

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E O DEVER DE  
FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**MARINA DE PAULA SANTOS**

*De acordo*

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. P. Santos', written in a cursive style.

**RIO DE JANEIRO  
2016 / 2º SEMESTRE**

**MARINA DE PAULA SANTOS**

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E O DEVER DE  
FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque.

**RIO DE JANEIRO**  
**2016 / 2º SEMESTRE**

## CIP - Catalogação na Publicação

S237f Santos, Marina de Paula  
A força vinculante dos precedentes e o dever de  
fundamentação no Novo Código de Processo Civil /  
Marina de Paula Santos. -- Rio de Janeiro, 2016.  
73 f.

Orientador: Andre Vasconcelos Roque.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Precedentes. 2. Dever de fundamentação. I.  
Vasconcelos Roque, Andre, orient. II. Título.

CDD: 340.3

**MARINA DE PAULA SANTOS**

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E O DEVER DE  
FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**  
**2016 / 2º SEMESTRE**

## RESUMO

A introdução dos precedentes no Novo Código de Processo Civil inaugura uma aproximação do *civil law* com o *common law* no ordenamento jurídico brasileiro. O precedente é o enunciado jurídico que traduz o entendimento predominante do Tribunal superior sobre uma determinada matéria e que contribui com a estabilidade decisória, segurança jurídica e previsibilidade. A essência vinculativa do precedente que será reproduzida pelas instâncias inferiores é a *ratio decidendi* por esta traduzir a tese jurídica adotada pelo Tribunal. O Código de Processo Civil delimita as condições que se presentes na decisão culminará no descumprimento do dever de fundamentação. O dever de fundamentar é essencial tanto para a formação do precedente nos Tribunais superiores, por possibilitar a extração da *ratio decidendi*, quanto para a sua aplicação ao caso concreto por justificar de que modo o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos do precedente.

Palavras-chaves: precedente jurídico; jurisprudência; dever de fundamentação; *ratio decidendi*; *common law*; *civil law*.

## ABSTRACT

The introduction of precedents in the New Civil Procedure Code inaugurates an approximation of *civil law* and *common law* in the Brazilian legal system. The precedent is the legal statement that reflects the prevailing view of the Supreme Court on a given matter and which contributes to stability, legal certainty and predictability. The binding essence of the precedent that will be reproduced by the lower courts is the *ratio decidendi*, the legal thesis adopted by the Court. The Civil Procedure Code delimits conditions that being present in the decision will culminate in the noncompliance of the duty to state reasons. The duty to state reasons is essential both for the formation of the precedent in the higher courts, because it allows the extraction of the *ratio decidendi*, and for its application to the concrete case, to justify how the case under judgment is in accordance with the grounds of the precedent.

Keywords: *legal precedente*; *case law*; *Duty of grounds*; *ratio decidendi*; *common law*; *civil law*.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. CONVERGÊNCIA ENTRE O <i>COMMON LAW</i> E O <i>CIVIL LAW</i>.....</b>	<b>5</b>
<b>3. O PRECEDENTE .....</b>	<b>12</b>
3.1. Noções gerais.....	12
3.2. A importância do precedente .....	16
3.3. O precedente como ponto de partida .....	18
3.4. A <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i> .....	22
3.5. O <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i> .....	25
<b>4. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO .....</b>	<b>29</b>
4.1. Noções gerais.....	29
4.2. Diferenciação entre fundamentação e motivação .....	32
4.3. Os benefícios e a importância de uma decisão fundamentada.....	34
4.4. A fundamentação no Código de Processo Civil .....	36
<b>5. A RELAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO E DO PRECEDENTE .....</b>	<b>45</b>
5.1. A fundamentação na formação do precedente .....	45
5.2. A fundamentação na aplicação do precedente .....	48
5.3. A <i>ratio decidendi</i> na fundamentação .....	61
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>
<b>7. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Vivenciamos uma época de fortalecimento da importância dos precedentes na fundamentação de decisões judiciais, traduzindo-se em um movimento de convergência entre o *civil law* e o *common law*.

Há um crescente fortalecimento da jurisprudência em nosso sistema jurídico através de súmulas vinculantes, julgamento monocrático de recursos mediante fundamentação com base na jurisprudência de tribunais superiores, sentença liminar de improcedência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e outros. O uso de julgados anteriores é ainda mais valorizado com diversos institutos previstos no novo Código de Processo Civil, impondo aos órgãos fracionários dos tribunais seguirem as previsões do plenário e órgãos superiores, tanto quanto a jurisprudência dos órgãos superiores deve vincular qualquer tribunal ou juiz hierarquicamente inferior.

O novo código de processo civil inovou no sentido de alterar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência para introduzir em nosso ordenamento a observância necessária dos precedentes, com o objetivo de garantir a segurança jurídica, a uniformização da interpretação e a previsibilidade das decisões judiciais através da aplicação da tese jurídica dos casos com identidade fática.

Há de fato uma elevação dos precedentes a qualidade de fontes primárias do direito que regulam condutas futuras, não obstante sua formação seja atrelada ao caso concreto, como forma de promover uma maior celeridade processual e um combate a falta de racionalidade e coerência do nosso sistema jurídico. Visto que a padronização decisória se tornou um aliado dos aplicadores do direito no contexto de litigiosidade repetitiva, ganhando força as técnicas processuais padronizadoras de jurisprudência como fonte do direito<sup>1</sup>, tais instrumentos tornam-se um meio para o Judiciário “resolver de modo idêntico e vinculante questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns pelo Tribunal”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 473/474.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 474.

Como exemplificado por Humberto Theodoro Jr.:

“No Brasil, a principal utilização dessa chamada padronização decisória se presta ao dimensionamento da denominada litigiosidade repetitiva; demandas propostas por inúmeros cidadãos com pretensões isomórficas. Dentro desse contexto, a litigiosidade repetitiva passou a aumentar as taxas de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro e as propostas de técnicas processuais padronizadoras e do uso de “precedentes” como fonte, ganhou muitíssima força”<sup>3</sup>.

De fato, é um contexto em que os legisladores e os aplicadores do Direito buscam minimizar a demora processual introduzindo diversas características do sistema do *common law*. Entretanto, a introdução dos precedentes e da sua vinculatividade no *common law* foi resultado de uma gradual evolução do respectivo sistema, enquanto que no nosso ordenamento jurídico há uma crescente valorização dos precedentes como uma solução desesperada para desafogar a quantidade de processos no Judiciário, sem qualquer amadurecimento histórico ou cultural.

Tal mudança também introduz uma nova função ao processo civil além da tutela do interesse individual: a busca pela maior previsibilidade, segurança jurídica, confiança, isonomia, celeridade processual, estabilidade e desestímulo à litigância recorrente<sup>4</sup>. Há uma vinculação do interesse particular na solução do caso concreto à função nomofilática pra manutenção da integridade do ordenamento jurídico pela uniformidade e igualdade de interpretação dos casos.<sup>5</sup>

Assume, então, especial importância o dever de fundamentação previsto no art. 489 do CPC, cujo teor incide sobre dois sujeitos: os Tribunais superiores que formaram os precedentes e os juízes e Tribunais que aplicam tais instrumentos. Em outras palavras, o dever de fundamentação ao ser aplicado aos precedentes é uma

“via de mão dupla, atuando, inicialmente, na sua formação e, posteriormente, na aplicação da tese consagrada a outros casos objeto de julgamento pelos órgãos jurisdicionais inferiores e pelo mesmo tribunal do qual emanaram, sem implicar em violação à independência funcional dos juízes”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 225.

<sup>4</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 255.

<sup>5</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 8, jul./dez. 2015.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 5..



Vivemos em um período de decisionismo judicial em que os juízes “primeiro buscam a solução para o caso concreto, dentro daquilo que eles entendem como Justiça segundo seus critérios pessoais, para depois encontrar o Direito”<sup>7</sup>. Desse modo, há uma preocupação do legislador ao impor o dever de fundamentação para obstar que os juízos morais sobreponham a legislação e as escolhas políticas daqueles legitimamente eleitos para representar o povo.

Nestes termos, a busca por soluções que desafoguem o Judiciário deve simultaneamente garantir forma plena “que a aplicação do Direito se torne qualitativamente melhor”<sup>8</sup> e a celeridade da resposta processual não pode autorizar a perpetuação do entendimento de que a fundamentação das decisões não é obrigatória por obstar a rapidez e praticidade da resposta judicial. Há que se exigir dos juízos um esforço argumentativo mínimo de explicitação de seus fundamentos e argumentos<sup>9</sup>, pois aquele que se limita a repetir texto normativo ou ementa de julgado sem qualquer justificativa de sua escolha ou demonstração de sua interligação com o caso concreto atenta contra a própria democracia e o dever constitucional de fundamentação.

O CPC de certa forma propaga a ideia de que a vinculação a decisões dos tribunais superiores desafogaria o Judiciário, criando um “*stare decisis* brasileiro”<sup>10</sup>, ao mesmo tempo que obriga a correta fundamentação para a utilização dos julgados e enunciado de súmula. É essencial que tanto os legisladores quanto os sujeitos que lidem com o direito na prática entendam que os precedentes só serão aplicados de maneira adequada, adentrando nos mais diversos argumentos, se detiverem fundamentação robusta capaz de promover uma uniformização jurisprudencial efetiva, rechaçando, de tal modo, uma aplicação mecânica e dissociada do caso concreto.

Uma decisão mal fundamentada não satisfaz a justiça ou a democracia, visto que o “exercício da jurisdição, afirmando o ordenamento jurídico e pacificando a sociedade, assume vestes de legitimidade ao observar o devido processo legal e o arcabouço normativo emanado

---

<sup>7</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 248.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>9</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 224.

<sup>10</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. ***Stare decisis* vs direito jurisprudencial**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 486.

do legislador”<sup>11</sup>. Por tal motivo, a fundamentação das decisões é o único caminho passível de garantir a proteção contra o arbítrio e a discricionariedade e o instrumento de controle da aplicação dos precedentes pelos aplicadores do direito. É o dever de fundamentação que foi o instrumento eleito pelo legislador para impor e fiscalizar a correta aplicação dos precedentes.

Não seria através de julgados formados de maneira superficial que seria possível criar resultados eficientes e legítimos. Devemos superar a superficialidade argumentativa e ir além da visão de

“que o juiz teria de decidir quais seriam os argumentos “relevantes” que “mereceriam” ser enfrentados em sua decisão contrária à parte que os invoca, o que gera a situação absurda de o advogado (e a parte) ter(em) de esperar sensibilizar os julgadores do Tribunal ad quem, a quem terão de direcionar o recurso contra essa decisão, acerca da importância de tal argumento”<sup>12</sup>.

Há uma urgência para aproveitar essa página inaugurada com o novo Código de Processo Civil para que se instale aos precedentes um caráter mais argumentativo e racional, que só pode ser construído mediante uma aplicação fundamentada do precedente judicial e a promoção de uma jurisprudência democrática.

O presente trabalho visa a relacionar a essencialidade do dever de fundamentação aos julgamentos que resultarão em precedentes vinculantes e às decisões que aplicarão ao caso concreto as teses jurídicas legitimadas pelos paradigmas.

---

<sup>11</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 8, jul./dez. 2015.

<sup>12</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 229.

## 2. CONVERGÊNCIA ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

Há um constante movimento de convergência ao *common law* no sistema jurídico brasileiro mediante a utilização de decisões jurisprudenciais como uma das fontes do direito. Algumas características do *common law* são apontadas como um meio de solução de diversos problemas do nosso sistema jurídico, tais como a insegurança jurídica, decisões divergentes sobre questões semelhantes, multiplicidade de processos e morosidade na prestação jurisdicional<sup>13</sup>.

Em uma concepção anterior, as Cortes superiores brasileiras buscavam a formação de jurisprudência e não de precedentes, mediante o controle de legalidade dos julgados de órgãos inferiores, cujo referencial para sua decisão está calcado na lei. A introdução dos precedentes formaliza um Tribunal voltado à uniformização da interpretação do direito,

“assumindo função normofilática prevalecente à preocupação com a justiça dos julgamentos impugnados; com a previsão de filtros para submissão ao seu crivo de poucos casos; e com a aplicação dos precedentes formados nos processos pendentes e futuros pelos demais órgãos julgadores.”<sup>14</sup>

O *civil law* é marcado pelo papel do juiz como revelador do sentido da lei mediante uma operação lógica de subsunção<sup>15</sup>, visto que a atividade hermenêutica do juiz é limitada aos estritos termos da lei<sup>16</sup> em que o Direito seria um sistema acabado, autossuficiente e perfeito para promover solução para qualquer caso concreto.

No *common law*, o juiz também cria o direito, visto que a legislação, diferente do *civil law*, não pretende prever e regular todo e qualquer caso concreto, tanto quanto não busca ser o único pensamento jurídico, “devendo ser complementada com a criação do direito no julgamento dos casos concretos, caindo por terra o ideal de completude do ordenamento jurídico”<sup>17</sup>. Desse modo, como são fontes primárias os costumes e os precedentes, com base

---

<sup>13</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 484.

<sup>14</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 5-6, jul./dez. 2015.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>17</sup> *Ibidem* p. 7.

no sistema do *stare decisis*, os modelos de comportamento são delimitados pelo juiz na respectiva decisão.<sup>18</sup>

Nesse contexto,

“o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, posto que somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o status de precedente”<sup>19</sup>.

Ademais, no *common law* é extremamente necessário distinguir-se na decisão judicial a porção do julgado que é vinculante daqueles argumentos não essenciais, enquanto no *civil law*, em contrapartida, a fundamentação visa apenas a ligar os fatos a norma legal, não havendo necessidade de buscar o significado da decisão na fundamentação por esta apenas dar executividade à lei e pela decisão dizer respeito especificamente aos litigantes<sup>20</sup>. Por isso que, neste último sistema, “quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença”<sup>21</sup>.

O *common law* exige também uma identificação dos fatos do caso concreto e uma comparação destes com os fatos que o criador do precedente admitiu como fundamental, já no *civil law*, a lei já previamente seleciona os fatos e determina uma solução para os casos, enquanto o juiz apenas enquadraria tais fatos à norma aplicando um efeito jurídico tal como elucidado pelo legislador<sup>22</sup>.

Ainda, no *common law* não há qualquer aplicação mecânica ou subsuntiva do precedente, bem como não existe uma regra jurídica pronta e previamente definida pelo Tribunal com status vinculante para casos futuros, “o precedente não configura jurisprudência

---

<sup>18</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 10, jul./dez. 2015.

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 488.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 820.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 820.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 837.

como regra, como se fosse lei e/ou fonte normativa, mas como mecanismo de persuasão do tribunal que a editou, para influenciar, se for o caso, às hipóteses futuras”<sup>23</sup>.

Em suma, no *common law* não há qualquer aplicação automatizada do precedente como forma de solucionar os casos atuais como se fossem preceitos prontos e prévios que solucionariam de forma simultânea inúmeros casos do futuro,

“pelo contrario, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa e, após ser localizado, passa-se a verificar se, na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar, é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque caso elas fiquem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado”<sup>24</sup>.

No *common law* há uma aderência à teoria declaratória do precedente, em que o juiz ao decidir o caso paradigma não cria um precedente, ele apenas declara e expõe as teses e razões jurídicas, não sendo, de tal modo, um ato originário de produção de regras jurídicas automático como seria a legislação<sup>25</sup>. É por este motivo que não há de fato um engessamento do direito, já que quem cria o precedente seria a interpretação e a aplicação recorrente pelas instâncias inferiores, bem como pelo fato da *ratio decidendi* ser deixada indeterminada pelo Tribunal do paradigma.

Portanto, uma das principais diferenças entre o precedente brasileiro e o precedente estipulado pelo *common law* seria o fato de que naqueles os Tribunais Superiores impõem o seu julgado um status de precedente ou decisão vinculativa, enquanto neste sistema jurídico são os juízes de instâncias inferiores com a reiterada aplicação de um *leading case* que estipulam tal status<sup>26</sup>, havendo uma grande flexibilização da vinculação do precedente se comparado com as nossas súmulas vinculantes e outras decisões superiores.

Por fim,

“podem ser apontadas nove diferenças generalizantes (nem sempre ocorrentes em todos os países) entre os sistemas:

---

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 505.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 490.

<sup>25</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 344.

<sup>26</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. ***Stare decisis* vs direito jurisprudencial**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 499/500.

1. nos países de *civil law* as decisões não abordam os fatos de forma tão detalhada como nos países de *common law*, o que influencia sobremaneira no que pode ou não ser usado como base argumentativa em outros casos;
2. nos países de *civil law* há poucas considerações sobre políticas públicas;
3. nos países de *civil law*, raramente há uma análise detalhada e comparativa dos fatos e fundamentos jurídicos que já foram submetidos ao crivo do Judiciário anteriormente e que justificariam a aplicação de um precedente, ou o seu *distinguishing*;
4. nos países de *civil law* não há real preocupação em diferenciar *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do *obiter dicta* (opiniões não vinculativas);
5. enquanto nos países de *common law* as normas jurisprudenciais são devidamente contextualizadas e emergem de situações de fato ou de padrões, o mesmo não se pode dizer dos países de *civil law*;
6. nos países de *civil law* não existem técnicas sofisticadas de distinguir (*distinguishing*) um precedente do outro, ou de um precedente do caso em análise, salvo em casos cuja matéria controversa seja constitucional;
7. nos países de *civil law*, normalmente (ou quase sempre), uma única decisão não é tida como suficiente para se impor como um precedente, sendo necessárias decisões em série para o entendimento nelas consubstanciado ter força, salvo nos casos de matéria constitucional;
8. nos países de *civil law* os juízes que estão na base da pirâmide hierárquica do Judiciário não se importam em ignorar as decisões proferidas por órgãos mais elevados se houver uma norma legal que lhes possibilite entender de forma diversa, ainda que tenham a consciência de que sua decisão será reformada; e,
9. nos países de *civil law* as cortes ignoram ou aplicam normas elaboradas jurisprudencialmente sem sequer mencionar o fato. Com exceção dos itens 2 e 7, supra, todas as considerações dos comparatistas se aplicam ao Brasil. Em relação ao 7, existe a tendência cada vez mais comum de que uma decisão fruto de uma técnica de causa-piloto (v.g., recursos repetitivos) tenha o condão de formar um precedente para casos futuros<sup>27</sup>.

Entretanto, atualmente, há uma tendência de flexibilização destes tradicionais modelos jurídicos com uma tendência de mescla e mutações entre os sistemas, ocorrendo um regramento legislativo das condutas do *common law*, marcado por diversos problemas como a insegurança jurídica e a discricionariedade do aplicador do direito<sup>28</sup>, bem como há uma função interpretativa mais intensa do juiz do *civil law*, em razão do racionalismo, das cláusulas gerais e do constitucionalismo.

Especificamente, no Brasil, há uma forte tendência de vinculação aos precedentes diante da impossibilidade da previsão de todas as situações pelo legislador. O fracasso da completude do ordenamento jurídico, já que o legislador não pode, na prática, prever todas as condutas na lei de forma clara, impõe que o juiz exerça a atividade hermenêutica. “A interpretação, como regra, gera alternativas. Por maior esforço que tenha o legislador, a

---

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243/244.

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 484.

ordem jurídica nem sempre confere uma solução única para cada caso”<sup>29</sup>. Tal impossibilidade de previsão é ainda agravada pela tendente valorização dos princípios<sup>30</sup>, conceitos jurídicos indeterminados<sup>31</sup> e cláusulas gerais<sup>32</sup> para disciplinar condutas<sup>33</sup>.

O poder Judiciário, nesse novo contexto atual, atua

“na interpretação dos textos legais pouco claros e na regulação de hipóteses não previstas pelo legislador, na ponderação entre princípios, bem como no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, sempre segundo critérios extraídos do próprio ordenamento jurídico e à vista do caso concreto. Nessa ordem de ideias, consagrou o legislador brasileiro a valorização dos precedentes judiciais, com vistas a conferir segurança à interpretação dos tribunais, culminando com a estipulação de vinculação em alguns casos”<sup>34</sup>.

Desse modo, há um claro aumento da complexidade da operação hermenêutica que leva em conta diversas normas jurídicas além da legislação, colimando no anseio da sociedade em segurança na atuação do Judiciário, que não mais está apenas pautada nas leis em sentido abstrato.

Entretanto, o Judiciário não vem cumprindo com essa sua nova responsabilidade de gerar previsibilidade e segurança jurídica pela proliferação de divergências judiciais. Uma mesma situação fática é decidida de forma inversa em um mesmo período histórico e a jurisprudência como fonte de direito que deveria resguardar a segurança acaba por estimular a litigiosidade.

---

<sup>29</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 10-11, jul./dez. 2015.

<sup>30</sup> De forma sintetizada, “princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes (políticas) são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p.90), ou seja, verdadeiros padrões de conduta implícitos ou expressamente previstos no nosso ordenamento jurídico.

<sup>31</sup> Na visão de Tércio Sampaio Ferraz Junior, conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que manifestam intencional vaguidade, não sendo possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa, cujo conteúdo e extensão são em larga escala incertos (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 7) e cuja consequência já está previamente estipulada em texto legal.

<sup>32</sup> A cláusula geral é uma norma jurídica carecida de preenchimento valorativo em seu conteúdo e em sua consequência jurídica, delimitado por valorações de seu aplicador, ou seja, “não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: v. 2, p. 3-25, jan-mar. 2000. p. 5).

<sup>33</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 11, jul./dez. 2015.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 8.

A insegurança jurídica não será magicamente reduzida pela criação de padrões decisórios vinculativos, visto que aquela está diretamente ligada a diversos problemas qualitativos da prestação jurisdicional<sup>35</sup>. Inclusive, o apego ao precedente e jurisprudência é tanto que muitos juízes, atualmente, comportam-se como se as súmulas vinculantes e algumas decisões dos tribunais superiores ostentassem um caráter superior à própria legislação, o que evidencia uma aplicação no Brasil de um *common law* distorcido e adaptado<sup>36</sup>, uma vez que no sistema tradicional “o costume e o precedente estão subordinados à legislação”<sup>37</sup>.

Como bem sustentado por Nelson Nery Júnior:

“Na realidade, não é o *civil law* ou o *common law* que irá determinar o nível de segurança jurídica de um sistema, mas sim a qualidade de suas decisões manifestadas por um Judiciário que efetivamente leve a sério seu dever de concretizar a Constituição e a orientar a aplicação da lei em conformidade com ela. Por exemplo, a Alemanha ou a Inglaterra não possuem maior segurança jurídica que o Brasil porque uma é relacionada ao *civil law* e outra ao *common law*. Em verdade, são diversos os fatores que determinam o grau de segurança jurídica de um ordenamento, principalmente a qualidade externada na motivação das decisões judiciais. Ou seja, quanto mais institucional e constitucional for a decisão, menor será a influência dos critérios morais, pessoais e dos valores individuais do julgador que permearão a decisão e, por consequência, mais íntegra e coerente será a jurisprudência desenvolvida.”<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 485.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>37</sup> HART, Hebert. *O conceito de direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112.

<sup>38</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 484/485.



### 3. O PRECEDENTE

#### 3.1. Noções gerais

O precedente pode ser conceituado, em sentido amplo, como a decisão judicial apta a contribuir com o julgamento de outros casos de idêntico substrato fático<sup>39</sup>. Regulando casos futuros, os precedentes são edificados a partir de um caso concreto e trazem segurança às relações sociais e coerência, uniformidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico<sup>40</sup>.

Em suma, “os precedentes resultam em teses jurídicas sintetizadas, as quais devem ser extraídas de um conjunto de decisões reveladas pela jurisprudência reiterada e predominante do tribunal que os produz”<sup>41</sup>, sendo, de tal modo, mais um elemento para a formação da convicção do julgamento no caso concreto.

O precedente é o resultado de um intenso debate e hermenêutica, capaz de solucionar outros casos futuros uma vez verificadas as semelhanças daquele com o caso concreto. O Código de Processo Civil, nos artigos 926 e seguintes, define que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”<sup>42</sup>, tanto quanto buscou dar ao precedente judicial um status racional e argumentativo.

Nestes termos:

“O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma ou se impõe como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga”<sup>43</sup>.

Como já elucidado, a valorização da força vinculante dos precedentes está prevista no artigo 927 do CPC no momento em que o legislador determina que os juízes “obervarão” as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os

---

<sup>39</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 12, p. 8, jul./dez. 2015.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>43</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 493.

enunciados de súmulas vinculantes; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados<sup>44</sup>.

Diferente da jurisprudência, o precedente não necessita de diversas decisões reiteradas de Tribunais Superiores, mas sim de reiteradas decisões de instâncias inferiores de fato o aplicando em status vinculativo. A jurisprudência, em contrapartida, não exige uma análise fática tão rigorosa e precisa quanto a exigida para aplicação dos precedentes<sup>45</sup> e o precedente, como uma única decisão judicial, não pressupõe a característica de coletividade da jurisprudência.

Nas palavras da Corte de Apelações da Terceira Região dos Estados Unidos,

“um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em um juízo inferior na hierarquia judicial”<sup>46</sup>.

O intérprete, para evitar equívocos e incoerências, deve analisar o caso concreto levando em consideração os julgados anteriormente proferidos e promover uma interpretação construtiva, visto que uma “decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida”<sup>47</sup>.

Ressalta-se que

---

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

<sup>45</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 498.

<sup>46</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. *Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 685.

<sup>47</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 249.

“não é toda decisão judicial que firma um precedente, tampouco é todo precedente vinculante. Precedente diz respeito somente àquela decisão que inclua em seu bojo um paradigma aplicável ao julgamento de outros casos, ao passo que a obrigatoriedade de seu respeito, nos sistemas de *civil law*, decorre da expressa previsão legal. Os precedentes aplicam-se a questões exclusivamente de direito, quando o mesmo conjunto normativo incide sobre idênticos fatos”<sup>48</sup>.

Ainda, não é viável considerar o precedente como mera decisão proferida no passado. Tal instrumento classifica-se como uma regra jurídica aplicada em decisões judiciais futuras mediante uma identidade ou semelhança de questões jurídicas em ambas os casos<sup>49</sup> e, em muito, está sustentado pelo princípio da isonomia, uma vez que casos semelhantes devem ser decididos de forma idêntica, observando a mesma tese jurídica proferida por decisões anteriores, para que as decisões judiciais sejam justas e previsíveis<sup>50</sup>.

Ademais, em uma concepção do *common law*, os precedentes são formalizados mediante o amadurecimento da jurisprudência até a efetiva consolidação da *ratio* em que se extrairá uma razão e tese jurídica para o caso concreto, cuja qualidade está diretamente ligada ao esgotamento da análise dos argumentos favoráveis e contrários à tese aplicável.

Conforme elucida Humberto Theodoro Jr.:

“Os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros padrões decisórios que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório. Extrair-se-ia, inclusive, se um dado argumento foi levado em consideração, pois, caso contrário, seria possível a superação do entendimento (*overruling*). Ou mesmo verificar se o caso atual em julgamento é idêntico ao padrão ou se é diverso, comportando julgamento autônomo mediante a distinção (*distinguishing*)”<sup>51</sup>.

Esse amadurecimento da interpretação é um ponto fraco da teoria dos precedentes brasileiros, visto que a pressa e a ansiedade para desafogar os Tribunais acaba, por diversas vezes, se sobrepondo a maturação do entendimento<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 12, jul./dez. 2015.

<sup>49</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 685.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 687.

<sup>51</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 225.

<sup>52</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 20, jul./dez. 2015.

Vivenciamos um período que em prol da celeridade há uma crescente negligência das singularidades do caso concreto mediante uma aplicação mecanizada dos precedentes como normas abstrata. O que é irônico, uma vez que

“nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas “perfeitas”, gerais e abstratas, de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, v.g., por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava). Agora, em fins do século XX e início deste, apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas, apenas que agora seu autor não é mais (só) o legislador, mas (também) o Tribunal”<sup>53</sup>.

Ressalta-se que a aplicação do precedente pressupõem uma preocupação com os “elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso”<sup>54</sup> e, tal importância foi valorizada pelo CPC, especificamente em seu art. 489, parágrafo 1º, inciso V, uma vez que o legislador não considera fundamentada uma decisão que se limita “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes”<sup>55</sup>.

Ou seja, conforme será trabalhado adiante, o precedente se materializa na fundamentação da decisão paradigma, especificamente da delimitação das razões determinantes (*ratio decidendi*), tanto quanto é no argumento das partes que utilizam o cerne vinculante do precedente a seu favor na argumentação, criando um outro aspecto do precedente como “o *topoi* argumentativo a partir do qual, autor e réu passam a expor seus argumentos”<sup>56</sup>.

Por fim, é necessário destacar que a aplicação dos precedentes precisa seguir determinadas premissas essenciais:

---

<sup>53</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 812.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>56</sup> ABOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 521.

“1.º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um ‘precedente’ a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*), o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática.

3.º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjeto) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (‘comparação de casos’): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como, v.g., as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos.

5.º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais ‘de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexa estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.’

6.º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: a ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*”<sup>57</sup>.

### 3.2. A importância do precedente

---

<sup>57</sup> NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória.** São Paulo: RT, 2011, p. 38.

Em tempo de necessidade o precedente foi introduzido de forma expressa no Código de Processo Civil, uma vez que presenciemos um cenário de decisões conflitantes sem qualquer respeito aos precedentes proferidos por Tribunais Superiores, que, inclusive, não respeitam muitas das vezes as suas próprias decisões ou aquelas proferidas por outras Turmas do mesmo Tribunal.

De fato, vivenciamos um sistema jurídico em que os magistrados “não se veem obrigados a observar os precedentes formados pelos tribunais; estes, por sua vez, não se veem orientados em repercutir, em seus julgados, orientações firmadas em decisões que tenham proferido anteriormente”<sup>58</sup>.

Na verdade, há de fato uma confusão entre independência judicial e hierarquia, causando um desrespeito generalizado a decisões anteriores para produção de teses jurídicas individuais e específicas<sup>59</sup>. É esse um dos problemas que o CPC procura resolver com a imposição da vinculatividade aos precedentes pelos próprios órgãos judiciais que o criaram e pelos órgãos a ele subordinados. O legislador, com essa alteração processual, buscou “a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a dispersão da jurisprudência e, conseqüentemente, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário”<sup>60</sup>.

No processo de elaboração de decisões judiciais há uma clara inexistência de coerência e uniformização jurisprudencial no ordenamento. Um conjunto fático, com pessoas na mesma situação jurídica, é solucionado pelos aplicadores do direito de maneiras diametralmente opostas, sendo constante os casos de avaliação jurisprudencial em que nos deparamos com decisões tanto favoráveis quanto desfavoráveis à pretensões jurídicas semelhantes.

No ambiente dos gabinetes de 1ª e 2ª instância, é habitual que os juízes defendam pontos diversos sobre a mesma matéria, criando um contexto em que o destino do direito pleiteado será traçado no momento da distribuição do processo.

---

<sup>58</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 696.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 696.

<sup>60</sup> DONIZETTI, E. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. *Revista de Direito UNIFACS*, Rio de Janeiro, n. 175, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

Atualmente nos deparamos com uma verdadeira loteria processual em que o destino do resultado da ação depende do entendimento individual e privado de determinado juiz, o que cria um contexto em que cada vara, câmara ou turma adota teses jurídicas específicas para questões idênticas. Esse tipo de instabilidade não só cria uma insegurança jurídica, como também enfraquece demasiadamente nosso ordenamento e descredibiliza o Poder Judiciário.

O precedente pode de fato traduzir estabilidade decisória, segurança jurídica e previsibilidade mediante teses jurídicas que tornam-se verdadeiros padrões decisórios. Entretanto, os Tribunais superiores brasileiros remam contra tal ideologia diante de um verdadeiro “decisionismo” jurisprudencial em que Turmas e Tribunais proferem decisões diametralmente opostas, tanto quanto as suas jurisprudências contam com “flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas””<sup>61</sup>.

Presenciamos esse contexto de extrema indecisão e “viradas repentinas na jurisprudência”<sup>62</sup>, culminando na tentativa do novo Código de Processo Civil em promover um amadurecimento nas decisões judiciais ao ponto de conferi-las força vinculativa e impor aos Tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-las estáveis, tanto quanto a obrigação de uma fundamentação robusta nas hipóteses de mudança do entendimento anterior que vá além de uma mera vontade do Ministro e Desembargador em promover novas teses jurídicas acerca de uma matéria já decida pela Corte.

Destaca-se que a “fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro, bem como que a previsibilidade é um valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver”<sup>63</sup>.

É cediço que “os recursos infundados e abusivos, a violação do direito fundamentação à duração razoável do processo e o atual estado de apatia do poder Judiciário são meras

---

<sup>61</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 472.

<sup>62</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 698.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 808.

consequências da falta de autoridade dos precedentes judiciais”<sup>64</sup>. Por isso, é imperioso eliminar as incoerências e as decisões judiciais díspares de um mesmo Tribunal ou juízo para casos semelhantes ou idênticos em prol da segurança, estabilidade e racionalidade. Somente quando o sujeito tiver uma prestação judicial devidamente fundamentada e semelhante aos indivíduos que estiveram na mesma situação jurídica que podemos considerar que nosso ordenamento jurídico possui uma prestação jurisdicional justa.

Inclusive, a falta de coerência de entendimento em um mesmo Juízo ou Tribunal estimula a litigiosidade, “trazendo aos tribunais milhares de casos que, caso o sistema judicial não violentasse a sua própria lógica, poderiam ser acomodados mediante acordos”<sup>65</sup>, tanto quanto confunde os jurisdicionados pela ausência de teses jurídicas sedimentadas e impede que os advogados de fato orientem os seus clientes acerca de determinados problemas judiciais, ao invés de adentrar de forma indiscriminada com processos para tirar a sorte em um sistema sem estabilidade<sup>66</sup>.

Em um contexto de explosão de litigiosidade é cediço que haverá muitos processos tratando da mesma situação jurídica, e, por isso, em prol da segurança jurídica e da igualdade, a solução deveria ser aplicada aos litígios em massa. Um meio muito eficiente para concretizar esta uniformização jurisprudencial é através dos precedentes vinculantes, inclusive, para progressivamente evitar que situações fáticas semelhantes terminem com um desfecho jurídico diverso.

Somente uma argumentação linear pode criar precedentes como padrões decisórios “que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade”<sup>67</sup>, bem como evitaria que diversas interpretações sobre os mesmos fatos jurídicos coexistam em nosso ordenamento. Tal valorização dos precedentes é amplificada na “massificação das demandas e asoerramento do aparato jurisdicional. À medida, que fatos idênticos geram novas demandas, é possível a extração de uma norma para a solução dos demais, tornando-a

---

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi** ou os fundamentos determinantes da decisão. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 808.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 808.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 808.

<sup>67</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 471.



universal. Há repetibilidade a exigir, conseqüentemente, soluções análogas”<sup>68</sup>.

Desse modo, o precedente acaba solucionando não só o caso específico, como também promove um resultado jurisprudencial que será utilizado em uma pluralidade de controvérsias semelhantes futuras. Nos dias atuais de abarrotamento do Judiciário, é possível constatar demandas idênticas geradas por fatos semelhantes e, de tal modo, para evitar que cada juiz prolate decisões distintas é essencial a formação de uma norma universal a ser aplicada para solucionar os demais casos análogos.

Os precedentes, se usados de forma devida e fundamentada, podem ser utilizados como solução do acúmulo de processos, da insegurança jurídica, da morosidade processual e da falta de autoridade das decisões judiciais, tanto quanto contribuirá para um futuro em que a opinião individual do magistrado sobre uma tese jurídica não irá prevalecer sobre o interesse coletivo<sup>69</sup>.

A importância dos precedentes é tão relevante que o próprio legislador prevê no art. 927, parágrafo quinto do CPC que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”<sup>70</sup>.

### 3.3. O precedente como ponto de partida

Desse modo, é possível concluir que uma aplicação ideal e correta dos precedentes os utiliza apenas como pontos de partida para discussão de um caso concreto, sendo um dos instrumentos que o juiz pode utilizar em sua fundamentação. No sistema de *common law*, os precedentes são meros

“*starting points (principum)* dos fundamentos jurídicos que venham trazer, ou seja, um julgado (ou conjunto deles) somente se tornará precedente se em aplicação analógica futura se verificar que seus fundamentos determinantes se aplicam ao caso futuro devido às suas identidades jurídicas e fáticas. O precedente no *common law* é um ponto de partida, quando de modo recorrente entre nós é visto como ponto de

<sup>68</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 11, jul./dez. 2015.

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>70</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

chegada”<sup>71</sup>.

Ou seja, é imprescindível que haja de fato uma atividade hermenêutica por parte do juiz, aduzindo em sua fundamentação os motivos daquele precedente se adequar ao caso concreto, tanto quanto levando em consideração a *ratio* relevada no caso paradigma.

Entretanto, a cultura de precedentes do direito brasileiro tende a utilizá-los como formas de buscar um resultado fixo e definitivo em prol de uma jurisprudência defensiva, ocasionando situações em que os julgados dos Tribunais Superiores são utilizados de forma indiscriminada para encerrar o debate acerca de uma determinada matéria de forma automática e mecânica. O “precedente” brasileiro cada vez mais se aproxima de um fechamento argumentativo visando a aplicação automática e mecânica em causas futuras, mas, diante de uma verdadeira mutação jurisprudencial constante, não contam com um dos mais importantes pilares do precedente: a estabilidade<sup>72</sup>.

Como bem elucidado por Nelson Nery Jr., a decisão judicial que aplica de forma mecânica a fonte jurisprudencial se formula como uma

“regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, tal como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se tornaria despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides”<sup>73</sup>.

Com o novo CPC a prática judiciária deve mudar o entendimento de que o precedente já é considerado a solução fechada e acabada para o caso concreto por tal visão autorizar arbitrariedades de aplicação automática de julgados sem uma análise hermenêutica.

Devemos nos inspirar no sistema do *common law* em que o precedente nada mais é do que um *principium* e instrumento argumentativo, que “constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil*

---

<sup>71</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

<sup>72</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 473.

<sup>73</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 495.

*law* é desempenhado pela própria legislação, na discussão do caso concreto no *common law*”<sup>74</sup>.

### 3.4. A *ratio decidendi* e o *obter dictum*

O precedente em si é formado em parte por fundamentos chamados de *ratio decidendi* e parte por argumentos classificados como *obter dictum*. Estas últimas são razões adicionais com eficácia persuasiva e de justificação alheias às questões jurídicas, enquanto a *ratio decidendi* é o elemento vinculante da decisão definida, expressa ou implicitamente, “como um passo necessário para alcançar a sua conclusão”<sup>75</sup>.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* é “a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). A *obter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão”<sup>76</sup> por serem desnecessárias para alcançar aquele resultado jurídico, por serem desconectadas aos fatos ou por tratarem de um argumento que não foi abarcado pelo contraditório.

O *obter dictum* pode se materializar em argumentos que não dizem respeito aos pedidos ou causa de pedir, tanto quanto pronunciamentos que, embora relacionados a tais elementos da ação, não foram abarcados pelo contraditório entre as partes, pelo debate efetivo entre os integrantes do Tribunal<sup>77</sup> ou por ser uma questão que não constituiu fundamento determinante para o resultado<sup>78</sup>.

Em suma,

“a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obter dictum* constitui-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais, “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro

<sup>74</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 493.

<sup>75</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon, 3. Ed., 1979, p. 76.

<sup>76</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 489.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 858.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 867.

aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*<sup>79</sup>.

A *ratio decidendi* é revelada apenas nas razões essenciais e imprescindíveis para determinada conclusão e a sua identificação é imprescindível para aplicar o precedente em casos concretos futuros, não só por conter a tese jurídica necessária para alcançar-se determinada decisão, como também por caracterizar a parte da fundamentação cuja eficácia é vinculante e obrigatória revelando de fato “o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos”<sup>80</sup>.

É também importante examinar na decisão a distinção dos fatos materiais dos imateriais. Diferente do que a epistemologia deixa concluir, o fato material não seria aquele que sustenta à causa de pedir, mas sim aquele fato que, a partir do fundamento e raciocínio da decisão, foi considerado como fundamental para a solução do caso<sup>81</sup>. Como já explicitado, se a *ratio decidendi* é o conjunto argumentativo essencial para a conclusão de determinada decisão, esta é delimitada pelo próprio fato material.

A *ratio decidendi* é a razão ou o fundamento que são suficientes ou necessários à solução da questão jurídica<sup>82</sup>, sendo que, verdadeiramente, o seu núcleo é formado paulatinamente na medida em que os julgamentos vão sendo proferidos e vão dando uma formação a *ratio* essencial de um determinado precedente. Desse modo, seria *ratio decidendi* “qualquer regra do direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada”<sup>83</sup> ou “os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis”<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva**: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. São Paulo: RT, 2011, p. 38.

<sup>80</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 488.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 846.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC**: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 825.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 818.

<sup>84</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 692.

É a razão de decidir e a tese jurídica adotada pelo Tribunal como a interpretação “correta” para uma determinada decisão, sendo extraída através da fundamentação, de fato é o elemento que vincula o magistrado e confere força vinculante ao precedente.

Inclusive, não seria apenas questões jurídicas que possibilitam a decisão definitiva do caso. As questões preliminares, que são essenciais para se chegar à análise do mérito e conclusão da ação, também podem materializar *ratio decidendi*, tanto quanto questões jurídicas essenciais a favor da parte que restou vencida<sup>85</sup>. No direito brasileiro, os fundamentos que concluem questões processuais ou preliminares com o objetivo de solucionar o caso, mesmo que tratem sobre causa de pedir insuficiente ou desnecessária para a decisão final, também são revestidos de autoridade vinculante se foram decisões incidentais para resolver o caso<sup>86</sup>. Ainda, podem constituir razões determinantes a tese jurídica vencida no processo, se tais fundamentos são suficientes e essenciais para solucionar uma determinada questão jurídica.

Ademais, cumpre ressaltar que a *ratio* dificilmente limita-se a apenas uma. A multiplicidade de *ratios* facilmente pode ser identificada em ações de pedidos cumulados ou ancorados em diversas causas de pedir<sup>87</sup>. Nestes termos,

“o dogma de que cada precedente possui uma única e clara *ratio decidendi* é uma falácia, porque não levam em conta a circunstância de que a *ratio decidendi* é uma norma jurídica que, embora dotada de uma pretensão de universalizabilidade, só pode ser construída por meio da interpretação do precedente, em um processo construtivo que não apenas descreve um fato histórico, mas constrói essa norma a partir dos princípios jurídicos que justificaram decisão anterior”<sup>88</sup>.

Esses fundamentos determinantes também não se limitam àqueles que conferem procedência ou improcedência aos pedidos da ação, visto que independentemente se utilizados para condenar ou prover o pedido, a *ratio* é definida como aquele fundamento essencial por justificar a adoção de uma determinada tese jurídica<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 842.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 867.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 842.

<sup>88</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 352.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 866/867.

Não há dúvidas acerca da dificuldade em distinguir as razões da decisão, mas é necessário haver uma preocupação constante em identificar os fatos essenciais e materiais que formam a *ratio*, pois somente nestes seria possível identificar as razões que sustentam a conclusão e definem a regra jurídica que solucionará o caso<sup>90</sup>.

É por isso que, no *common law*, a *ratio decidendi* é indispensável para a compreensão racional do precedente<sup>91</sup>, refletindo na busca do aplicador do direito pela razão que levou a solução do caso paradigma e não apenas os argumentos que solucionaram questão jurídicas nele envolvidas. Ao revés, como já mencionado, ressalta-se que no sistema brasileiro a força vinculante da *ratio decidendi* vincula-se àquelas razões jurídicas que são suficientes ou necessárias para solução de questões jurídicas esparsas que não necessariamente finalizam o caso<sup>92</sup>.

Uma vez identificada as razões da decisão, não há dúvidas de que fatos materiais similares que aparecerem no futuro devem ser enquadrados na mesma solução jurídica, sob pena de violação do preceito da igualdade<sup>93</sup>.

### 3.5. O *distinguishing* e o *overruling*

Para evitar a solidificação do entendimento jurisprudencial e a sua dissonância com a realidade social e cultural da sociedade é imprescindível o uso do *distinguishing* e do *overruling* para flexibilizar a rigidez dos precedentes. O primeiro visa a distinção entre casos para efeitos de evitar a subordinação a um precedente, enquanto o último visa a “revogação de precedente por razões de grave injustiça ou em virtude de mudanças das condições que lhe deram origem”<sup>94</sup>.

Inicialmente, o ato de *distinguishing* prevê a não aplicação de um precedente ao caso concreto por considerá-lo distinto do paradigma. O afastamento de um precedente visa apenas

---

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 816.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 817.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 830.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 817.

<sup>94</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 256.

a sua não aplicação em determinada ação, não culminando qualquer abandono da sua validade para outros casos<sup>95</sup>.

Vale ressaltar que se o Tribunal não considerou, no fundamento do precedente, determinada razão ou argumento autônomo, este é um fato imaterial e a *ratio decidendi* não pode incidir sobre ele, de modo que caso este argumento seja invocado em uma causa posterior, essa nova alegação é suficiente para promover uma distinção entre o caso e o precedente, que não a considerou como fato material<sup>96</sup>. Em outras palavras, “incubirá à parte realizar a distinção dos casos, demonstrando que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerada como fato material no primitivo caso”<sup>97</sup>.

A distinção pode se dar porque um fato material está presente no precedente e não no caso sob julgamento ou porque um fato essencial do caso concreto não fez parte do precedente. Em ambos os casos o resultado será o mesmo: a distinção entre os casos afastará a aplicação do precedente.

Em suma,

“a operação de distinção (*distinguishing*) consiste em identificar quais fatos precederam à edição do precedente e quais fatos se verificam no processo posto agora a julgamento. É realizada tanto pela corte que formou o precedente ao julgar novos casos e ao controlar a sua aplicação, eventualmente, via reclamação, quanto pelos órgãos inferiores nos seus julgamentos. Somente por ocasião de perfeita identidade entre os fatos relevantes para o julgamento, a tese consagrada no precedente vincula o julgador na solução da mesma questão de direito. Daí se dizer que “mais do que interpretar, raciocina por analogia” o aplicador do precedente”<sup>98</sup>.

Inclusive, a figura do *distinguishing* está prevista no art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI, do CPC, que classifica a decisão como não fundamentada se “deixar de seguir enunciado

---

<sup>95</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 693.

<sup>96</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 848.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 849.

<sup>98</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 22, jul./dez. 2015.

de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”<sup>99</sup>.

É inegável que os precedentes existem para garantir a estabilidade jurídica, entretanto, há da mesma forma a possibilidade de a decisão judicial estabelecer uma regra jurídica equivocada ou superada pelas alterações das condições da sociedade e estrato social. Visando a atualização do direito foi desenvolvido o instrumento do *overruling* para a superar de forma definitiva o precedente.

Neste sentido, poderá ocorrer a superação do precedente quando

“há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente, (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade”<sup>100</sup>.

Essa atividade de afastar a regra jurídica prévia poderá promover inclusive a criação de novos precedentes quando o Tribunal resolve o mesmo problema jurídico de forma diferente daquela estabelecida anteriormente e produz novos fundamentos que regerão casos futuros<sup>101</sup>.

Tal mudança do paradigma não ocorre de forma desorganizada ou simples. A segurança jurídica e coerência são igualmente protegidas mediante um sistema de *overruling* racional e com uma atividade de fundamentação, tanto que a revogação de um precedente pressupõe um ônus argumentativo intenso com a demonstração cabal de que as razões que levaram a elaboração do precedente não são mais viáveis dentro de um novo contexto. Qualquer mudança no paradigma que não siga tais regras promove uma quebra de confiança no Judiciário e causa extrema insegurança jurídica em relação às orientações dos Tribunais.

Entretanto, é necessário ressaltar que “argumentos novos” jamais podem ser confundidos com um novo entendimento subjetivo e pessoal do aplicador do direito em

---

<sup>99</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>100</sup> MEDINA, José Miguel García; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 689

<sup>101</sup> Ibidem, p. 690.



relação a questão jurídica<sup>102</sup>, o que de fato é o motivo que leva a instabilidade jurídica de nosso sistema. É imprescindível nos afastarmos do presente sistema jurídico que aceita que os Tribunais Superiores como STJ e STF alterem suas teses jurídicas e entendimentos de uma determinada matéria de forma abrupta e sem uma atividade argumentativa expressiva.

---

<sup>102</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 857.

## 4. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

### 4.1. Noções gerais

A motivação das decisões judiciais é um direito e dever constitucionalmente assegurado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal para garantir a legitimidade das decisões jurídicas e administrativas, tanto quanto serve como óbice ao arbítrio e discricionariedade do julgador. A referida exigência impõe que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade, de modo a “alinhar os motivos ou explicitar as causas que implicaram na conclusão extraída do ato”<sup>103</sup>. Na ausência dessa devida fundamentação, as decisões jurisdicionais e administrativas, são consideradas nulas, inclusive,

“interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direito e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade, que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”<sup>104</sup>.

A resposta mais adequada ao caso concreto é um direito fundamental de todos os indivíduos e este resulta do processo de fundamentação, pois somente o dever de fundamentar justifica e legitima a resposta do Judiciário e é a condição necessária que possibilita o ato de decidir em direito<sup>105</sup>.

Ainda, o Código de Processo Civil prevê que o juiz, na decisão judicial, deve mencionar os fatos e circunstâncias que motivaram seu convencimento, tanto quanto os fundamentos de direito que basearam seu julgamento<sup>106</sup>. Ainda, o próprio legislador faz uma diferenciação entre os atos materiais, que dispensam o dever de fundamentação, e as decisões do juiz que obrigatoriamente devem ser fundamentadas e motivadas.

Foi nesse contexto que, para evitar tais mecanismos de automação da prestação judicial, o legislador especificou o dever de fundamentação no art. 489 do novo Código de Processo Civil. Vale ressaltar que o dever de fundamentação não advém do CPC e nem mesmo da

---

<sup>103</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 15, jul./dez. 2015.

<sup>104</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 160.

<sup>105</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 170.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 158.

previsão constitucional, ao revés, ele é anterior a própria norma constitucional, sendo a própria materialização do estado de direito<sup>107</sup> e inerente ao Estado democrático.

Fundamentar está interligado à ideia de razão, de fundamento, de explicação, de justificação e de demonstração. Evoca a ideia de que o juiz irá expor as razões de sua decisão, bem como confere fundamento à decisão judicial por permitir sua solidez e densidade. Está relacionada à questão da explicação porque, antes de aplicar qualquer argumento ou tese, o magistrado deve explicar seus argumentos e tese jurídica, tanto quanto deve justificá-lo para demonstrar que aquela decisão é a que melhor se amolda ao caso e, por tal motivo, seria a mais justa. Por fim, a fundamentação pressupõe a demonstração do direito e do fato através do conjunto probatório<sup>108</sup> e é essencial para informar aos interessados as razões daquela decisão judicial para que estes analisem se convém ou não recorrer.

Em suma, fundamentar significa explicitar as razões de fato e de direito que basearam sua decisão em uma determinada posição e o juiz, após analisar os argumentos e questões fáticas dos autos, exterioriza o alicerce fundamental de sua decisão<sup>109</sup>.

O magistrado deve justificar a coerência ou incoerência dos argumentos levantados pela parte, uma vez que

“a decisão não é apenas sua, mas uma construção conjunta que deve ainda se voltar para a sociedade, uma vez que esta é a real titular do sistema coerente de normas válidas (e por ele atingida) representado pelo Direito. Uma decisão pode ser considerada fundamentada quando, além de demonstrar a reconstrução argumentativa dos acontecimentos relevantes do caso concreto, explicita a norma adequada a servir de justificativa para a ação singular. Essa decisão, então, não é apenas dirigida aos litigantes, mas a toda a sociedade”<sup>110</sup>.

Atualmente, o mero trabalho autônomo silogístico, que identificaria a norma jurídica abstrata (premissa maior) incidente à situação fática juridicamente relevante (premissa menor) para se chegar em uma decisão pela atividade de subsunção e dedução lógica<sup>111</sup>, não mais é

---

<sup>107</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 156.

<sup>108</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. **Decisão Judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 191/192.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>110</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. **Revista da CEJ**. Brasília, ano XII, n. 41, p. 63-64, abr./jun. 2008.

<sup>111</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 223

suficiente para a completude do nosso ordenamento jurídico.

A ampliação dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados impôs uma maior discricionariedade decisória do magistrado e a superação da atividade interpretativa como mera subsunção<sup>112</sup> decorre da impossibilidade de previsão de todas as situações pelo legislador.

Assim, é vital para a oxigenação do nosso ordenamento a atividade hermenêutica do juiz para conferir solução ao caso concreto. É essencial que os órgãos judiciários não mais se limitem a declarar o sentido das leis, mas de fato atuem na interpretação dos textos legais e regulem as hipóteses não previstas pelo texto frio da lei.

Desse modo,

“no campo do direito, a matematização e o racionalismo, que são herança de Descartes, levaram à crença em ficções como o mito da completude do ordenamento, da lei como única fonte de direito, do julgamento de teses jurídicas (questões de direito) em abstrato” é um dos obstáculos a serem superados pela nossa comunidade jurídica, de modo a libertar os magistrados de uma metodologia cartesiana que ignora a “dimensão histórica do conhecimento e aposta em soluções meramente científicas”<sup>113</sup>.

Como o legislador não pode prever todas as hipóteses do caso concreto e como os princípios constitucionais são dotados de baixa densidade normativa, há uma ampliação da atividade interpretativa do aplicador do direito, sendo, de tal modo, imprescindível a previsão do dever de fundamentação como limite e parâmetro para a atividade jurisdicional no momento de prolação de decisões acerca do caso concreto, de modo a evitar subjetivismos e decisionismos.

Há de fato uma evolução do método matemático em que o conteúdo verdadeiro da norma poderia ser materializado através de um procedimento autossuficiente e do modo de decidir de maneira teorizada e metodológica. Não seria viável “pensar que a “verdade” é descoberta metodologicamente, porque a historicidade e a linguagem não são métodos, mas

---

<sup>112</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 247.

<sup>113</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

modos de ser do homem”<sup>114</sup>.

A descoberta do direito tanto não depende de um método ou processo mecanicista, tanto quanto não pressupõe uma “capacidade quase sobre-humana para “encontrar” a solução para o caso, introspectivamente”<sup>115</sup>. É necessário compreender o direito como um todo a partir da consideração dos julgados anteriores proferidos por outros juízes e da produção legislativa. O trabalho de “fundamentar” é visto, de certa forma, no sentido do julgador “prestar contas” de sua decisão aos jurisdicionados e à democracia<sup>116</sup>.

É a partir da nova conceituação de que a linguagem não é mera ferramenta para o conhecimento, mas sim o que possibilita o conhecimento em si que evoluímos para a grandeza do ato de fundamentação no ordenamento jurídico. Concluindo que “em todo o conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos tomados plena dimensão linguística do direito. Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos”<sup>117</sup>.

#### 4.2. Diferenciação entre fundamentação e motivação

É difícil a tarefa de delimitar o que seria uma decisão validamente motivada, bem como definir no caso concreto que todas as questões essenciais foram enfrentadas para influir no acolhimento ou rejeição de uma pretensão.

Por mais complexo que seja tal definição é um consenso que uma decisão estaria fundamentada quando “extraí do conjunto probatório carreado aos autos e do ordenamento jurídico os fundamentos pelos quais seu prolator convenceu-se a adotar determinada posição entre duas ou mais possibilidades de solução das questões relevantes postas ao seu julgamento”<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>118</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 16, jul./dez. 2015.

Em outras palavras, motivar “consiste em deduzir propriedades a partir de definições prévias, de acordo com axiomas ou proposições evidentes”<sup>119</sup>, enquanto que a fundamentação “tem na compreensão sua categoria fundamental e não procedem por explicação nem por dedução de consequências a partir de princípios ou definições”<sup>120</sup>.

O STF e o STJ já decidiram no sentido de que “o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal”<sup>121</sup>, sendo necessário apenas uma motivação do entendimento que a autoridade judiciária reporta como melhor solução ao caso.

O STF se manifesta no sentido de que “o art. 93, IX da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”<sup>122</sup>.

Entretanto, é um erro perpetuar que o corolário do “livre convencimento motivado” autoriza que o aplicador do direito decida conforme a sua consciência, sob pena de deslegitimar e invalidar a sua decisão<sup>123</sup>. A imposição do dever de fundamentação pressupõe que sempre haja o respeito e cumprimento do contraditório, especificamente no aspecto de que as declarações e argumentos da parte possam de fato influenciar o juízo, e na construção de uma decisão judicial.

Em outras palavras,

“é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa

---

<sup>119</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>121</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 222.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). Agravo de Instrumento 791292/PE. Agravante: HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo. Agravado: Fernando Soares De Lima. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de agosto de 2010. Lex - Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118.

<sup>123</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 222.

aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que “jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’”. Essa escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente”<sup>124</sup>.

Em tais termos, é importante superar que a fundamentação, dever constitucionalmente assegurado e reiterado no CPC, não pode ser reduzida a mera motivação. A motivação delimita-se ao ato do juiz apontar os elementos que ele individualmente considerou relevante para o caso e que sustentaram a sua decisão em um determinado sentido. A fundamentação por si só presume uma ideia de coparticipação e diálogo entre as partes e o juiz, bem como pressupõe a exposição de argumentos capazes de convencer não só as partes, como toda a sociedade da justeza e precisão de sua decisão para o caso concreto<sup>125</sup>.

Como bem esclarece Humberto Theodoro Jr.:

“A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o Direito democrático. A fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados. Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam em fazer”<sup>126</sup>.

#### 4.3. Os benefícios e a importância de uma decisão fundamentada

As vantagens de uma decisão bem fundamentada ultrapassam qualquer justificativa de sua flexibilização em nome da celeridade. A fundamentação consistente diminui a possibilidade de reforma recursal, tanto quanto obstaculizará a litigiosidade em massa pela consistência dos julgamentos anteriores, o que de fato desmotivaria os litigantes a ingressarem com ações fadadas ao fracasso.

---

<sup>124</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>126</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodium, 2014, p. 109.

Julgando muito bem da primeira vez evita-se decisões superficiais que permitem idas e vindas entre Tribunais e que possibilitam reflexão reiterada sobre argumentos não abarcados nas instâncias inferiores. “É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória”<sup>127</sup>.

A fundamentação também está diretamente interligada à criação de precedentes sólidos o bastante para obstar a litigância habitual. A uniformidade jurisprudencial calcada em precedentes bem fundamentados com os mais diversos argumentos refutados e consolidados é uma possível solução para um futuro ideal de desafogamento de demandas repetitivas. É através da aplicação dos fundamentos eleitos como essenciais pelo paradigma que os casos semelhantes vão ser solucionados de forma a respeitar a celeridade e isonomia.

O precedente em si já pode trazer “segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo à litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de processos e de despesas) e maior eficiência”<sup>128</sup> e tais benefícios só podem de fato serem concretizados se a decisão judicial paradigma e a decisão que o aplica estejam devidamente fundamentadas.

Entretanto, há que que ressaltar que a aplicação de qualquer precedente em casos de litigiosidade repetitiva não é mecânica, devendo necessariamente haver uma atividade cognitiva e argumentativa em que o padrão deve apenas ser considerado um *principium* do julgamento. É de se ressaltar que é a fundamentação que garante a aplicação destes precedentes com a consideração das peculiaridades do caso concreto, sem aplicá-los de maneira padronizada e indiscriminada. Ou seja, a fundamentação serve para o magistrado justificar os argumentos e motivos que levam o caso concreto a se adequar ao precedente, contribuindo, de tal modo, para uma maior legitimidade da sua decisão, com a exposição dos argumentos que sustentam a aplicação do precedente ao caso.

---

<sup>127</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 222.

<sup>128</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 696.



A importância e necessidade da fundamentação adequada também visa garantir a possibilidade do controle do Poder Judiciário. É cediço que os integrantes do Judiciário não foram escolhidos democraticamente através do voto e, por esse motivo, exige-se um controle de suas decisões, bem como deve-se impor limitações à livre escolha de seus integrantes ao elaborar as decisões judiciais. Esse controle é necessário para verificar se o magistrado está cumprindo com os limites da lei e com as suas próprias decisões semelhantes, de modo a evitar que o julgador promova decisões diferentes para casos idênticos. Neste contexto, “a motivação vem, então, a possibilitar o controle do Poder Judiciário pela sociedade e o exercício de seus direitos pelas partes”<sup>129</sup>.

A fundamentação, dessa forma, é um meio fiscalizatório do Judiciário e um instrumento de controle democrático capaz de legitimar as decisões judiciais, uma vez que a dispensa da fundamentação causaria situações absurdas em que o magistrado e o Judiciário estariam acima da lei e dos demais poderes. A fundamentação é um instrumento capaz de concretizar a segurança jurídica ao mesmo tempo que garante o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa.

É através da fundamentação que é possível detectar qualquer flexibilização da imparcialidade do juiz. Sendo, portanto, um instrumento para conter o arbítrio judicial, permite que a sociedade promova o controle da legalidade e decisionismos dos atos do Judiciário, culminando na caracterização do dever de fundamentação como o

“ato de conferência de verniz democrático à decisão judicial, garantindo que aqueles que a ela se sujeitarão devem o fazê-lo não só por imposição da força estatal, mas porque seu conteúdo é derivado de escolha realizada pelo próprio corpo social, por meio de seus representantes legitimamente eleitos. Logo, decisão imotivada é decisão ilegítima e arbitrária, uma vez que não permite a verificação da sua adstrição ao modelo de solução previsto pelo ente que a sociedade outorgou poder para discipliná-la”<sup>130</sup>.

#### 4.4. A fundamentação no Código de Processo Civil

Inicialmente, cumpre-se esclarecer que somente no caso concreto seria possível indicar qualquer deficiência na fundamentação. O legislador, no novo Código de Processo Civil,

---

<sup>129</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 14, jul./dez. 2015.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 15.

cuidou em estipular apenas o que não deveria ser considerado uma decisão não fundamentada mediante conceitos jurídicos indeterminados e com caráter pedagógico para estimular que os juízes abandonem diversos hábitos viciosos em suas decisões e entendam de forma definitiva a importância da fundamentação.

O Código de Processo Civil materializa tal previsão constitucional em seu artigo 489, prevendo que a sentença, necessariamente, deve conter o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O relatório descreve os fatos e a qualificação das partes, elucida a causa de pedir (remota e próxima), reproduz os pedidos, demonstra os fundamentos da defesa e registra situações relevantes do processo. Já a fundamentação “conterá o exame do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, das alegações de fato consoante ao conjunto probatório coligido aos autos e dos fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima e fundamentos da defesa) segundo o ordenamento jurídico”<sup>131</sup>, enquanto o dispositivo estipula a decisão final concedendo ou não o pedido.

A fundamentação continua sendo um dos elementos necessários e essenciais da sentença. Nestes termos, a “decisão sem fundamento suficiente como antecedente à resolução de que dela emana é decisão nula. As questões que se colocam, então, tratam-se da necessidade de motivação de todos os atos judiciais e do que seria fundamento suficiente para revestir de validade a decisão”<sup>132</sup>.

Neste contexto, a inovação do CPC está consubstanciada essencialmente no parágrafo primeiro do artigo 489, cujo teor estipula o que não se considera uma decisão judicial fundamentada em um rol exemplificativo. Tal artigo contextualiza-se como um instrumento para maximizar a garantia fundamental de fundamentação das decisões judiciais e os incisos do artigo tornam oficial e obrigatória a “cultura argumentativa na praxe jurídica nacional”<sup>133</sup>.

Em relação ao inciso I do art. 489, parágrafo primeiro, ressalta-se que uma decisão é nula quando se limita a indicar, a reproduzir ou a parafrasear um ato normativo, sem definir

---

<sup>131</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 17, jul./dez. 2015.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>133</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 358.

de forma clara a relação deste com a causa ou a questão decidida. A atividade de subsunção de aplicação da norma abstrata ao caso concreto deve ser explicitada na decisão.

Ou seja, o magistrado deve explicar as razões que o levaram a utilizar um determinado ato normativo naquele caso, fundamentando o motivo pelo qual a ação em questão se enquadraria de forma concreta naquela disposição abstrata da lei. Nas palavras de Beclaute Oliveira Silva, “exige-se que o julgador motive de modo pormenorizado a subsunção”<sup>134</sup>.

Devemos rechaçar o tradicional silogismo que carece de justificação entre a aplicação de uma premissa maior e uma premissa menor e exigir que o juiz demonstre, de forma racional, o que o levou a aplicar determinado texto normativo ao caso concreto, o motivo pelo qual aplicou o texto em determinado sentido e a explicação de eventual processo de ponderação entre normas jurídicas<sup>135</sup>.

Do mesmo vício de nulidade são maculadas as decisões que aplicam “conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, conforme preceito do art. 489, parágrafo primeiro, inciso II do CPC<sup>136</sup>. Como o próprio nome pressupõem, são conceitos que sua determinação só ocorrerá no caso concreto e, por isso, essa densificação pressupõe uma justificação, sob pena de arbitrariedade. Neste caso, é a fundamentação que individualiza tal conceito e explica os efeitos e consequências jurídicas de sua aplicação ao caso.

O juiz antes de aplicar os conceitos jurídicos indeterminados deve explicitar o processo de concreção do sentido destes ao caso concreto. Nestes termos:

“Não se desvencilha o julgador do dever de fundamentação quando se vale de “conceitos jurídicos indeterminados” sem mostrar como é que tais conceitos se aplicam ao caso a partir do debate em contraditório. Tal como com a menção à norma, o uso de qualquer conceito como “boa fé”, “boa-fé objetiva”, “dignidade da

---

<sup>134</sup> SILVA, Beclaute Oliveira. **Decisão Judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 197.

<sup>135</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 250/251.

<sup>136</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>.

pessoa humana”, “função social” (etc.) tem de estar atrelado às especificidades do caso concreto, sob pena do seu uso também se mostrar puramente voluntarístico”<sup>137</sup>.

Outra prática rotineira rechaçada pelo art. 489, parágrafo primeiro, inciso III do CPC é a invocação de motivos que prestariam a justificar qualquer decisão judicial<sup>138</sup>, mediante aplicação de fórmulas vazias e argumentos genéricos sem uma individualização em relação ao caso concreto.

Uma motivação genérica jamais cumpre com o dever de fundamentação e está é diferente dos casos em que um modelo de decisão é utilizado em situações de fato idênticas em litígios em massa. Inclusive, é até recomendado que situações fáticas e jurídicas idênticas encontrem a mesma solução, sob pena de violação da isonomia<sup>139</sup>. O que o artigo procura rechaçar é aquela decisão “que poderia ser “copiada” como um padrão para ser usada noutros casos”<sup>140</sup>, não por existir uma identidade fática e jurídica entre as ações, sob a ótica de que situações semelhantes devem ser resolvidas de forma idênticas, mas pelo fato de a decisão modelo utilizar argumentos e conceitos demasiadamente abertos e genéricos que podem se enquadrar em qualquer processo.

Ou seja,

“decisões como amiúde vistas vazadas em termos como presentes ou ausentes os requisitos legais, defiro ou indefiro o requerimento, dentre tantas outras que não aclaram qual a *fattispecie* divisada, qual a norma abstrata extraída do ordenamento jurídico e qual o efeito jurídico produzido, sequer sucintamente, padecem do vício da nulidade”<sup>141</sup>.

O inciso IV, por sua vez, rejeita a decisão que “não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”<sup>142</sup>. O

---

<sup>137</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 227.

<sup>138</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>139</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. **Decisão Judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 198.

<sup>140</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 227.

<sup>141</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 18, jul./dez. 2015.

<sup>142</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

contraditório deve ser respeitado a partir de uma congruência entre a decisão judicial e a atividade argumentativa e probatória suscitada pelas partes.

Ressalta-se que o legislador repudia as decisões que não enfrentam todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes no processo, ou seja, apenas argumentos que, em tese, possam implicar no resultado do julgamento, não precisando enfrentar argumentos impertinentes ou irrelevantes que não mudam a conclusão.

Em outras palavras, o referido inciso preceitua que ao rejeitar uma pretensão ou argumentos da defesa sem justificar tal ato passa-se uma mensagem de que o julgador não sabe como enfrentar tal argumentação e, por mero ato de vontade ou por conveniência em relação a sua decisão, proferiu determinada decisão. Inclusive, os juízes precisam compreender que a fundamentação é até mais relevante para o sucumbente do que para a parte vencedora, uma vez que aquela precisa atacar a respectiva decisão em sede recursal.

Mister destacar a conclusão de Humberto Theodoro Jr. acerca dessa inovação processual:

“O inciso IV, ao tornar obrigatório enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes, evoca um discurso de aplicação sobre o precedente judicial, fazendo com que os juízes, necessariamente, tenham de tomar em conta todas as circunstâncias específicas do caso concreto, e todas as razões dadas pelas partes para a interpretação ou reinterpretção do precedente, bem como seu ajustamento a novos dados empíricos e normativos que eventualmente não tenham sido considerados anteriormente”<sup>143</sup>.

Esse inciso está diretamente ligado ao princípio do contraditório, que envolve não só o direito de manifestação e informação das partes, mas também engloba o direito de ter seus argumentos levados em consideração pelo julgador. Com o CPC há uma positivação de que os argumentos trazidos pelas partes “aptos a influir no deslinde da causa”<sup>144</sup> devem ser enfrentados pelo juiz pelo bem da validade da decisão judicial.

É evidente a necessidade de mecanismos para fiscalizar o Poder Judiciário, de modo a exigir,

---

<sup>143</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 229.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 224.

“além da criação de espaços de interação (comparticipação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a ensejar, no ambiente real do debate processual, a proliferação de pronunciamentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos, inclusive criando-se contramedidas (como as decorrentes da boa-fé processual e do sistema recursal) aptas a impedir ou mitigar o aludido uso estratégico do processo”<sup>145</sup>.

Inclusive, o art. 927, parágrafo primeiro prevê que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem”<sup>146</sup> com base em acórdãos e enunciados de súmula, o que “implicará que o órgão apenas pode formar entendimento a partir de questões que estejam sendo discutidas no processo”<sup>147</sup>. Ou seja, há uma previsão legislativa visando o respeito ao contraditório, o que, na lógica dos precedentes, impõe que os juízes não decidam com base em julgados “a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”<sup>148</sup>, conforme art. 10 do CPC.

Como bem expõe Ommati, “se o contraditório significa o direito daquele que será atingido pela decisão a participar da construção da mesma, logo, o órgão responsável por tomar a decisão deve fundamentá-la, justamente para explicar os acertos e equívocos dos interessados na construção do Direito”<sup>149</sup>.

Ainda, o contraditório é essencial para a própria formação da decisão que será considerada precedente. Seria inviável elevar o status de uma decisão judicial ao caráter de paradigma de causas subsequentes se tal decisão não contou com um intenso debate e contraditório, não só das partes, mas também dos próprios aplicadores do Direito. É essencial que o julgador da decisão paradigma tenha conhecimento e ciência dos argumentos das partes, que estas tenham o reconhecimento do direito de contribuir com a elaboração da decisão e que os precedentes resultem do “entendimento da unanimidade/maioria sobre o tema para que tenha sido elaborado o precedente/súmula”<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>146</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>147</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 451.

<sup>148</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

<sup>149</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 222.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 451.

Dessa forma, o contraditório exige que as partes tenham seus argumentos considerados pelo juiz, impondo o dever de conhecer as razões apresentadas na lide e de levá-los em consideração no momento de proferir a decisão. É neste contexto que uma decisão não pode ter o caráter de precedente se não foi sustentada por um intenso debate entre o plenário da Corte e se não abarcou o contraditório e a consideração dos diversos argumentos suscitados pela parte.

Em suma, a fundamentação é uma consequência do contraditório substantivo e a crescente preocupação em decidir e julgar analisando as particularidades do caso e os argumentos suscitados no caso<sup>151</sup>, pois o dever de fundamentação das decisões só de fato pode ser respeitado mediante o respeito ao contraditório das partes.

Por fim, os incisos V e VI que definem que a decisão não é fundamentada se “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” ou se “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”.

O primeiro desses incisos exige que o julgador sempre extraia de forma previa a *ratio decidendi* dos precedentes antes de aplicá-la ao caso concreto. O juiz deve invocar “os motivos necessários e imprescindíveis que deram amparo ao precedente ou enunciado de súmula utilizado”, tanto quanto deve, de forma fundamentada, explicitar que a *ratio decidendi* extraída do precedente será igualmente aplicável ao caso concreto diante das similitudes de ambos os casos.

Ou seja, o legislador dissemina a ideia de que a aplicação do precedente depende diretamente da definição dos princípios e das razões justificatórias em sua fundamentação, de modo a justificar o ajuste do caso concreto ao paradigma e/ou enunciado de súmula.

---

<sup>151</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 227.

Por seu turno, o inciso VI também exige uma fundamentação específica em casos de diferenciação do precedente. A parte tem o ônus processual de justificar o motivo do caso concreto não se adequar ao precedente suscitado, tanto quanto o juiz deve realizar um procedimento intelectual para refutar a aplicação do precedente suscitado pela parte por não se ajustar ao caso concreto ou fundamentar que aquele está simplesmente ultrapassado<sup>152</sup>.

Desse modo, uma vez suscitado pelo autor ou réu um determinado precedente que este julga se aplicar ao caso concreto, o juiz necessariamente deve enfrentar tal julgado, justificando se aquela deveria ser aplicada por analogia ou diferenciada do caso concreto, sob pena da decisão ser reputada como não fundamentada.

Continuando, o § 2.º do art. 489 trata de situações em que os princípios entram em colisão. Muitos são os julgados que, diante de um “conflito entre princípios”, pretendem fazer uma ponderação deles sem a devida técnica, isso quando expõem na decisão o procedimento usado na ponderação. A partir do momento em que se torna obrigatória a exposição de como foi resolvido o conflito entre princípios, é possível ao jurisdicionado fazer o controle da decisão através de recursos. A justificativa do objeto e dos critérios gerais de ponderação exige que o aplicador do direito defina os critérios utilizados na respectiva ponderação entre princípios ou entre um princípio e uma norma<sup>153</sup>.

Por fim, o §3.º chama a atenção para a necessidade de “ler” a decisão a partir de todos os seus elementos, isto é, relatório, fundamentação e dispositivo. De fato, o legislador busca que formulação da decisão judicial ocorra “de forma cooparticipativa, a sentença só faz sentido se a parte efetivamente decisória for lida (e, logo, estiver em consonância) juntamente com a descrição do caso e das teses trazidas (relatório), e alicerçada nos fundamentos”<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 359.

<sup>153</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 254.

<sup>154</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 229/230.



## 5. A RELAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO E DO PRECEDENTE

É cediço que a ausência de fundamentação faz “o juiz se afastar de sua missão institucional de promover a individualização do direito, ajustando-o e reconstruindo-o por meio de interpretações construtivas no contexto de sua aplicação a casos concretos”<sup>155</sup>.

Há, portanto, a exigência de superação do velho modo de julgamento unipessoal e sem diálogo com as partes, quando os juízes “proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares”<sup>156</sup> em táticas em que primeiro decide qual o desfecho da causa e depois elucida apenas os argumentos que são favoráveis à sua tese eleita como a correta.

A ausência de aplicação de precedentes cria uma crise de justiça lotérica em que o julgamento seria baseado em entendimentos pessoais do julgador, mesmo quando contrário aos julgamentos do Tribunal superior, promovendo insegurança jurídica, instabilidade e perda de confiança dos cidadãos na prestação jurisdicional<sup>157</sup>.

Em suma, o que vincula os precedentes e os torna obrigatórios é a argumentação jurídica da decisão. O dever de fundamentar é essencial para formação e aplicação do precedente tanto na sua formação em Tribunais superiores como na aplicação do precedente ao caso concreto, sobretudo porque a motivação adequada é o único meio capaz de fornecer segurança jurídica, legitimidade e aderência do precedente. Uma vez que “o verdadeiro valor do precedente, seja qual for ele, não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”<sup>158</sup>.

### 5.1. A fundamentação na formação do precedente

A fundamentação é imprescindível porque os precedentes não são essenciais apenas às partes do processo. A decisão judicial que originará o precedente interessa aos aplicadores do

---

<sup>155</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 332.

<sup>156</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 225.

<sup>157</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 256.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais, vol. 918, abr. 2012, p. 393

direito, às partes do processo originário e aos jurisdicionados em sentido amplo que utilizarão essa decisão como paradigma<sup>159</sup>.

Necessário reafirmar o quanto a fundamentação importa para os precedentes, uma vez que para encontrar o significado de um destes paradigmas devemos nos voltar para as razões que levaram o Tribunal a decidir em uma determinada posição<sup>160</sup>. Em outras palavras, “o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva”<sup>161</sup>.

Com o novo Código de Processo Civil há de fato uma aceitação de que

“a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos fundamentos da decisão, aos princípios que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do Direito. O fundamento do precedente não é apenas a *authoritas*, mas também a *ratio*, que se determina pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico”<sup>162</sup>.

A fundamentação é essencial na hora de proferir a decisão que originará o precedente no futuro. É exigido dos Tribunais que formularão precedentes uma coerência para estabelecer os fundamentos da decisão do caso paradigmático, expondo, de forma fundamentada, as razões que o levaram a concluir em uma determinada solução.

A formação do precedente é um processo lento que “serve como problematização e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação”<sup>163</sup>.

Desse modo,

“os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda a fundamentação utilizada

---

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 810.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 810.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 810.

<sup>162</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização, 3ª edição.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 227.

<sup>163</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 494.

na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente”<sup>164</sup>.

Os Tribunais precisam ter ciência de que seus julgamentos, nesse novo contexto, tornaram-se verdadeiras fontes do direito e, diante de tal importância, não podem se limitar a julgados superficiais e empobrecidos<sup>165</sup>. A eficácia da decisão dos Tribunais superiores que formarão precedentes é advinda da fundamentação e somente quando a decisão for robusta e bem fundamentada, levando em consideração os diversos argumentos e discussões acerca do tema, que a decisão judicial pode ser equiparada ao status de precedente e aplicada em casos semelhantes que “reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir”<sup>166</sup>. Leia-se:

“Precedentes não formados adequadamente dificultam a aderência dos demais órgãos jurisdicionais ao entendimento consagrado e, ao invés de conferir segurança jurídica, geram incerteza no seio social, fazendo proliferar litígios quando deviam contê-los. Precedentes não aplicados corretamente acarretam insegurança jurídica por conta da diversidade de decisões sobre o mesmo substrato fático, causando imprevisibilidade e afetando a confiança no Poder Judiciário.”<sup>167</sup>

Ademais, é possível concluir que o dever de fundamentação só de fato pode ser respeitado mediante o respeito ao contraditório das partes. Só poderíamos considerar uma decisão com status de precedente se esta foi resultado de um intenso debate fundado no contraditório, cuja fundamentação é baseada em uma análise judicial dos argumentos trazidos pelas partes e estes são analisados de forma expressiva e pormenorizada pela totalidade de integrantes do Tribunal superior.

É na fundamentação dessa decisão judicial que ganhará status de precedente que poderemos extrair os fundamentos determinantes a serem aplicados em julgados posteriores, sendo impossível construir um precedente sem uma fundamentação adequada e suficiente. Nestes termos:

---

<sup>164</sup> ABOUD, George. **Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante**: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 522-523.

<sup>165</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 481.

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 851.

<sup>167</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 4, jul./dez. 2015.

“Sem motivação adequada não se pode formar um precedente vinculante. Fica prejudicada sua aplicação aos julgamentos posteriores, por desconhecerem os demais órgãos jurisdicionais quais as premissas que embasaram a afirmação da tese que consagra. Resta impossibilitada sua identificação para aplicação no caso concreto e desvestido de autoridade o tribunal que a originou para exigir aderência aos demais órgãos jurisdicionais. Quando se julga para formar um precedente vinculante, faz-se imperioso identificar os fatos postos sob julgamento. Na sua aplicação futura, a obrigatoriedade impor-se-á na medida da sua repetição. Logo, conquanto o relatório da decisão venha a fazer referência aos relatórios das decisões anteriores no processo, é necessário que a fundamentação deixe expresso quais fatos exatamente dão esteio à aplicação daquela tese jurídica. Outrossim, quando do julgamento para a formação do precedente vinculante, a fundamentação deve se aprofundar no que toca à questão de direito a ser uniformizada, enfrentando todos os argumentos em um e em outro sentido e avançando até sobre aqueles que não foram debatidos pelas partes, mas que importam à aplicação futura do precedente obrigatório. Sem embargo do cumprimento do dever de motivar, seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) devem resultar claros para aplicação aos casos em que repetido o mesmo substrato fático”<sup>168</sup>.

O próprio status de *ratio decidendi* só pode ser concedido àquela parte do julgado que contou com um contraditório exaustivo com exposição dos fundamentos e argumentos jurídicos<sup>169</sup> e somente através da análise da fundamentação que encontraríamos a tese jurídica vinculante. A fundamentação é uma consequência do contraditório substantivo e a crescente preocupação em decidir analisando as particularidades do caso e os argumentos das partes<sup>170</sup>.

Por isso, a “importância que concede ao precedente, garante que a sua aplicação só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado, do contrário será *dicta* que, não são considerados como parte do dispositivo da decisão”<sup>171</sup>.

Não há qualquer dúvida de que na teoria dos precedentes não há uma vinculatividade ao mero dispositivo da decisão, o Tribunal desenvolve a sua tese jurídica obrigatória na fundamentação e somente nesta o juiz que pretende aplicar o precedente pode identificar aquilo que efetivamente expressa a *ratio decidendi*<sup>172</sup>.

Portanto,

“sem motivação adequada não se pode formar ou aplicar um precedente vinculante. Com efeito, o juiz no sistema de precedentes obrigatórios, deve se preocupar, sobretudo, com a identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e as

<sup>168</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 21, jul./dez. 2015.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 496.

<sup>170</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 227.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 496.

<sup>172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 851.

operações de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) no julgamento dos casos concretos. Um precedente somente se torna vinculante quando, idênticos os fatos, repete-se a mesma questão de direito que solveu e exceto se não houve sua superação por conta da alteração das circunstâncias que ensejaram sua formação”<sup>173</sup>.

## 5.2. A fundamentação na aplicação do precedente

Os precedentes pressupõem uma fundamentação na sua criação tanto quando na decisão posterior que aplicará o paradigma. O legislador “impede a separação entre a prática de se seguir precedentes e a argumentação, sendo de crucial importância para a individualização do direito e para os discursos de aplicação”<sup>174</sup>, exigindo-se para tanto uma atividade argumentativa por parte do aplicador do direito.

Não podemos sequer considerar que uma decisão aplicou de forma diligente o precedente se esta não foi erguida através de uma intensa interpretação, contraditório e fundamentação, sendo inviável qualquer dispensa da atividade de argumentação das partes ou uma atuação do juiz de mera reprodução da decisão estabelecida pelos Tribunais Superiores<sup>175</sup>.

O CPC é claro ao reforçar que a aplicação do paradigma deve ser “expressamente pautada pelos princípios e razões justificatórias que fundamentem o precedente”<sup>176</sup>, sob pena da decisão ser formada por argumentos superficiais, pragmáticos e que visam a padronização massificadora às custas da qualidade da atividade jurisdicional individualizadora.

O CPC, em seu art. 489, § 1º, inciso V e VI, impõe que o julgador não apenas invoque o precedente em seu julgado, devendo, de fato, identificar os fundamentos necessários que o levaram a seguir os ditames do precedente ou afastá-lo por completo<sup>177</sup>. Ou seja, no núcleo de sua sentença, o magistrado somente irá cumprir com o dever de fundamentação quando

---

<sup>173</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 26, jul./dez. 2015.

<sup>174</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 360.

<sup>175</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 497.

<sup>176</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 228.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>.

explicitar os motivos para a aplicação do precedente no caso concreto ou demonstrar a distinção entre o precedente e o processo para justificar a não aplicação do julgado paradigma.

O inciso VI do CPC não só contribui com o amadurecimento dos precedentes no direito brasileiro, como evidencia que a fundamentação também está interligada com o instrumento de distinção, ao impor que o aplicador do direito deve obrigatoriamente explicar com argumentos suficientes na fundamentação o motivo de ter afastado a aplicação de determinado precedente pela técnica do *distinguishing*.

Em suma, a fundamentação não só é o pilar para a elaboração do precedente e de sua aplicação a casos concretos, como também é imprescindível para a superação e extinção do mesmo, uma vez que, como esclarece Neil Duxbury, “se um juiz diz que um precedente não deveria ser seguido, é esperado que ele também diga porque ele não mais deveria ser seguido”<sup>178</sup>.

Tais institutos são tão essenciais para os precedentes que o legislador, no art. 927 do CPC, prevê em seu parágrafo quarto os limites da modificação e superação dos precedentes e enunciados de súmulas, impondo que para alterar o entendimento jurisprudencial dominante mediante a modificação do precedente “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”<sup>179</sup>.

Ressalta-se que, além da exigência de argumentação para que o precedente seja aplicado, a fundamentação também está ligada ao princípio da inércia, em que o afastamento do precedente deve exigir um ônus argumentativo qualificado de quem deseja que o mesmo não seja aplicado ao caso concreto.

Entretanto, enquanto o sistema do *common law* foi paulatinamente adotado por experiência histórica absorvendo a doutrina dos precedentes e do *stare decisis*, no nosso

---

<sup>178</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 689.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>.

sistema jurídico há uma instituição dos mecanismos de precedentes e jurisprudência mediante meras alterações legislativa sem mudar o modo de atuação do Judiciário.

Neste contexto, a implementação dos precedentes não pode suprimir as garantias constitucionais “na medida em que ignoram a flexibilidade e a profundidade hermenêutica ínsitos ao sistema de precedentes do *common law*”<sup>180</sup>. Não é possível aplicar a teoria dos precedentes sem aplicá-lo junto à uma atividade argumentativa através da fundamentação e é essencial essa adaptação das técnicas do Código de Processo Civil para evitar que o efeito vinculante da jurisprudência dos Tribunais Superiores não se afaste demasiadamente dos ideais do precedente do *common law*.

É neste contexto que

“a ideia reguladora do processo de aplicação de precedentes é, como explica MacCormick, a exigência de coerência: “a característica geral da argumentação jurídica em que se baseia esta busca pelos princípios subjacentes [à *ratio decidendi*] me parece ser uma exigência ideal de coerência – ou seja, coerência normativa em sentido geral – em um sistema jurídico”. Essa coerência, no entanto, só pode ser obtida por meio de uma argumentação pautada por um elemento de “princípio”, o qual constitui a razão justificadora da analogia que o intérprete pretende estabelecer entre os casos que estão sendo comparados. A argumentação por analogia, portanto, “é em si uma forma de argumentação por princípios”. A decisão de aplicar cada precedente a um novo caso concreto é, portanto, presidida e informada por uma argumentação fundada em princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias (*disanalogies*). É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente, em si mesma, implica um engessamento ou uma paralisia do processo argumentativo, pois o precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios”<sup>181</sup>.

É no ato de adequação do precedente ao caso futuro que se impõe ao aplicador do direito uma atividade argumentativa para justificar a incidência da tese jurídica. Ou seja, é na fundamentação do precedente que o juiz consegue definir quais foram os argumentos das partes e os fatos relacionados aos pontos de direito que são vinculantes para a solução do caso<sup>182</sup>, possibilitando a aplicação por extensão ao caso concreto do futuro.

---

<sup>180</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 487.

<sup>181</sup> NUNES, Dierle; DERZI, Misabel, BUSTAMANTE, Thomas; NAVARRO, Ana. Recursos extraordinários, precedentes e responsabilidade dos tribunais. **Revista de Processo**, v. 237, p. 480, 2014.

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 834.

Desse modo, é cediço que seria inviável a aplicação do precedente sem qualquer trabalho hermenêutico e argumentativo por parte do magistrado, especialmente em relação as circunstâncias específicas do caso concreto para que seja possível ajustar o precedente à realidade<sup>183</sup>. A aplicação dos precedentes “somente poderá se dar mediante uma comparação das premissas dos casos em discussão, sem se permitir uma aplicação mecânica do padrão (tese). Afinal, cabe ao tribunal julgar casos e não somente teses”<sup>184</sup>.

Nosso sistema judiciário poderia se inspirar exatamente na característica do *common law* que exige para a aplicação do precedente uma exaustiva comparação entre o paradigma e o caso em apreciação, para que a decisão judicial produto desta análise possa verdadeiramente estipular a similitude entre os casos e a proporção em que a solução adotada no precedente poderá ser aplicada ao caso atual<sup>185</sup>. Não cumprir a individualização do julgado ao caso concreto significa que tais precedentes se desassociaram dos fundamentos determinantes que os formaram para acoplarem em um raciocínio genérico similar aos das legislações.

Desse modo,

“falta assim aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar a que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo. E essa assertiva deve também valer para os enunciados de súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem”<sup>186</sup>.

É cediço que o objetivo do precedente é que casos semelhantes sejam decididos de maneira similar, portanto, quanto mais se aproximarem os casos, maior a probabilidade da decisão dada ao precedente ser estendida a solução do outro caso<sup>187</sup>. Havendo maior aproximação dos fatos aumenta-se a chance de obrigatoriedade de aplicação do precedente no caso.

---

<sup>183</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais**: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 355.

<sup>184</sup> NUNES, Dierle; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 481.

<sup>185</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 834.



Nestes termos,

“acontece que o enquadramento de um fato numa determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois não estas que não só podem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente”<sup>188</sup>.

A aplicação do precedente depende da determinação dos fatos do caso concreto e da identificação dos fatos que o juiz do precedente elegeu como materiais ou fundamentais para a conclusão em determinada posição jurídica<sup>189</sup> e, por isso, a aplicação de um precedente ao caso concreto pressupõe uma atividade de comparação, feita pelo juiz na fundamentação, comprovando as semelhanças fáticas e jurídicas entre o presente caso e o caso paradigma

A aplicação do precedente exige que haja uma efetiva consideração das especificidades do caso concreto em contraposição aos fatos jurídicos do caso paradigmático, sob pena da decisão ser considerada mal fundamentada. Inclusive, no *common law*, para um julgado paradigma ser aplicado seria necessário que na fundamentação o intérprete realize uma comparação entre os casos do presente e do passado para destacar qualquer similitude e justificar que os fundamentos da solução do caso anterior servem para o atual<sup>190</sup>.

Para que uma decisão seja efetivamente considerada fundamentada não basta que o juiz invoque o precedente de forma superficial, ele deve demonstrar de que forma o julgado paradigma se amolda ao caso concreto mediante um confronto de questões de fato e de direito do paradigma e do caso futuro<sup>191</sup>. O CPC estipula que, sob pena de nulidade da sentença, a fundamentação é essencial para aplicação do precedente mediante um discurso de analogia ou contra-analogias.

Quando há um precedente o juiz, de forma obrigatória, deve “moldar” o julgado paradigma ao caso concreto em questão, sendo inviável o que ocorre no Brasil quando o precedente dita o seu uso no caso concreto sem qualquer avaliação de que o caso do presente

---

<sup>188</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão.** Bahia: JusPodvm, 2013. p. 835-836.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 837.

<sup>190</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 244.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 254.

se aproxima ou contenha os argumentos e fatos suscitados no precedente.

Por isso,

“o juiz (seja de que grau for) terá de avaliar o caso descrito no processo, para então se voltar aos precedentes, inclusive para avaliar sua pertinência/aplicabilidade ao caso”<sup>192</sup>, ou seja, a própria justificativa do uso do precedente situa-se na própria demonstração de que este “se amolda ao caso, o que apenas pode ser feito por meio da comparação entre o caso presente e aqueles que deram origem ao enunciado”<sup>193</sup>.

Ou seja, o uso dos precedentes exige uma atividade argumentativa do juiz em explicitar de que forma pode aplicar o caso anterior ao novo mediante uma comparação entre os casos e somente através de uma atividade cognitiva e hermenêutica que o Judiciário poderá ultrapassar uma aplicação de precedentes de forma mecanizada, vide:

“Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente”<sup>194</sup>.

O que também se tornou uma prática demasiadamente comum em nossos Tribunais é a “*fundamentação per relationem*”, em que o aplicador do direito apenas se reporta a outra decisão produzida anteriormente sem construir razões individualizadas que o levou a uma determinada conclusão. Ou seja, é “uma decisão judicial que toma emprestado uma argumentação utilizada em outro ato processual daquela mesma relação jurídica”<sup>195</sup>. O aplicador do direito acaba por se afastar de seu dever de fundamentação não expondo sequer as razões capazes de sustentar a legitimidade de sua decisão. Repetir o que já foi decidido não é fundamentar, tanto quanto não expõem as razões de decidir do caso concreto.

Tal falha é ainda mais expressiva em sede recursal, quando a manutenção da decisão de primeira instância é feita sem maiores esforços argumentativos sem qualquer diálogo ou

---

<sup>192</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 247.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>195</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

consideração das justificativas do sucumbente<sup>196</sup>. “O recurso, via de regra, serve para apontar *error in procedendo* ou *in judicando* na decisão recorrida. Se o erro de procedimento constar da própria decisão, sua manutenção “por seus próprios fundamentos” será nitidamente fundamentação insatisfatória”<sup>197</sup>. É uma afronta ao direito fundamental de fundamentação e ao devido processo legal a ausência de respostas às críticas feitas à sentença, não havendo qualquer celeridade ou economia processual capaz de justificar a perda de qualidade da decisão.

É imprescindível que a individualização e a contextualização no corpo da fundamentação antecedam a aplicação do precedente, cuja aplicação mecanizada constitui um formalismo e padronização decisória que desconsidera as circunstâncias específicas do caso e tende a uma violação constitucional ao enaltecer uma fonte do direito de grau hierarquicamente inferior.

Em suma,

“o inciso V do artigo 489, parágrafo 1º, do novo Código de Processo Civil exige que a decisão que aplica a tese jurídica consagrada em precedente ou enunciado de súmula não pode se limitar à sua reprodução, devendo identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar a existência de similitude fática para que estes se amoldem ao caso sob julgamento, sob pena de nulidade, por falta de fundamentação. Validamente, a extração dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) para decisão do novo caso concreto exige atividade hermenêutica pelo aplicador do precedente, cujos critérios têm sido objeto de intenso debate nos sistemas de *common law*, podendo resultar na conclusão de que do julgamento paradigmático não se pode obter qualquer regra abstrata aplicável a outros casos. Forçosa, então, a explicitação da atividade do julgador na identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e, conseqüentemente, da regra abstrata que aplicará na decisão do caso concreto, bem como da operação de distinção (*distinguishing*), com a analogia entre os fatos do julgamento paradigma e daquele ora posto a julgamento”<sup>198</sup>.

Há uma disseminação de situações em que os casos são decididos com a mera apologia a diversas ementas descontextualizadas e pior, o julgador de fato acredita que está nesta

---

<sup>196</sup> SCHMITZ, Leonardo Zieseimer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 243-244.

<sup>198</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 24, jul./dez. 2015.

atividade aplicando o instrumento dos precedentes, quando de fato este último “é muito mais complexa do que a mera reunião de ementários para resolver litígio”<sup>199</sup>.

É neste sentido que

“o Juiz, assim, não pode ser só a boca da jurisprudência (como já o fora da lei, no tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. Isso, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a práxis do *common law* de que se diz estar buscando inspiração”<sup>200</sup>.

Em nosso sistema jurídico não há qualquer tradição de aplicar os precedentes mediante uma análise e comparação das circunstâncias fáticas do paradigma, tanto quanto inexistente qualquer trabalho no sentido de se extrair a *ratio decidendi* do precedente para aplicar tal tese no caso concreto. Ao contrário, “ainda hoje, não são poucos os que se limitam a invocar ementas de acórdãos ou enunciados de súmula como se isso fosse o suficiente para delimitar o campo de abrangência dos precedentes. Nestas circunstâncias, o risco de aplicação inadequada da jurisprudência é evidente”<sup>201</sup>.

O problema está no entendimento de ementas e enunciados de súmula como se fossem esgotamentos interpretativos de uma determinada matéria. Há uma indução ao erro de que, uma vez sendo proferida a decisão por estes órgãos de cúpula do Judiciário pátrio, teríamos chegado a um padrão decisório preciso, abrangente e que poderia ser aplicado mecanicamente mediante uma simples subsunção<sup>202</sup>.

Devemos nos afastar de uma logística em que os precedentes são meros instrumentos para acelerar a tramitação processual, porque nessa negligência os precedentes são aplicados como se fossem soluções fechadas e homogêneas de uma multiplicidade de casos sem uma análise aprofundada do caso concreto e dos fundamentos interpostos no paradigma<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 489.

<sup>200</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 249.

<sup>201</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 256/257.

<sup>202</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 490.

Inclusive,

“mesmo diante de um acórdão paradigma, súmula vinculante, ou da própria lei a interpretação nunca deixa de ser necessária para a solução das questões jurídicas. Ou seja, não há decisão pronta e acabada que permita a aplicação mecânica e computadorizada das questões jurídicas, a interpretação é sempre necessária seja porque a facticidade é infinita, seja porque não há aplicação jurídica que dispense interpretação”<sup>204</sup>.

Nesse contexto, não é viável que os jurisdicionados continuem aceitando decisões judiciais com aplicação automática dos precedentes como se estes fossem normas gerais e abstratas, criando um verdadeiro “positivismo normativista jurisprudencial” em que o Judiciário cria conceitos tão universais quanto o legislador, virando, de fato, “um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a “esse” geral com a negligência às singularidades”<sup>205</sup>.

A postura de assimilar precedentes e enunciados de súmula de forma abstrata desvinculada do caso concreto cria um resultado extremamente perigoso: a formação de uma nova legislação vinculante por um poder incompetente para tanto. A chamada juristrocracia viola a separação dos poderes, o contraditório e, do mesmo modo da lei, não consegue prever todos as hipóteses de sua aplicação<sup>206</sup>.

O grande erro de nosso sistema é utilizar precedentes e enunciados de súmula “como se contivessem uma amplitude análoga das leis, sendo aplicadas como comandos gerais e abstratos, quando, em verdade, tratam-se de enunciados umbilicalmente ligados aos casos que as produziram”<sup>207</sup>. Ao revés do propagado pelo *common law*, nossos enunciados de súmulas e outras decisões com caráter vinculante são consideradas como enunciados genéricos sem um aprofundamento dos fundamentos que sustentaram a decisão do Tribunal<sup>208</sup>. Há uma verdadeira desvinculação do caso paradigma originário com uma vinculação aos casos futuros do texto de pequenas ementas e das súmulas de forma geral e abstrata, tal como uma lei<sup>209</sup>.

---

<sup>204</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 491.

<sup>205</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>208</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 491.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 493.

Sobre este tema:

“O precedente não cabe na súmula. Trata-se de um “enigma” hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação - *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*. Aliás, é prática recorrente - afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda - a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de "pautas gerais". Verbetes. Enunciados. Tentativas de conceptualizações. Nada mais, nada menos do que a velha metafísica, recheada de conceitos sem coisas. Por tudo isso, as súmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário”.

É imprescindível superar o velho modo de julgamento sem diálogo e contraditório em que o juiz ou desembargador profere uma decisão padronizada sem dimensionar o julgado utilizado como precedente, bem como os julgadores devem ter a efetiva ciência que as poucas linhas resumidas na ementa nem sempre espelham os fundamentos relevantes e matérias daquela decisão que ele está considerando com status de precedente.

Sem o cumprimento do dever de fundamentação ocorre uma situação em que fatos de um determinado caso se tornam parâmetros gerais para casos subsequentes sem uma condizente identificação entre eles, gerando uma prática comum entre nossos tribunais de reprodução automatizadas de ementas em que se consideram dois casos idênticos mediante um aumento exarcebado do grau de abstração entre eles<sup>210</sup>.

Como pontua Ramires:

“O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro (...) é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremê-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser accidental, para ter em mãos apenas as suas “propriedades imutáveis”. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando um

---

<sup>210</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

coro de muitas vozes dissonantes”<sup>211</sup>.

Desta forma, os precedentes não podem ser aplicados de forma mecânica como se fossem soluções fechadas e homogêneas de uma multiplicidade de casos sem uma análise aprofundada do caso concreto e dos fundamentos interpostos no paradigma<sup>212</sup>. Inclusive, mesmo diante de um precedente adequado ao caso concreto, o aplicador do direito jamais pode abrir mão da própria lei ou da interpretação para solução da lide. “Não há decisão pronta e acabada que permita a aplicação mecânica e computadorizada das questões jurídicas, a interpretação é sempre necessária seja porque a facticidade é infinita, seja porque não há aplicação jurídica que dispense interpretação”<sup>213</sup>.

Ademais, o Tribunal que aplica o precedente deve “ater-se às circunstâncias fáticas dos julgamentos anteriores que ampararam sua criação”<sup>214</sup>. Não pode ser aceitável que os enunciados de súmulas e paradigmas continuem sendo utilizados pelos aplicadores do direito como se fossem leis com caráter geral e abstrato sem suscitar os fatos materiais que justificaram a criação daquele. É imprescindível que os precedentes sejam associados ao caso concreto e à realidade fática sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, expressando, “exatamente, a *ratio decidendi* extraída de um mesmo conjunto de fatos que deram origem à sua criação”<sup>215</sup>.

É por isso que

“as normas jurídicas a serem aplicadas em cada caso concreto devem ser reinterpretadas e ajustadas a cada nova situação que se apresente perante o julgador, na medida em que os âmbitos de incidência dessas normas judiciais se restringem aos casos que sejam idênticos àqueles que deram ensejo”<sup>216</sup>.

Utilizar os precedentes e/ou enunciados de súmulas de forma indistinta precede uma verdadeira inconstitucionalidade, já que estes não foram criados para ser normas tão gerais e abstratas quanto as leis, bem como não foram elaborados no momento de sua criação para

---

<sup>211</sup> RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140.

<sup>212</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 490.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 491.

<sup>214</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 20, jul./dez. 2015.

<sup>215</sup> *Ibidem* p. 20.

<sup>216</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 333.

abarcam inúmeros casos hipotéticos que não foram de fatos discutidos com seus argumentos completos e com respeito ao princípio da vinculação ao debate<sup>217</sup>.

A aplicação massificada da jurisprudência sem correlacioná-la ao caso na fundamentação foge da função constitucional outorgada ao Judiciário, havendo uma verdadeira sobreposição do quantitativo sobre a qualidade. A estabilidade que acompanha a aplicação do precedente não é sinônimo de dispensa da análise do caso concreto e fundamentação da decisão judicial, estando a aplicação do paradigma sempre dependente da demonstração de que o caso concreto se enquadra nos pressupostos e fundamentos daqueles<sup>218</sup>.

Humberto Theodoro Jr. enfatiza que a fundamentação deve estar em conformidade ao “*mootness principle*”, ou princípio da vinculação ao debate. O aplicador do direito não pode pautar suas decisões em regras jurídicas hipotéticas, sendo necessário para a validade da decisão uma análise individual e específica do processo levando em consideração as particularidades do caso concreto. Ainda, tal princípio define que o precedente não possui vinculação automática e mecanizada, uma vez que o Tribunal que irá aplicá-lo deve decidir se há uma semelhança no caso concreto capaz de suscitar uma aplicação por analogia ou se o precedente deve ser distanciado através da técnica do *distinguishing*.

Nestes termos,

“esse princípio implica uma especificação do âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as particularidades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto. Ele implica, também, que a decisão acerca de quais casos hão de ser regulados pelo precedente não é definitiva, já que é o tribunal futuro que deve decidir, no caso semelhante, mais ainda não expressamente regulado, sobre se o precedente judicial deve ser “estendido”, pela técnica da analogia, ou “diferenciado”, pela técnica do *distinguishing*. Ambas as operações constituem, portanto, uma argumentação em que se busca verificar qual deve ser a “regra do caso”, por meio de uma ponderação de princípios”<sup>219</sup>.

É possível desprender de tal passagem que a argumentação é a base de toda a logística

---

<sup>217</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 358.

<sup>218</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?**. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 332.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 352/353.



de exposição do precedente, tanto no momento do juiz aplicar o caso paradigma por analogia ou afastá-lo por distinção, quanto no momento em que o caso que originará o precedente está sendo formado, uma vez que é da fundamentação que se formula a *ratio decidendi* e é dessa *ratio* que há o fornecimento da tese e fatos jurídicos relevantes e vinculáveis ao caso do presente.

É nesse contexto que é possível evidenciar que um dos maiores problemas atuais de nosso ordenamento jurídico é a aplicação dos precedentes de forma desvinculada das questões e circunstâncias originárias do caso passado.

“O equívoco não se resume ao uso dos julgados como se lei fossem, com a utilização de uma “metodologia” tradicional que os presume (ementas e enunciados de súmula) como enunciados normativos abstratos (dos casos julgados), mas na sua construção desde o início como esgotamentos interpretativos quando produzidos por técnicas de causa-piloto (como as da repercussão geral do recurso extraordinário no STF ou do recurso especial do STJ) que induzem o erro de que, uma vez sendo proferida a decisão por estes órgãos de cúpula do Judiciário pátrio, teríamos chegado a um padrão decisório preciso, abrangente e que poderia ser aplicado mecanicamente mediante uma simples subsunção”<sup>220</sup>.

Neste sentido, procurando solucionar tal equívoco, o art. 926, parágrafo segundo do Código de Processo Civil prevê que os enunciados de súmulas editadas pelos tribunais devem ser equivalentes à jurisprudência de fato dominante, sempre levando em consideração “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”<sup>221</sup>. Ou seja, o próprio legislador deixa claro que a interpretação de uma súmula e/ou precedente não pode ser desassociada das circunstâncias fáticas que lhes originaram e nem as suas aplicações podem desconsiderar os julgados que as formaram<sup>222</sup>.

Em suma, a mera transcrição de uma ementa jurisprudencial ou de súmula não é sinônimo de uma sentença ou acórdão devidamente fundamentados, pois não há qualquer conexão às circunstâncias específicas tanto do caso paradigmático com o do caso concreto<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

<sup>221</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

<sup>222</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 250.

<sup>223</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 258.

### 5.3. A *ratio decidendi* na fundamentação

A aplicação dos precedentes depende da identificação dos fundamentos determinantes daquela decisão (*ratio decidendi*), tanto quanto a sua não aplicação depende de fundamentada distinção (*distinguishing*). Quando o juiz ou o tribunal aplica um precedente ele está, de fato, aplicando os fundamentos determinantes de casos passados no caso em concreto em julgamento.

O precedente não define no seu texto qual argumento ou tese jurídica possui o caráter vinculante, somente no momento de sua aplicação, pelo juiz de instância inferior, seria estipulada a razão determinante para solucionar a questão jurídica. Exatamente pelo fato do núcleo vinculativo do precedente ser construído apenas no momento de sua utilização no caso futuro que podemos concluir que a aplicação do precedente sempre será uma atividade hermenêutica que contará com fundamentos e argumentação expressivos, sendo essencial que o juiz das instâncias inferiores explicita seu percurso para extrair do julgado anterior a tese jurídica vinculante<sup>224</sup>.

Por isso, facilmente nota-se que a fundamentação tem uma outra função essencial: a de possibilitar que o juiz do caso concreto identifique a *ratio decidendi* do precedente. É no conteúdo da fundamentação que o juiz vai identificar a tese jurídica relevante que será formalizada na *ratio decidendi*, tanto quanto é no conteúdo da fundamentação da decisão paradigma que encontraremos as razões essenciais que possibilitam a extração dessa *ratio*.

Ou seja, “a eficácia do precedente depende diretamente dos pressupostos lógicos (motivos) da decisão que o originou”<sup>225</sup> e tais razões só podem ser materializadas a partir da fundamentação adequada e eficiente. É neste pressuposto que é possível concluir que a identificação da *ratio decidendi* é imprescindível para aplicação de qualquer precedente.

Para a aplicação do precedente no caso concreto, é imprescindível que se constate a norma extraída do julgamento paradigma, tanto quanto é necessário identificar se o precedente seria adequado ao caso concreto. Ou seja, não importa se o juiz identificou que tal precedente seja compatível ao caso sob seu julgamento se tal aplicador não extrai a “regra

---

<sup>224</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 494.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 493.

abstrata exarada no julgamento paradigmático como a correta interpretação da legislação e que incidirá na regulação dos mesmos fatos no novo processo objeto de decisão”<sup>226</sup>.

A decisão “apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos cidadãos, quando for considerada a partir da sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, dos seus “motivos determinantes”<sup>227</sup>.

Inclusive, Luiz Marinoni impõe uma certa relação de sinônimo entre os motivos determinantes da decisão e a *ratio decidendi*, uma vez que ambos possuem a fundamentação qualificada como núcleo determinante para se chegar naquela decisão que promove a vinculação de jurisdicionados inferiores. Pela relação direta entre a decisão jurídica e suas razões essenciais que há a possibilidade dos fundamentos resultantes do precedente sejam observados pelos juízes posteriores<sup>228</sup>.

Concluindo, o autor define que

“ao se colocar os conceitos de norma decisória concreta e de motivos determinantes da decisão na mesma dimensão do de *ratio decidendi*, deseja-se apenas evidenciar a importância de se extrair da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir, bem como sublinhar que a não identificação desta porção da fundamentação gera incerteza, colocando em sério risco a segurança jurídica e a própria missão que se quer atribuir aos tribunais com a extensão dos efeitos vinculantes”<sup>229</sup>.

Para aplicarmos um precedente precisamos extrair da decisão judicial sua *ratio decidendi*, “dai porque o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”<sup>230</sup>. Somente através da fundamentação que podemos extrair a *ratio decidendi*, bem como é o único meio capaz de diferenciar a *ratio decidendi* e *obiter dictum* no precedente.

---

<sup>226</sup> MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 16, p. 21, jul./dez. 2015.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 840.

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 851-852.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 841.

A *ratio decidendi*, para autorizar sua aplicação em casos futuros, deve constituir uma “extrato significativo da fundamentação”<sup>231</sup> e é essa parte específica da fundamentação que é possível identificar o motivo pelo qual o Tribunal decidiu em uma determinada direção<sup>232</sup>.

Por isto,

“o que passa a vincular não está contido na própria decisão ou súmula do Tribunal Superior. A *ratio decidendi* é um entendimento que se constrói hermeneuticamente a partir da aplicação reiterada pelos tribunais inferiores. Ou seja, é a história e a aplicação da decisão da Corte Superior que determinara o alcance da *ratio decidendi* do precedente. Daí porque o aquilo que efetivamente vincula em um precedente não pode ser confundido com o texto de súmula (simples ou vinculante) ou qualquer decisão paradigma oriunda de julgamentos de casos repetitivos”<sup>233</sup>.

Portanto, o fundamento, para ter força vinculante, precisa ser suficiente e a questão jurídica elucidada na *ratio decidendi* deve necessariamente justificar a decisão e impor uma solução ao caso<sup>234</sup> e a aplicação do precedente depende da identificação da *ratio decidendi* na fundamentação.

---

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 856.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>233</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABBAUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 489/490.

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, vol. 918, abr. 2012, p. 368

## 6. CONCLUSÃO

É cediço que um dos maiores, se não o maior, problema de nosso ordenamento jurídico é a divergência e incoerência jurisprudencial. Tanto os juízes de instâncias inferiores não se sentem obrigados a seguir os julgados anteriores, quanto os próprios Tribunais que o formularam não são orientados a repercutir suas próprias teses jurídicas. É nesse contexto de instabilidade que foi atribuído a vinculatividade e obrigatoriedade dos precedentes pelo Código de Processo Civil para substituir os “decisionismos” individuais e flutuações de entendimento subjetivas que acabam produzindo decisões opostas sobre uma mesma matéria fática.

De fato, a estabilidade, a segurança jurídica, a coerência, o desestímulo à litigância e a credibilidade do Judiciário podem ser sustentadas com a nova integração dos precedentes em nosso ordenamento, entretanto, para tanto, é imprescindível que a decisão que aplica o precedente e a decisão que o originou cumpram devidamente com o dever de fundamentação, já que o dever de fundamentação incidirá para os Tribunais que elaboram as decisões paradigmas e para os magistrados que aplicam os precedentes.

A própria formulação do precedente depende diretamente de um amadurecimento da argumentação e interpretação do entendimento do Tribunal superior, capaz de promover uma solidificação da tese jurídica mediante um forte contraditório e ampla defesa em que a análise de diversos argumentos criará densidade a *ratio decidendi* e evitará rediscussões posteriores em outros processos, o que nem sempre é atendido em nosso ordenamento pela pressa e ansiedade em desafogar os Tribunais, criando, conseqüentemente, teses fracas que não analisam a integralidade do direito, possibilitando viradas jurisprudenciais abruptas.

A vinculação dos precedentes é, de fato, uma vinculação à fundamentação jurídica da decisão. Desse modo, é imprescindível que os Tribunais formulem suas decisões com coerência e de forma fundamentada para que possibilite a extração das razões que o levaram a concluir por determinada solução.

Como o tribunal desenvolve sua tese jurídica vinculativa na fundamentação, somente nesta os juízos posteriores podem extrair a *ratio decidendi*. Se essa formulação inicial se mostra viciada, todo o processo posterior de aplicação dos precedentes é enfraquecido. Se o

caso de origem não é uma decisão bem fundamentada, seria inviável exigir que os juízos posteriores extraíam uma *ratio* em sua completude e possam de fato produzir uma decisão jurídica plena e bem fundamentada capaz de postergar a estabilidade e uniformidade jurídica.

Ainda, na aplicação dos precedentes é imprescindível que estes sejam considerados como meros pontos de partida para a discussão do caso concreto, sendo necessária uma atividade hermenêutica por parte do juiz em sua fundamentação para identificar a *ratio decidendi* do precedente, para extrair a regra jurídica que solucionará o caso concreto, bem como para expor os motivos daquele precedente se adequar à lide em questão. Uma decisão não pode aplicar um precedente se não conta com uma fundamentação e contraditório robusto capaz de comprovar as similitudes dos casos e identificar os fundamentos relevantes do caso paradigma.

Não é viável que um precedente seja aplicado em uma decisão judicial sem ser associado ao caso concreto originário que lhes deu fundamento, explicitando as semelhanças com o julgado do presente e levando em consideração as particularidades do caso concreto mediante uma individualização do direito.

Portanto, aplicar o precedente pressupõem três atividades: a identificação da *ratio decidendi* do caso paradigma, a atividade de comparação que permita comprovar que como o caso do passado e o caso posto em juízo são semelhantes, a solução jurídica do precedente extraída da *ratio* também deve ser aplicada ao caso concreto e, por fim, uma fundamentação enquadrando e ajustando o precedente às minuciosidades do caso em questão.

Em suma, independentemente do sistema jurídico adotado por determinado país, a segurança jurídica não advém da mera elevação do precedente e jurisprudência como fonte do direito, apenas a qualidade externada da fundamentação das decisões judiciais podem concretizar tal dever constitucional e estabilidade jurídica.

Os precedentes só serão de fato implementados no ordenamento jurídico de maneira adequada se acompanharem o dever de fundamentação para proteger os jurisdicionados contra arbitrariedades dos aplicadores do direito.

Desse modo, é o dever de fundamentação, constitucionalmente assegurado e reiterado

no novo Código de Processo Civil, que assegura a legitimidade das decisões jurídicas obstando decisionismos dos julgadores, tanto quanto permite obstar reproduções indiscriminadas e automáticas de precedentes sem uma mínima análise das peculiaridades do caso para confirmar a similitude e adequar o precedente ao caso concreto.

O que vincula os precedentes e os torna obrigatórios é a argumentação jurídica da decisão e é de suma importância superar as justificativas de que a celeridade possa ser integralmente solucionada mediante a aplicação automática e vinculativa dos precedentes se esta mecanização será consumada às custas da qualidade da prestação jurisdicional. De nada adianta uma prestação jurídica célere se esta não atende os anseios da sociedade, não cumprem com o devido processo legal e não são legítimas do ponto de vista democrático.

A prestação jurisdicional deve impor ao julgador a obrigação de fundamentar para que seja possível comprovar que a sua decisão está em consonância com as leis, com a Constituição e com os precedentes. O que é aspirado é uma resposta do Judiciário que melhor solucione a decisão, harmonizando-a com os precedentes anteriores ao mesmo tempo que a justifica fundamentadamente “conforme a moral política da comunidade<sup>235</sup> e a legislação. Ou seja, há uma convergência do passado e do futuro que observa o ordenamento jurídico em sua integralidade para demonstrar a legitimidade da decisão jurídica.

---

<sup>235</sup> SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 156.

## 7. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante**: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 521.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon, 3. Ed., 1979.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais**: em que sentido pode haver precedentes vinculantes do direito brasileiro?. Bahia: JusPodvm, 2013.

DONIZETTI, E. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. *Revista de Direito UNIFACS*, Rio de Janeiro, n. 175, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472> >. Acesso em: 06 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p.90

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: v. 2, p. 3-25, jan-mar. 2000.

HART, Hebert. **O conceito de direito**, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi** ou os fundamentos determinantes da decisão. Bahia: JusPodvm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Bahia: JusPodvm, 2013.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. ; ABBAOUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial**. Bahia: JusPodvm, 2013.



NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória.** São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. ; DERZI, Misabel, BUSTAMANTE, Thomas; NAVARRO, Ana. Recursos extraordinários, precedentes e responsabilidade dos tribunais. **Revista de Processo**, v. 237, 2014.

\_\_\_\_\_. ; PATRUZ, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro.** Bahia: JusPodvm, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A fundamentação das decisões judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Editora JusPodium, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. **Revista da CEJ.** Brasília, ano XII, n. 41, abr./jun. 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC.** Bahia: JusPodvm, 2013.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Blecaute Oliveira. **Decisão Judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem.** Bahia: JusPodvm, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.