá pelo fato de que ele assegura que o direito não se altere de forma imprevisível e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito (law) ao invés das inclinações dos indivíduos” (BEZERRA; BRAGA, 20[?], p. 01).

Observa-se que a doutrina do *stare decisis* possui como fundamento a ideia de que os Tribunais devem respeitar seus próprios precedentes (BEZERRA; BRAGA, 20[?]). De acordo com Fredie Didier (2012, p.385) “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

“Todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório”. Logo, deve-se saber que no tocante aos precedentes o que tem caráter obrigatório é a *ratio decidendi* (DIDIER, Jr., 2012, p. 385).

O *stare decisis* pode ser definido como a “designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common Law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 46).

Na contemporaneidade do Direito brasileiro, tem-se valorizado mais o instituto dos precedentes judiciais. Assim, no Direito brasileiro, ocorre a “relativização do civil law, pautado no modelo legalista, onde o magistrado não apenas aplica a lei, mas passa a utilizar a jurisprudência, bem como a interpretação de conceitos abertos na legislação a fim de garantir maior estabilidade e segurança jurídica nas decisões judiciais” (BEZERRA; BRAGA, 20[?], p. 02).

Quanto ao *distinguishing* e o *overruling*, estes constituem técnicas que o juiz possui no regime do *stare decisis* para se afastar dos precedentes. No *distinguishing*, o juiz pretende destacar não somente as semelhanças, mas também os elementos específicos que distinguem a situação sob análise; no *overruling*, rejeita a solução da decisão anterior por ser susceptível de direcionar a resultados que sejam injustos. Nos dois casos “deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente (ônus de argumentação)” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 136 -137).

Thomas Lundmark (apud ABBOUD; STRECK, 2015, p. 137) define o *distinguishing* como o nome dado à decisão do magistrado a qual não faz incidir a *ratio* de um precedente vinculativo, pois existem detalhes naquele precedente que se consideram diferentes com o caso em questão no Tribunal. Ademais, o *distinguishing* pode ser também definido em sentido mais amplo do que aquele. Logo, ele pode ser usado para fazer referência à recusa da corte de aplicar a *ratio decidendi* mediante a analogia em diferente contexto fático.

**3 O EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES: A PERSPECTIVA HERMENÊUTICA COMO FORMA DE EVITAR O “ENGESSAMENTO” DO SISTEMA**

Oordenamento jurídico estrutura-se com o texto legal, o qual possui aplicabilidade a partir da norma. Sob esse ponto, institui a hermeneûtica filosófica que ambos os termos não se confundem, tendo como fundamento para tal afirmativa o fato da norma surgir dentro de um conflito real, no qual se necessita do aparato jurídico (CHISTENSEN, 2004). Sob essa perspectiva, insere-se o elemento da hermenêutica como forma de apurar acerca da substancialidade relativa à interpretação em âmbito jurídico considerando o ser cognoscente no papel do juiz e o objeto de estudo dentro da perspectiva do Direito como instrumento para a integridade.

Desse modo, urge apresentar como se revela e de que modo ocorre a interpretação dos juristas. Utilizando-se do saber teorético e metafísico, que possui como base o conhecimento adquirido ao longo da história do homem, têm-se o instrumento que é utilizado pelos aplicadores do direito. Aliada a essa concepção existe ainda, como demonstra Bordieu, que há um conjunto de valores e crenças que influenciam no pensamento e nas decisões tomadas por aqueles que estão na responsabilidade de exercer tal função (apud STRECK, 2009).

Os precedentes judiciais existem para que ocorra maior funcionalidade no sistema jurídico em razão das demandas exigirem a eficácia normativa, que por vezes não atende ao caso concreto. No caso Allegheny County General Hospital v. NLRB, julgado em 1979, a 3ª Corte de Apelações explicou que "um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial [...]". A compreensão de seu conceito alia-se ao fato de que estes precedentes são meios de se solucionar casos análogos futuros.

Os precedentes judiciais na concepção dos doutrinadores:

 O precedente é produto de atividade jurisdicional, de maneira que, exercida essa atividade, a produção de decisões com potencialidade de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros é inevitável. Em outros termos, “o precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá (DIDIER JR; BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p. 438).

 A análise quanto ao julgamento entre os diversos tipos de sistema jurídicos pode variar, mas não será desconsiderado este fato. No Brasil há o efeito vinculante das normas, com a aplicação de súmulas e jurisprudências para fundamentar a decisão em um caso concreto. Nesse sentido aduz Sérgio Porto (2010, p. 09):

A proposta é, pois, de que nos países onde se segue a tradição anglo-saxônica da common law, a decisão jurisdicional assuma a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenhe a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma.

A funcionalidade dos precedentes advém da dinamicidade que ele produz no sistema jurídico, que realiza a *legal reasoning* com o intuito de promover a ampliação do direito e evitar o modelo proposto pelos provimentos vinculantes de instituir uma lei a partir de um caso concreto, conforme lecionam os autores Lenio Streck e Georges Aboudd (2015). Sobre o tema, elementar é o entendimento quando se trata do Direito Contemporâneo e as demandas excessivas no Judiciário.

 Como solução a esse entrave à garantia de direitos depreende-se que os princípios da celeridade e eficiência processuais que são aplicados funcionando como instrumento à efetivação do próprio Direito ao promover um sistema de precedentes que possua como base para fundamentação o ordenamento jurídico.

**4 AS CRÍTICAS À TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

A partir de uma análise precípua e fundamentada, parte-se da teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro para o exame do posicionamento da doutrina acerca da origem dos precedentes, tendo como base o sistema da civil law e da common law, e assim expor como a ratio do juiz é influenciada em sua atividade a partir das decisões outrora existentes no julgamento de casos futuros.

O sistema da common law advém dos tribunais que proferiam suas decisões em casos concretos existentes com base na valoração deste caso para servir como fonte para vincular a decisão judicial.

A concepção metodológica relativa à criatividade da atividade jurisdicional deve ser objeto de análise dentro do contexto jurídico brasileiro. Dentro dessa perspectiva, afirma Didier (2014) que a *ratio decidenti* cinde de algumas características inerentes ao Direito Legislado, o que acarreta no fato da inexistência de uma decisão com fulcro no dispositivo, caracterizando o termo da subsidiariedade da norma dentro do sistema jurídico brasileiro.

 A aplicação da Teoria dos precedentes judiciais equivale-se da noção de Direito como integridade, conforme pontua Dworking (2007) em que haverá uma decisão judicial que atende ao princípio da justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo alcançando dessa forma o direito de igualdade e o efeito vinculante da norma.

Nesse contexto, denota-se a perspectiva do Direito como mero instrumento para efetivar as garantias dos dispositivos expressos na legislação. O sistema brasileiro é notadamente metafísico e cognoscente, que observa o sujeito como interventor nas relações humanas a partir de uma estrutura normativa rígida. Dado este fato, Lênio Streck (2015) inquere sobre a razão do Direito não estar inserido na revolução paradigmática que visa romper com estrutura lógico-argumentativa da interpretação a partir do círculo hermenêutico.

O questionamento se atém ao fato de que o Direito está relacionado ao solipsismo relativo a consciência do indivíduo sobre as experiências de mundo, o que resulta em uma relação eminentemente restritiva com os seres no mundo sem se esgotar da riqueza da linguagem como instrumento propício para romper paradigmas pré-estabelecidos. O Direito far-se-á como instrumento de garantias individuais quando a interpretação funcionar como instrumento para aplicar a norma no âmbito da atividade jurisdicional.

O sistema de precedentes judiciais é fundamentado a partir da Teoria da Argumentação, da qual se retira o ensinamento de que os precedentes são nada menos do que meios para fundamentar a decisão a partir da argumentação inerente ao próprio Direito. Sob esse ponto, aduz Thomas Bustamante (2012) sobre o assunto que se deve sempre extrair da ratio decidendi soluções a partir do caso concreto.

 Diante de tal argumentação, mister se faz dissertar acerca das alterações provenientes da vigência do Novo Código de Processo Civil sobre os o dispositivo legal do art. 926, §2º, que expressa acerca de uma suposta hierarquia entre súmula e precedente e da exposição da superação da aplicação dos precedentes na decisão a partir do fundamento legal processual civil, tais como o art. 521.

 Nessa esteira, convém pontuar que os conceitos de precedentes e súmulas não se confundem. Estas constituem-se em uma síntese dos precedentes, mas não o são. Constituem-se em uma abstrativização das normas e encontram disposição na norma enquanto os precedentes, por outro lado, se fundam a partir da decisão de um julgamento que funcionará como um direcionamento para o julgamento de casos análogos.

Nessa esteira, convém aduzir que os precedentes judiciais apresentam problemas quanto a sua a justificação e aplicação, conforme leciona Bustamante (2012) em sua obra. Portanto, quanto à primeira problemática apresenta-se a Teoria dos Precedentes como uma teoria jurídica normativa e procedimental, no intuito de introduzir a razão prática sem recair na rigidez cognitiva dentro do esteio jurídico e assim aferir acerca da presença de uma determinação de uma vontade autônoma de acordo com a concepção kantiana.

Assim, deverá existir a colaboração entre a discurso teórico e prático dentro dessa teoria para a produção de uma argumentação pautada na verdade e produza impacto na realidade. Sob essa perspectiva coaduna Habermas (2004, p. 291) aduz que "um consenso firmado sob condições legais garante, portanto, a correção dos juízos morais, de modo que a assertabilidade idealmente justificada é o que queremos dizer com validade moral". Defende, portanto, que há interação entre ambos os elementos do discurso para se realizar uma verdade moral.

Os precedentes judiciais apresentam ainda um problema quanto a sua aplicação, no que tange a analogia. Sobre esse conceito, Bustamante (2012, p. 506) pontua que "o aplicador do Direito, ao se valer da analogia, introduz uma nova regra jurídica". Denota-se, dessa forma, que poderá acarretar em uma insegurança jurídica quando da utilização de normas não dispostas sob os termos da lei. A fundamentação para este posicionamento reside no fato de se atentar aos princípios resguardados pela Constituição Federal, o da legalidade sob escopo de fincar uma estabilidade jurídica.

**4.1 UMA BREVE ANÁLISE DAS TÉCNICAS DE RESPEITO AOS PRECEDENTES**

 **JUDICIAIS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O novo Código de Processo Civil institui oficialmente um sistema de regras, no direito brasileiro, destinadas a fixar o modo de aplicação e as consequências jurídicas impostas às partes no processo e ao julgador para a utilização dos precedentes judiciais (NOGUEIRA, 2014).

Cláudia Albagli Nogueira (2014, p. 01) complementa:

(...) pode-se dizer que o NCPC organiza as regras já existentes em nosso sistema, como já mencionado na introdução deste texto, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais.

O objetivo é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma que se possa conceder ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e haja a redução do nível de insegurança. A criação do novo Código de Processo Civil (NCPC) “atende à expectativa de todo e qualquer jurisdicionado de ter a decisão da sua causa em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, por decorrência, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas semelhantes” (NOGUEIRA, 2014, p. 01).

Sendo o processo um direito fundamental, “e se configura como espaço apto à construção contraditória dos argumentos que colaborarão para a formação da convicção judicial”, a sentença, é, portanto, o maior grau de desenvolvimento deste, uma vez que almeja colocar fim ao conflito existente. Dessa forma, “guarda uma racionalidade que exige que uma de suas premissas deva ser a formulação de uma norma universal” (NOGUEIRA, 2014, p. 01).

 Robert Alexy discorre que o fundamento disso, é que as sentenças precisam ter como base uma regra universal, tal que corresponde ao princípio da justiça formal, que exclui que, em dois casos os quais se pode observar a existência de aspectos relevantes capazes de serem descritos de forma igual por completo, sejam proferidas sentenças diferentes (ALEXY, 2010, p. 21).

Acerca do tratamento dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil, Erik Navarro (2015, p. 7) assevera que as normas as quais versam no tocante às técnicas de valorização dos precedentes no NCPC, localizam-se no “livro que trata dos meios de impugnação das decisões judiciais, principalmente no que se refere ao *incidente de resolução de demandas repetitivas* – arts. 976 e 987 – *e ao processamento e julgamento dos recursos especiais e extraordinários* – arts. 1.029 a 1.041”.

No tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, “trata-se da opção mais clara e radical no sentido da busca da diminuição do excesso de demandas, reflexo claro da análise econômica do processo”, tendo sido visto como a grande novidade do Código (WOLKART, 2015, p. 8).

Constitui técnica simples, uma vez que consiste “na cisão do julgamento, levando ao tribunal a parte padronizável da lide, suspensas as demandas repetitivas”. Quando decide a demanda eleita, gera, com isso, “uma decisão-modelo, cabendo à 1.ª instância aplicá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto”. Destaca-se, ademais, que não pode existir a aplicação mecânica do julgado (WOLKART, 2015, p. 7 apud NUNES; PATRUS, 2013, p. 479).

As principais características desse instituto são:

(a) possibilidade de instauração de ofício pelo tribunal; (b) necessidade de que a causa que abrigará o incidente já esteja no tribunal; (c) participação de todos os interessados, incluindo pessoas, órgãos ou entidades, que poderão requerer diligências exclusivamente para a elucidação da questão de direito – no modelo brasileiro, questões fáticas não farão parte do incidente. Será que a jurisprudência realmente abrirá o procedimento para além dos amici curiae, permitindo a participação de todos que forem parte nos processos suspensos?; (d) aplicação da tese jurídica resultante do julgamento a todos os processos suspensos no âmbito do foro do tribunal onde tramita o incidente, bem como às causas futuras que versarem idêntica questão de direito; (e) havendo recurso especial ou extraordinário, os efeitos do incidente serão estendidos a todo território nacional, e (f) mesmo que não haja recurso, os legitimados para a instauração do incidente, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao STF ou STJ a extensão da suspensão a todo o território nacional – mas será que os Tribunais Superiores realmente permitirão e atenderão às manifestações de todas as partes de todos os processos suspensos? (WOLKART, 2015, p. 8).

Por fim, no tocante aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, os quais já existiam no sistema, destaca-se somente o que mudou com o NCPC, caracterizado como um avanço:

a) critérios para a seleção dos recursos repetitivos; (b) suspensão de processos repetitivos em todas as instâncias, evitando o giro inútil da máquina judiciária desde a instância inicial, e não somente nos tribunais; (c) proibição de sobrestamento de recursos intempestivos; (d) regulamentação da chamada decisão de afetação, a ser proferida pelo relator no Tribunal Superior, delimitando com precisão a questão objeto de julgamento; (e) técnica de proferimento de dois acórdãos autônomos pelos Tribunais de origem, quando os recursos sobrestados contiverem questões fora do âmbito de afetação, que possam ser decididas de modo independente; (f) prazo máximo de um ano para julgamento após a afetação; (g) requerimento de prosseguimento ao órgão responsável pelo sobrestamento; (h) abertura do procedimento para permitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia; (i) criação de um padrão de decisão, obrigando que o acórdão resolutivo dos recursos-paradigma contenha análise de todos os fundamentos, favoráveis e contrários à tese jurídica posta em discussão; (j) aprofundamento do efeito “vinculante” da decisão paradigma, obrigando seu respeito pela 1.ª instância, e determinando aos tribunais que justifiquem a falta de retratação em recursos sobrestados através de distinguishing; (k) criação de uma espécie de output, permitindo que, após a formação do precedente, a parte desista do feito sobrestado antes do proferimento de sentença, independentemente da concordância do réu (WOLKART, 2015, p. 09).

Contudo, observa-se que existe uma preocupação do legislador somente com relação às questões de direito, ignorando os aspectos fáticos. No entanto sabe-se que o direito não existe sem os fatos (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 154).

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O conceito sistema de precedentes judiciais brasileiro é apresentado a partir da discussão dos sistemas civil law e common law. Portanto, por meio de uma análise à aplicação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro da atualidade, a partir da discussão da dinâmica da inserção de um regime próprio de respeito a tais precedentes, e utilizando-se da contribuição doutrinária e jurisprudencial, arguiu-se sobre como se expressa o sistema harmônico e coerente de justiça.

Desse modo, atribui-se ao Direito a concepção de integridade como elemento substancial a atividade jurisdicional, em respeito aos princípios em consonância com a adequação para efetivar a justiça. Assim, revela-se que os precedentes judiciais possuem efeito vinculante para validar a norma diante de uma decisão judicial, o que caracteriza em dinamização do sistema jurídico brasileiro quando se utiliza da atividade da interpretação fundamentada pela hermenêutica.

 A Abordagem acerca da aplicação dos precedentes judiciais e a explanação acerca das consequências permitiu que se produzissem críticas a respeito da vinculação pertinente a eles e o confronto entre a proteção à segurança jurídica, de acordo com a doutrina e a legislação vigente em compasso com o regime de respeito aos precedentes judiciais inserido pelo novo Código de Processo Civil.

Dentro desse contexto, substancial se fez dissertar acerca dos da perspectiva hermenêutica em relação aos precedentes judiciais a partir da discussão de conceitos imprescindíveis na abordagem da temática, como o ser cognoscente e a metafísica e o círculo hermenêutico que promove uma alteração de paradigmas relativos ao campo linguístico, e consequentemente no campo jurídico por meio da atividade jurisdicional

A explanação acerca dos precedentes judiciais constituiu-se de forma relevante para o conhecimento acerca desse sistema vigorante no Brasil, com os apontamentos atinentes a sua possível aplicação em âmbito recursal e a dissertação acerca das críticas perpetradas com o escopo de ampliar a discussão deste tema. Concomitantemente, a análise realizada sobre o regime respectivo aos precedentes foi abastada para a obtenção de noções acerca da previsão do Novo Código de Processo Civil.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

ALEXY, Robert. **Direito, razão discurso***:* estudos para a filosofia do direito. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Precedentes e evolução do direito**. In: \_\_\_\_\_\_ (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BEZERRA, Ana Selma Silva; BRAGA, Bruno Mesquita. **A doutrina do *stare decisis* e a inserção dos precedentes judiciais no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.faculdade.flucianofeijao.com.br/site\_novo/cadernos\_graduacao/servico/pdfs/Adoutrinadosatredecisiseainsercaodosprecedentesjudiciaisnodireitobrasileiroacademicos.pdf>. Acesso em: 25 out 2015.

BOURDIEU, apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 8ª Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. Teoria do Precedente Judicial : A justificação e aplicação de regras jursprudenciais. São Paulo; Noeses, 2012.

CHISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik, Band I,: Grundlagen Oftentliches Rech. 9º ed. Berlin: Duncker & Hummnlot, 2004.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, 2011. Disponível em: < http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527>. Acesso em: 02 set 2015.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol.2, 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, v. 2.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol 3. Salvador. JusPodvim, 2014.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

 \_\_\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREIRE, Alexandre. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 950/2014. p. 199. Dez, 2014.

HABERMAS, Jurgen. " Correção vs Verdade; o sentido da validade deontológica de juízos e normas morais. In: Verdade e Justificação( Ensaios Filosóficos). Trad.de Milton Camargo Motta. São Paulo, Loyola.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais**: pensando umparadigma discursivo da decisão judicial. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>. Acesso em: 26 out 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o precedente judicial.** Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em : 10 de Set de 2015.

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. **Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-metodos-interpretativos-de-ronald-dworkin-e-o-direito-como-integridade,41027.html>. Acesso em: 24 out 2015.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura – uma caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Revista de Processo. vol. 243/2015. p. 409 – 433. Mai 2015.

1. *Pape*r apresentado à disciplina de Recursos no Processo Civil, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do curso de Direito noturno, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor orientador. [↑](#footnote-ref-3)