

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
CAMPUS JUIZ DE FORA
PÓS GRADUAÇÃO STRICTU SENSU
MESTRADO EM DIREITO**



LEONARDO GRANTHOM

**O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES FRENTE À TEORIA DOS
PRECEDENTES: REFLEXÕES A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**JUIZ DE FORA
2016**

LEONARDO GRANTHOM

**O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES FRENTE À TEORIA DOS
PRECEDENTES: REFLEXÕES A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

Orientação: Prof. Pós Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior

**JUIZ DE FORA
2016**

LEONARDO GRANTHOM

**O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES FRENTE À TEORIA DOS
PRECEDENTES: REFLEXÕES A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior (orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Doutor Claysson de Moraes Mello
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Doutor José Ângelo Ribeiro Moreira
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ

AGRADECIMENTOS

À toda força Divina Maior que com certeza está sempre a nos iluminar pelos caminhos do bem, canalizando nossas tendências e anseios para as realizações pessoais concretas.

Ao meu professor e orientador Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior, do qual me fiz seu discípulo desde os tempos de graduação, tendo como exemplo em minha vida sua incansável busca pela excelência em tudo o que faz.

À mestra Fernanda Santos, por me fazer acreditar ser capaz, inclusive quando encontrava-me descrente pelos tropeços desse caminhar.

Ao meu amado pai, sempre disposto a ajudar de uma maneira incondicional.

RESUMO

A presente pesquisa visa enaltecer uma inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil que se refere à aplicação dos precedentes judiciais. No ordenamento pátrio, a aplicabilidade de um precedente judicial vem ganhando força, principalmente a partir da Constituição de 1988. Mesmo que seja constatado a prevalência de um pensamento a respeito de um caso concreto por uma Corte Superior, através de uma jurisprudência, ou uma uniformização de decisão judicial através de uma súmula, os tribunais inferiores não possuíam a obrigatoriedade de seguir tal linha de pensamento. No entanto, com o advento da nova Carta Processual, os juízes precisarão observar o que estiver consolidado em forma de precedente judicial. Assim, a pesquisa tentará fazer uma análise, dentro desse contexto, se o livre convencimento motivado na lei dos juízes monocráticos ainda prevalece nos julgados em que esta análise a ser seguida for constatada.

Palavras-chave: Precedentes. Princípio do livre convencimento. Princípio da isonomia como direito fundamental.

ABSTRACT

This research aimed at raising an innovation brought by the new Civil Procedure Code as regards the application of judicial precedents. The paternal system, the applicability of a judicial precedent has been gaining momentum, primarily from the Constitution of 1988. Even though it found the prevalence of a thought about a specific case by a Superior Court through case law, or uniformity a court decision through a summary, the lower courts did not have the obligation to follow such a line of thought. However, with the advent of new Procedural Letter, judges need to observe what is consolidated in the form of judicial precedent. Thus, the research will try to analyze, in this context, the free conviction motivated the law of monocráticos judges still prevails judged us that this analysis to follow is found.

Keywords: Precedents. Principle of free conviction. Equality principle as a fundamental right.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 A TRADIÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NA LEI	13
1.1 Da subsunção do processo à Constituição	13
1.2 Breve colocação do conceito de normas, regras e princípios constitucionais	15
1.3 A identificação constitucional do princípio da motivação.....	18
1.4 Historicidade do livre convencimento motivado no ordenamento brasileiro	21
1.4.1 Do princípio do livre convencimento motivado no CPC de 1939.....	22
1.4.2 Do princípio do livre convencimento motivado no CPC de 1973.....	25
2 DA IDEIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO UMA EXIGÊNCIA DA LÓGICA HERMENÊUTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL	28
2.1 Da conceituação de direito fundamental	28
2.2 A ideologia dada à nomenclatura	28
2.3 Das gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais.....	31
2.3.1 Dimensão ou Geração de direitos fundamentais?.....	35
2.4 Da conceituação e da incumbência funcional exercida pela atividade do princípio da motivação das decisões judiciais	37
2.4.1 Da relação endoprocessual e extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais	39
2.5 A harmonia da motivação fundamentada com o devido processo legal.....	47
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O AUXÍLIO DA ISONOMIA DECISÓRIA	53
3.1 Introdução	53
3.2 Conceituação de precedente judicial.....	53
3.3 Da origem histórica do precedente.....	54
3.3.1 Da origem histórica do uso do <i>common law</i> no sistema inglês e no norte americano.....	56
3.4 Da doutrina e do uso dos precedentes no sistema norte americano.....	58
3.4.1 A natureza jurídica do precedente americano	61
3.5 O precedente judicial no Brasil.....	62
3.5.1 A aplicação do precedente judicial no CPC DE 1973.....	66

3.5.2 A súmula vinculante como precedente.....	67
3.5.3 A jurisprudência como precedente	69
3.6 O debate da limitação do precedente ao livre convencimento do juiz.....	70
4 NOVO CPC/2015: Elementos para motivação das decisões, livre convencimento e precedentes judiciais	76
4.1 Da decisão não fundamentada de acordo com o CPC/2015.....	76
4.2 Inovações trazidas pelo NCPC ao magistrado no ato decisório.....	79
4.3 Da justificação de aplicação do precedente no Brasil	83
4.4 A atualização ideológica do precedente já superado	85
4.5 O magistrado como um ser humano ‘político-legislador’	88
Conclusão	90
Referência Bibliográfica	93

INTRODUÇÃO

No almejar do debate em algumas mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a aprovação da Lei nº 13.105/2015 que passou a regulamentar o novo Código de Processo Civil, tratará a presente pesquisa, dentro da proposta que o curso de Hermenêutica e Direitos Fundamentais possibilita, de um estudo que ficará concentrado na linha de pesquisa “*Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo*”.

A busca pela demonstração dos direitos fundamentais, como princípio isonômico será realizada no sentido de elucidar a relevância que esse princípio possui bem como sua aplicabilidade dentro do ordenamento.

Através de pesquisas realizadas por um método qualitativo na base da jurisprudência, bem como na inesgotável fonte doutrinária, esse estudo irá fazer uma sucinta apresentação da postura inovadora, desde então, adotada pelo Poder Judiciário em relação à observação aos enunciados de súmula vinculante, seja em matéria constitucional, feita pelo Supremo Tribunal Federal, seja em matéria infraconstitucional, feita pelo Superior Tribunal de Justiça.

O ordenamento brasileiro tem como base o sistema do *Civil Law*, no qual as normas positivadas funcionam como fonte principal das regras jurídicas. As leis, em geral, são produtos oriundos do Poder Legislativo. Já o sistema jurídico que possui sua fonte fundamentada no sistema do *Common Law*, o direito se revela pela criação provinda não só do legislativo, como também pela jurisdição e pelos costumes.

Com a evolução jurídica e social, a fusão do sistema do *Common Law* e do *Civil Law* envereda dentro de um roteiro plausível, transformando-se continuamente através de uma complementação cognática. E isto pode ser considerado como possível devido a uma reformulação na concepção da separação dos Poderes, onde o Poder Judiciário vêm ganhando uma concepção da qual os juízes atuam como verdadeiros guardiões dos direitos fundamentais e não meros repetidores mecânicos da certeza jurídica e das leis.

Assim, na tentativa de destacar algumas mudanças ocorridas no ordenamento brasileiro, principalmente após a aprovação da Lei nº13.105/2015 que regulamentou o novo Código de Processo Civil, essa pesquisa buscará abordar no

primeiro capítulo a existência de um sistema intermediário entre o modelo da íntima convicção do juiz na análise de uma demanda com o sistema tradicional de provas, adstrito ao que esteja apresentado no processo.

Levando em consideração de que o magistrado seja livre para analisar as provas produzidas sempre em conformidade com o princípio da livre convicção motivada, o embasamento que o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 traz ao ordenamento pátrio será destacado no primeiro capítulo dessa pesquisa, sem excluir que tal fato precisa ocorrer com as devidas justificativas legais, no intuito de se evitar o arbítrio do julgador. A brevidade histórica enaltecida nesta preliminar levará em conta a identificação do princípio da motivação em sua origem, como também, buscará relacionar o vínculo desse dispositivo com o transcorrer evolutivo em outros Códigos Processuais do país.

Já no capítulo II, uma vez já esclarecida a concepção do que se entende por princípio da motivação, este capítulo buscará o debate sobre a possibilidade do princípio da motivação ser evocado como um direito fundamental das partes, destacando pontos relevantes na evolução normativa no que considera como tal. A abrangência dos direitos fundamentais leva a perceber uma necessidade na identificação do mesmo para que seja possível ficar enaltecido o campo de atuação que essa investigação dissertativa ficará proposta. Tradicionais ideias desenvolvidas sobre o conceito de direito fundamental também serão brevemente destacadas, para que a contemporaneidade do assunto chegue a tona, elaborando um elo trazido pelo histórico evolutivo do primeiro capítulo. Tal conceituação e apontamento dos efeitos que acarretam a aplicação do princípio da motivação deverão ser destaque do segundo capítulo, de forma a não excluir a justificativa de sua obrigatoriedade.

Dessa forma, o objetivo buscado pela aplicação do princípio em destaque também será questionado. A qual sujeito o princípio da motivação visa galgar seus ideais? É um instituto de abrangência para a sociedade? Pode ser provindo de um clamor do magistrado? Além dessas indagações que serão debatidas nesse segundo capítulo, buscará na pesquisa ser apresentada também uma participação do Estado Democrático de Direito nos trâmites processuais. A ideologia buscada em uma democracia participativa será questionada para debater o benefício proporcionado a todos os envolvidos em sua aplicação. Assim, uma vez sendo o poder exercido em nome da sociedade e de todos que a compõe, a administração da justiça poderia ser controlada de forma democrática pela aplicabilidade da

motivação, como será visto. A consonância de uma decisão judicial motivada com o princípio do devido processo legal servirá, neste capítulo, para corroborar o pensamento de que o mesmo serve de instrumento para efetivar não só o caminho da justiça, mas também para demonstrar caminhos utilizados pelo Estado Democrático na busca da aplicação dos direitos garantidos por este à sociedade.

Ao abordar o terceiro capítulo, a pesquisa tentará elucidar o que se entende por precedente judicial, seu conceito, sua origem e evolução bem como sua aplicabilidade no sistema do *Common Law*, destacando alguns pontos em sua fonte no direito britânico bem como sua evolução e transformações no direito americano. A identificação do que se entende por precedente se faz mister, visto que sua aplicabilidade por outros ordenamentos não fora feito de forma igualitária quando referente ao ordenamento pátrio. Países como a Inglaterra já demonstrara características de aceitabilidade de uma repercussão geral em decisões unânimes, desde a formação do seu país como um Estado. Diferente do que é percebido nas mudanças trazidas pela Lei 13.105/2015, o tímido surgimento no sistema brasileiro também será destacado e da mesma maneira a sua incidência no Código de Processo Civil pátrio de 1973. A predominância do sistema romano de normas positivadas veio, ao longo dos tempos, sendo adaptada de modo a ceder espaço para inovações jurídicas que possuem o objetivo, dentre outros, buscar o respeito ao princípio da celeridade processual.

Por fim, o terceiro capítulo entrará no mérito de debater se a súmula vinculante pode ser apresentada como precedente judicial, em conformidade com o estipulado pela Constituição Federal/88, porém, sem fugir às origens que esse instituto apresenta em outros países. Uma vez realizada essa identificação, não há como descartar questionamentos que reportam ao princípio do livre convencimento do juiz monocrático. Defensores doutrinários da impossibilidade de aplicação do precedente judicial sem ocorrer restrição ao livre convencimento enfrentarão ideais formulados por outros pensadores que argumentam essa possibilidade.

Uma vez tendo a concepção do que a doutrina entende por precedente judicial, a pesquisa será finalizada com o capítulo IV buscando abordar pontos importantes desse assunto no novo Código de Processo Civil. Tentará também demonstrar as alterações do novo código na busca pela maior abrangência do que fora praticamente iniciado pela aplicação das súmulas vinculantes no país.

Sendo efetivado através da atuação do Supremo Tribunal Federal, o precedente vinculante no país ganhou maior destaque, sendo um marco em sua aplicação a partir da concepção da Carta Magna vigente. Logo, a obrigatoriedade dos Tribunais inferiores frente ao compromisso de seguir precedentes dos Tribunais superiores também fará parte da pesquisa deste capítulo, uma vez que será abordada a discussão das mudanças surgidas no novo CPC, de forma consciente que este regulamentou matéria prevista na Constituição Federal, de acordo com o que será apresentado.

Dentro do discurso da elevada demanda de processos em trâmite no país, o capítulo final apresentará justificativas ao uso dos precedentes judiciais no intuito de auxiliar a desobstrução dessas demandas no Poder Judiciário. A racionalidade dada à justiça como um serviço público que deve ser prestado com qualidade será aqui buscada, encerrando essa pesquisa dentro da linha de pensamento de que o aumento da eficácia judicial seria inevitável.

1 A TRADIÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NA LEI

1.1 Da subsunção do processo à Constituição

O ordenamento no país é regido dentro de uma concepção onde as leis são apresentadas em conformidade com sua estrutura de aplicação. Sem refutar a ideia da existência da autonomia dos segmentos jurídicos, traz de forma inegável essa percepção quando se trata da relação das normas em referência Constituição Federal. Métodos, prazos e assuntos individuais diferenciam os conteúdos tratados na regulamentação da sociedade através das normas. E isso ocorre de maneira que não se perca o entrelaçamento que, por vezes, justifica a aplicação de certos conceitos a casos trazidos para apreciação jurídica. Outrora, até certa dependência entre os tribunais poderá existir para que seja concluída a efetivação dessa apreciação.

Dentro do processo jurídico também não deixa de ser perceptível a íntima relação com os fundamentos constitucionais. O Direito Processual, como em várias outras ciências jurídicas, está vulnerável a ter sua regulamentação pelos princípios constitucionais que servirão de base para que a máquina processual tenha a sua efetividade aplicada através da atuação jurisdicional.

A aplicabilidade processual é realizada por um embasamento constitucional através de seus princípios de maior colocação. Enastrado pela relação entre os ordenamentos, a aplicabilidade processual é vista de tal forma que a efetividade da mesma se daria de forma conjunta, fortificando assim, as engrenagens de funcionamento do Direito Processual no Brasil. Logo, a Constituição brasileira apareceria como consagradora desses princípios, deixando claro o conjunto de normas processuais inseridas no seu texto (Câmara, 2014, p.42).

Nesse sentido, diversos doutrinadores adotam a postura por uma linha de pensamento sem diferença dessa relação estreita. Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 traz em seu perfil, diversos dispositivos principiológicos que induzem um estreitamento dos ramos jurídicos. Entre eles, cabível destacar a correlação do ordenamento processual civil com normas constitucionais que corroboram entre si, numa relação de harmonia e complementação.

A proximidade existente entre o Processo Civil e o Direito Constitucional no país se justifica não só pelo fato da soberania da Lei Maior se apresentar como

garantidora e norteadora dos demais ramos que seguem sua hegemonia. Essa relação também se justifica pelo fato de o Processo Civil regulamentar umas das funções soberanas do Estado, que é o ato de chamar pra si a responsabilidade da pacificação social dos litígios apresentados e levados a ele como forma de solução das controvérsias pelo papel de instrumentalização normativa (Theodoro Jr, 2014, p.5).

Esse vínculo, dado pela própria Constituição, entrelaça então o ramo processual ao constitucional de várias maneiras. Entre elas, é possível perceber quando o Poder Público fornece serviço gratuito de assistência judiciária aos que se declaram necessitados ou quando o Estado garante ao cidadão, uma vez constatado direito líquido e certo, a possibilidade de impetrar mandado de segurança.

Outra percepção cabe destaque na medida em que ocorra um abuso qualquer de direito na prática funcional do Poder Público e que torne viável uma demanda através do exercício do direito de petição. Exemplos esses são encontrados nos incisos do artigo 5º da CF/88 e que trazem a tona o reforço da ideia de que o instituto processual não possui um caráter de individualização egoísta nos assuntos que regulamentam.

Há quem vá mais longe nessa linha de pensamento e estreite ainda mais os dois institutos, defendendo um inovador ramo denominado de Direito Processual Constitucional. Adepto desse raciocínio, José Alfredo de Oliveira Baracho buscou essa fusão mostrando que, ao longo dos anos após a Constituição de 1988, a visão do sistema processual dentro de um Estado contemporâneo passou a assumir de forma cada vez mais convincente o papel de instrumentalidade prestado à própria Constituição, como maneira de difundir em sua aplicabilidade a respeito dos princípios constitucionais e seus preceitos.

Assim, alguns princípios processuais tomaram lugar valorativo de garantia e de direito fundamental por conta da importância e interpretação dada na maneira conjunta do olhar aplicado com o ordenamento constitucional (Baracho, 2008, p. 36).

Nesse entendimento, percebe-se a tendência analítica de Paulo Bonavides, ao citar o posicionamento sobre o assunto, que diz:

É de assinalar que, com a “publicização” do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e

apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestão: o Direito Processual Constitucional (BONAVIDES, 2011, p.125).

Dessa forma, as normas do Código de Processo Civil acabam por possuir defensores de que as mesmas formam uma estrutura instrumental constitucional com o objetivo de disciplinar os caminhos de alcance da tutela jurisdicional, possuindo embasamento na Carta Magna da qual fundamenta sua ramificação.

1.2 Breve colocação do conceito de normas, regras e princípios constitucionais

A terminologia 'princípio' possui sua origem na língua do latim sob a grafia de 'principium' e representa no dizer popular, um início, um começo, a origem de um fato ou alguma coisa. São premissas originárias que servem de base na inspiração para a criação do ordenamento de uma sociedade, dentro de um Direito Positivo (Bonavides, 2011, p.228).

Uma identificação que pode ser levada em consideração é a de que as regras são normas que possuem uma descrição instantânea e que apresentam uma função decisória. Já os princípios possuem um intuito de complementação, sendo normas que geram uma prospecção com um fim em si mesmo. É nos dizeres de Humberto Ávila, que esclarece:

As regras são as normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção (ÁVILA, 2011, p.78).

São de vários debates doutrinários que se vem buscando uma análise dos princípios. Constata-se que estes são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, se comparados a outras normas de cunho menos específico. A terminologia 'princípio' pode levar o pesquisador a erro, sendo antiga a questão entre os juristas no tocante aos princípios serem ou não considerados como normas.

Na verdade, o que é perceptível, é que os princípios são normas em si mesmas, como todas as demais. Devido ao fato de considerá-los oriundos através de uma generalização sucessiva, ocasiona o pensamento de que são assim, consideradas normas também por si mesmas. Não haveria como extrair de uma norma, um princípio. Ou de um princípio, extrair-se uma norma.

Em outra percepção, atenta-se para o fato da função a que se busca a adoção dos princípios, pois estes possuem o mesmo objetivo que é cumprido por todas as normas, qual seja, o de regular um caso em lide, servindo para uma mesma finalidade a que servem as normas expressas (Bobbio, 1996, p. 159).

Na prática, princípios e regras são considerados pela doutrina conservadora, como um tipo de norma, de maneira que a diferença entre eles pressupõe a diferença entre dois tipos de norma. A regra é estipulada quando conveniente de aplicação a uma lide específica. No caso dos princípios, diferentemente, seriam genéricos, pois caberia uma infundável possibilidades de sua aplicação prática.

Dessa maneira, os princípios seriam o objeto central do ordenamento jurídico. Eles representariam tópicos de valores primordiais na sociedade que o considera. Os princípios possuiriam também, nos dias atuais, a sua principal característica como sendo a normatividade. Isso devido ao fato da teoria constitucional moderna assim considerá-los como um tipo de gênero da norma jurídica, paralelamente das regras jurídicas.

Por seu berço, os princípios não possuem o patamar de serem jurídicos, tendo conotação de simples normas programáticas, com caráter político e, assim, sem vinculação, demonstrando uma abrangência ética-valorativa dentro da justiça e que provêm de uma fonte superior fundamentada numa vontade divina e, só posteriormente, numa natureza humana (Leal, 2003, p. 72).

Há também o pensamento de que trata como delicada a forma de se pensar na norma com a conotação a que é dada a lei. A defesa da ideia de que uma atividade, para ser desenvolvida em sua plenitude, precisa necessariamente possuir um procedimento normativo que a anteceda, visa a garantir a função a que se tem como determinada.

Assim é a norma trazida em um sentido *latu sensu*. A norma jurídica é um fenômeno complexo, possuindo várias maneiras de se manifestar, principalmente se for pela tentativa de vocábulos que expressem mandamentos imperativos.

Logo, o magistrado ou o operador do direito, precisa identificar o que vem a ser a norma e o princípio no ordenamento jurídico, daqueles dispositivos que não pertencem ao sistema, visto ter na sociedade infundáveis regramentos a respeito das delimitações da sociedade, mesmo que não pertencentes ao controle direto do Judiciário. Maria Elizabeth de Castro Lopes explica que:

Como podemos observar, a norma jurídica é um fenômeno complexo, que possui diversas formas de manifestação, especialmente a expressa por meio de palavras que seja de modo a proibir, permitir, obrigar, dificultar, vetar, etc. Além disso, devemos atentar para o fato de a norma jurídica carregar dentro de si não somente a descrição da ação e a sanção, mas também, por vezes, as condições que envolvem as ações e suas conseqüências.

Portanto, resta ao jurista a identificação da norma jurídica em face das outras normas existentes no universo não jurídico, isso quer dizer que no mundo em que vivemos há uma infinidade de normas aplicáveis ao ser humano, porém não pertencentes à esfera jurídica. Todavia, não podemos esquecer que a norma jurídica tem caráter genérico e universal, ou seja, deve ser aplicada a todos os que a ela são subordinados (LOPES, 2006, p.26).

A primeira fundamentação válida no Estado jurídico brasileiro pode ser considerada como um dos princípios constitucionais, pois além de vários desses princípios regulamentarem as relações jurídicas, também regulamentam o sistema jurídico como um todo. E isso se dá como forma de organização da sociedade, que na verdade, é o foco de atenção primordial da formação do sistema. Com isso, os princípios também são identificados como aqueles que orientam a criação e regulamentação de todas as outras regras jurídicas, até mesmo ajudando a interpretar várias normas constitucionais.

Em se tratando de situações onde seja identificado mais de um sentido equivalente a um determinado princípio, a busca pela interpretação ideal deve ser feita com aquele princípio que melhor se aproximar com aquilo que esteja sendo analisado. Dentro do sistema normativo, os princípios constitucionais são os pontos de maior relevância já que servem de base para a construção do ordenamento jurídico como um todo. O edifício jurídico, portanto, é construído sob a estrutura e coesão dos princípios constitucionais (Nunes, 2002, p. 37).

É nos dizeres de Canotilho que fica possível observar que:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios

não proíbem, permitem ou exigem algo em termo de 'tudo ou nada'; impõe otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', "fática ou jurídica" (ESPINDOLA *apud* CANOTILHO, 2002, p.197).

1.3 A identificação constitucional do princípio da motivação

Uma vez debatido sobre a estreita relação entre a Constituição e ordenamento processual, cabe apontar alguns princípios basilares que possuem aplicação imediata na instrumentalização do processo. Sendo um deles o princípio da motivação, este é identificado na Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX. De acordo com este ordenamento, os julgados do Judiciário deverão atender a publicidade, como também precisam possuir fundamentação em suas decisões, sob pena dessa não observância gerar a nulidade do que fora decidido (Brasil, 2014, p.82).

Nesse sentido, entrava em concordância o Código de Processo Civil de 1973, uma vez que em seu artigo 458 estava estipulado como requisito essencial da sentença a presença dos fundamentos, pelos quais o juiz prestaria sua análise das questões de fato e de direito que porventura a parte apresentasse.

Seguindo a hermenêutica do antigo CPC, era perceptível que não apenas a sentença e o acórdão precisavam possuir fundamentação. Eram, na verdade, todos os julgados de forma geral, feitos por um juiz. Logo, uma decisão interlocutória ou um deferimento de pedido de medida cautelar não fugiam a essa regra, visto existir uma orientação oriunda da Constituição no sentido de regularização do Judiciário.

Nota-se dessa orientação então, que toda decisão judicial precisava ter sua fundamentação de forma que autor e réu compreendessem a justificativa e o embasamento que o magistrado concluiu dos argumentos trazidos à justiça pelas partes, tendo a possibilidade de uma segunda avaliação da causa em grau recursal da matéria a que uma das partes viesse a discordar, conforme garantido pela Constituição.

Porém, cabe aqui elucidar o que alguns doutrinadores entendem pelo sentido dado ao princípio da motivação.

Entende-se por motivação os argumentos trazidos para uma fundamentação justificada, feita pelo juiz na análise de uma demanda, onde o mesmo adequa o caso

concreto a uma norma a ser aplicada, de modo a se obter uma finalização de raciocínio do discurso.

Como função peculiar do juiz, este deve deixar claro o pensamento linear a que sucedeu com o intuito de conseguir ser o mais verossímil possível às partes, comprovando conhecimento e embasamento sobre as decisões e justificativas legais elucidadas, firmando o alicerce em que sua decisão será construída.

Assim, percebe-se que o princípio da motivação orienta que o magistrado tem o dever de apresentar as razões que o convenceram a decidir de uma forma ou de outra. A motivação, no Estado de Direito, é uma obrigação referente à suas funções em relação aos seus cidadãos abrangidos, que possuem o direito a ter uma satisfação fundamentada e com a exposição dos motivos que levaram a tal entendimento.

Sem a justificação dos motivos torna-se inviável administrar, contrabalancear ou tomar como medida corretiva sobre os argumentos a que o magistrado se convenceu. Por isso, é de suma importância que os fatos sejam bem esclarecidos, da mesma forma como as conclusões fundamentadas da sentença, acórdão ou qualquer que seja a decisão.

A ausência da motivação no corpo da decisão deixa esta com conotação arbitrária, insinuando um abuso do poder de decidir devido ao fato de ficar com uma difícil constatação a efetividade de se ter um controle jurídico, pois com a motivação apresentada é que se irá sopesar o julgamento realizado pelo magistrado.

Logo, esse ordenamento, estipulado pela Constituição Federal/88 no artigo 93, inciso IX, é uma estipulação que a Carta Magna traz como regra, no intuito de deixar de forma coercitiva que as decisões proferidas pelo judiciário serão passíveis de nulidade, caso o princípio da motivação não sege observado, conforme visto. Isso se deve por conta da preocupação de proteger o interesse das partes e, em segundo lugar, proteger um interesse público, conforme será apresentado.

Mesmo que a motivação esteja ligada diretamente ao interesse particular das partes, ela também não deixa de ser um instituto de interesse público. Uma decisão motivada envolve outros objetivos na intenção de sua aplicação e deixa comprovado a segurança jurídica da decisão ao constatar a imparcialidade do magistrado demonstrada nos argumentos expostos na decisão.

A motivação das decisões também é identificada como aquela emanção do magistrado que visa dar uma justificação política no que fora decidido. Isso ocorre,

de maneira que seja possível considerar a existência ao respeito de conotação constitucional da decisão, esta precisa estar subordinada a algum tipo de controle dado pelo cidadão, pelo judiciário ou das próprias partes. E esse controle só o é alcançado no momento em que a fundamentação estiver exposta para análise.

É possível buscar na doutrina uma observação discutida que se refere àquelas decisões proferidas onde o princípio da motivação é apresentado de forma camuflada. O juiz simplesmente dizer que indefere uma ação por estarem ausentes os pressupostos legais ou justificar um indeferimento por falta de aparato normativo, como popularmente é visto nos dias forenses, não é justificável como decisão motivada, não possuindo respaldo suficiente de consideração de estarem fundamentadas.

Seria este um comportamento incompatível com a função jurisdicional que se espera dessa atividade exercida pelo Estado quando a repetição de decisões emanadas são realizadas de uma maneira mecânica e artificial, estando sujeito a se ver com parcialidade no assunto decidido e claramente tendo seu pensamento a respeito da matéria, inconstitucional.

Decisão com motivação incompleta ou mal feita é, para o autor, ausência de fundamentação. Isso torna o contexto da decisão inconstitucional e sem legitimidade, pois tanto uma decisão sem motivação ou com motivação mal feita, torna inviável a fundamentação para uma análise em segunda instância que a parte insatisfeita queira interpor, prejudicando assim o princípio do contraditório.

Uma vez causado um prejuízo para uma adequada justificativa à um grau recursal, há também a iminência de impossibilitar uma análise da decisão quanto a sua legalidade e legitimidade em conformidade com o posicionamento do magistrado, impedindo até mesmo o exercício do controle difuso da atividade jurisdicional. Por isso, o posicionamento doutrinário e jurídico de considerar a nulidade das decisões assim proferidas.

Dessa forma, torna perceptível que a presença de fundamentação e motivação nas decisões não significa que as mesmas devam ser extensas e exaustivas. Defendendo o dispositivo trazido pelo artigo 458, inciso II do anterior Código de Processo Civil, Alexandre Câmara explica que as sentenças, inclusive as de caráter terminativas e as de cunho interlocutório devem ter sua fundamentação de maneira concisa. Seria dispensável ao magistrado que ao expor o texto em que iria posicionar suas alegações de cunho decisório, que grandes delongas

argumentativas fossem feitas. A lei exigia que existisse uma fundamentação adequada mesmo que não extensa, quando fosse cabível (Câmara, 2014, p.66).

1.4 Historicidade do livre convencimento motivado no ordenamento brasileiro

Desde os primórdios da Idade Média, a maneira que uma prova era analisada ou que a própria decisão do juiz era emanada, trazia a conotação de insegurança devido à forma que a mesma era realizada. A falta de respaldo legal era comum e a ausência de fundamentação também era facilmente perceptível. A intuição do julgador valia em grande peso para a resolução da decisão, o que tornava a justificativa das decisões sem nem ao menos ter um embasamento nas provas apresentadas no processo.

Logo, comum era ver a prática do livre convencimento ocorrer numa decisão tomada pela lógica racional pessoal do magistrado, uma vez que o mesmo não possuía a obrigatoriedade ou também algum tipo de força coercitiva normativa que o orientasse a seguir plenamente o que era apresentado no processo.

Tem-se que só a partir do direito canônico é que se teve o discernimento de que esse tipo de falta de controle ou parâmetro na maneira de expressar o livre convencimento nas decisões de um processo, além de trazer um poder perigoso ao juiz, gerava uma insegurança no direito subjetivo.

Durante a transição da Idade Média para a Moderna é que fora dado à conotação nos ordenamentos legislativos de que os juízes precisariam tomar como embasamento de suas decisões, as provas apresentadas no processo. Sua convicção e convencimento, a partir daí, teriam critérios legais para serem explanados, formando o chamado 'critério de prova legal', que perdurou até valer para o Brasil o que fora implantado pelas Ordenações do Reino de Portugal (Greco Filho, 2010, p. 29).

No Brasil, a percepção de dispositivo legal referente a decisões justificadas com base no ordenamento jurídico é dada à tempos atrás. Mesmo com a independência do país, várias foram as leis processuais que continuaram com sua validade, mesmo provindo estas com embasamento das normas de Portugal.

A partir do momento que o ordenamento fosse necessário, porém não afrontasse o estado de soberania do país, a mesma continuaria em vigor em seus efeitos.

Antonio Pereira Gaio Jr. ensina que “o processo das causas comerciais foi a primeira manifestação significativa de autonomia legislativa no campo do Processo Civil Brasileiro e se deu com a publicação do Regulamento 737” (Gaio Jr., 2013, p. 14).

Após a Proclamação da República, o regulamento passou a ter a maioria de seu conteúdo vigorando também nas causas cíveis, uma vez que o mesmo fora criado para o atendimento às causas comerciais. Este regimento prevaleceu até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 que, juntamente com as Ordenações do Reino que serviam de base para a normatização, formaram o corpo processual civil do país.

1.4.1 Do princípio do livre convencimento motivado no CPC de 1939

Conforme aludido, o Código de Processo Civil que começou a vigorar no país teve sua base e fundamentação no Regulamento 737, que posteriormente veio a ser consolidado como instituto autônomo com corpo próprio em 1939. Tanto as ordenações portuguesas como o Regulamento 737 trouxeram no ordenamento brasileiro a funcionabilidade jurídica normatizada, como também, uma atualização da maneira de se administrar a justiça e a prática forense, através da observação das tradições e das tendências específicas no processo (Gaio Jr, 2013, p.14).

Dessa forma, nesse primeiro ordenamento do CPC, podia ser observado no artigo 118 do Código, a especificação do princípio do livre convencimento, como forma de estar disciplinado no ordenamento. A norma era apresentada da seguinte forma:

Artigo 118: Na apreciação da prova o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e as circunstâncias constantes dos autos, ainda não alegado pelas partes, Mas, quando a lei considera determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único: o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento (último acesso em 03 de agosto de 2015. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)

Percebe-se uma forma não tão universal na estipulação pelo Código da regulamentação do princípio. Algumas formalidades consideradas essenciais à época bem como certas presunções acabaram por serem excluídas da órbita processual relativa ao livre convencimento, como no tocante as provas, por exemplo.

Logo, o magistrado não poderia considerar válido um ato de última vontade consolidado em um testamento, por exemplo, se este não estivesse especificamente de acordo com a norma legal ou com o número de testemunhas que a mesma estipulava para que o ato pudesse estar de acordo com a lei (Fernandes, 1962, p. 96).

O autor também explica que o instituto do livre convencimento não se tratava de uma inovação no ordenamento. Segundo ele, mesmo sendo algo especificamente diferente no Código e de olhar contemporâneo à época por ser um dos ícones de renovação no ordenamento processual brasileiro, o mesmo já era perceptível anteriormente ao ato de se fazer como lei.

De uma maneira aleatória dentro do ordenamento, é perceptível o que ocorrera antes da promulgação do ordenamento processual. Pegando como exemplo os crimes de competência do chamado 'Tribunal de Segurança Nacional', o autor exemplifica que este já continha a especificação do princípio de maneira que o mesmo estivera assentado nos crimes de sua competência.

O autor relata ter a percepção do dispositivo do princípio do livre convencimento do juiz na Lei de Falência, sendo visto que o mesmo estava relatado, também, no Código de Processo da Bahia, quando este ordenamento afirmava que o magistrado deveria julgar dentro do que a demanda fora proposta para análise e seguindo sua própria convicção, formada pela constatação minuciosa das provas apresentadas no processo bem como pela união de todos os atos que eram praticados

Logo, é notório, que o ingresso específico do princípio do livre convencimento do juiz no ordenamento brasileiro teve um ponto de partida através do artigo 118 do CPC de 1939, porém, já era de conhecimento do mundo jurídico visto que outros dispositivos de lei já o consagravam.

Ainda assim, antes mesmo de sua consagração, a aceitação pela jurisprudência era pacificada, de forma a colaborar que o princípio fosse normatizado no instituto processual, visto que vários outros países do continente europeu já aplicavam o princípio do livre convencimento, possuindo o Brasil estreita

relação jurídica-ideológica com estes Estados, de forma que não poderia excluir a concepção de tal dispositivo.

Constata-se que na própria exposição de motivos do Código Processual de 1939 que o projeto de lei não mais consagrou o que na época era especificado de 'certeza legal'. Fica então, atribuído ao juiz, a opção da iniciativa da produção de provas complementares bem como as chamadas provas supletivas. O Código também trazia a convicção de não mais atender as afirmativas de restrição da lei civil no tocante a liberdade do juiz para apreciar e emanar a decisão pelo seu convencimento, salvo em assuntos quanto ao estado das pessoas.

Sem prejuízo, também não estipulou uma hierarquia de provas. Na livre apreciação destas, o juiz analisava de forma honesta e leal, formando a sua convicção. Mesmo em situações onde um acusado formalizasse uma confissão de um crime, por exemplo, o magistrado não tornaria o processo findo considerando a declaração como uma prova plena de sua culpabilidade. A apreciação de todo o conteúdo probatório do processo seria necessário, porém, nunca de modo a caracterizar o livre convencimento um capricho do juiz, sem que o mesmo procedesse sem a motivação de sua decisão (Fernandes, 1962, p.98).

Conforme elucidado, a garantia da fundamentação das decisões vem a ser um direito constitucional previsto pela Carta Magna. Antes da Constituição de 1988, outros ordenamentos também já estipulavam a coerência por esse dispositivo. Algumas Cartas européias, por exemplo, previam esse direito como norma fundamental, no intuito de assegurar a busca pelo processo justo também em seus países. A correlação com o princípio do contraditório e com o da ampla defesa também podia ser perceptível a partir do momento em que se avançava no embasamento, de forma a trazer essa ligação até os dias de hoje.

De acordo com Vicente Greco a complementação do raciocínio é feita a partir do fato de que:

Fora do capítulo próprio, mas também garantia básica da administração da justiça, está consignada no art. 93, IX, a garantia da fundamentação das decisões. A norma já era expressa em algumas outras Constituições, como a italiana e a norma fundamental portuguesa. Tem ela por finalidade assegurar precipuamente duas coisas: a coerência lógica da decisão, quer no plano fático, quer no plano jurídico, mas principalmente assegurar que a decisão tenha sido tomada com base em elementos contidos nos autos, os quais passaram pelo crivo do contraditório. Se o juiz pudesse decidir por convicção íntima, ficariam aniquilados o princípio do contraditório e da

ampla defesa, entendendo-se esta, não só no processo penal, mas também no conflito de interesse civil. O júri decide por convicção íntima, o que só se justifica em virtude de sua soberania e da possibilidade de se fazer um julgamento social, independentemente dos fatos e da legalidade. (Greco Filho, 2010, p.72).

Nesse sentido, é dado destaque para a análise feita pelos magistrados de segunda instância, quando ressalta que os Tribunais também não julgavam, conforme era possível notar corriqueiramente, pela impressão pessoal do próprio juiz, mas sim, pelas provas trazidas aos autos, examinadas, avaliadas, pesadas e apreciadas por toda aquela corte.

Os quesitos a serem analisados no processo bem como o esclarecimento que as partes prestam para todo o trâmite são os mesmos que o Tribunal, com sua turma colegiada, iram apreciar para decidir sobre a questão, e que já fora uma vez também analisada por um juiz de primeira instância, sendo a confissão, documentos ou o relato testemunhal, por exemplo.

Mesmo se após realizadas as provas necessárias, os juízes resolvessem de comum acordo com o que estivesse estipulado na letra da lei, em pouca coisa mudaria na concepção do estatuto. O próprio recurso simplesmente entregaria ao Tribunal o que fora produzido em primeira instância, estando o livre convencimento do magistrado também digno de observação, pois este estaria incluído no conjunto do livre convencimento da magistratura (Castiglione, 1962, p.236).

1.4.2 Do princípio do livre convencimento motivado no CPC de 1973

O artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu ordenamento a estipulação dos requisitos essenciais que uma sentença deveria conter. Estipulava o artigo que seriam estes o *relatório*, o *fundamento* e o *dispositivo* (Brasil, 2014, p.611).

Os fundamentos da decisão também são conhecidos como *motivação*, e é a fração da decisão onde o magistrado expõe a conclusão do que entendeu a respeito do pedido das partes que compõe o litígio. Aqui as questões de fato e de direito são expostas pelo magistrado, de maneira clara a que o juiz está ciente da pretensão de um direito a que se discute; é o momento também em que o julgador deixa evidente sobre a pertinência ou não, como certo ou incerto das razões alegadas pelas partes.

É dentro da fundamentação da sentença que o magistrado explica as razões de fato e de direito que lhe construíram seu entendimento, estuda o que aconteceu pelo relato inicial e contraposto das partes, bem como documentos apresentados, entre outros, para a devida formação de seu convencimento sobre a ação ajuizada. O embasamento do porque da decisão do juiz estar numa determinada linha de raciocínio, é aqui perceptível (Carreira Alvim, 2011, p.122).

Seguindo a mesma linha de raciocínio doutrinária, existe a ideia sobre o princípio da persuasão racional do juiz, onde esse princípio regulamenta a avaliação das provas que constam nos autos, demonstrando que o magistrado deve formular livremente seu entendimento a respeito do que entendeu de conclusão da demanda. É enquadrada a ideologia desse princípio entre dois sistemas, a saber, o da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam* (Grinover, 2011, p.117).

De acordo com o CPC/73, era estipulado que:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (BRASIL, 2014, P. 564).

De grande valia, fica pertinente ressaltar que o *secundum conscientiam*, em sintonia com o princípio do livre convencimento, era ser usado na argumentação da decisão do magistrado, de forma que o mesmo tivesse a possibilidade de decidir em conformidade e embasamento com aquilo que fora apresentado aos autos. Porém, nada impedia também que seu convencimento fosse tomado por motivação que não fora trazida no processo, ou mesmo, vindo a ser tomado por motivo totalmente contrário ao que fora apresentado.

De certo que, ao usar esse tipo de aparato na sentença, como dito anteriormente, não poderia ser de forma arbitrária pelo simples fato da vontade do magistrado. Nesses casos, deveria, obrigatoriamente, possuir fundamentação legal, com aparato normativo, de maneira que não agredisse a justificativa da qual o princípio valesse de sua existência.

Nessa linha de raciocínio, o princípio do livre convencimento teria sua fonte também na busca da verdade real, o que seria feito por necessário à sua efetivação. A legalidade e a necessidade fazem parte do papel do magistrado e precisam vir acompanhadas de sua iniciativa na busca de provas, sendo este parte integrante de

suas prerrogativas funcionais, obtendo, assim, a realização da justiça (Mendes, 2010, p. 18).

Sobre a conotação de sua abrangência, Regina Mendes elucida que o princípio do livre convencimento supera a conceituação de que seja restrito a uma interpretação do respeito de um dispositivo constitucional principiológico. O estudo que a autora traz faz referência à autonomia que a lei, através do Código Processual de 1973 outorgou aos juízes para formação de seu convencimento. Nesse sentido, a autora defende a ideia de que:

A análise do discurso do texto doutrinário relativo a este princípio revela que a nossa lei processual outorga ao juiz tão amplos poderes de decisão no processo que este pode inclusive dispensar os ensinamentos dos doutrinadores para decidir. Sendo assim, inarredável a conclusão de que as decisões não são baseadas no saber, mas no poder.

A esta supremacia do julgador estão associadas outras categorias que a complementam tais como a de “*justiça*”, a de “*verdade real*” ou “*verdade dos fatos*”, a de “*iniciativa probatória do juiz*”, assim como a de “*imparcialidade*”, cuja análise das articulações mais recorrentes e relevantes passo a expor (TEIXEIRA MENDES, 2010, p.79).

Sem confirmar tamanha autonomia na forma de julgar através do livre convencimento, Arruda Alvim estipula limite no uso de tal princípio. Para o autor, a possibilidade de o magistrado ir buscar provas até mesmo fora daquelas apresentadas no processo, requer certa cautela. Isto se deve ao fato de que tal prerrogativa deverá ser usada de forma subsidiária, nunca sendo usada com a intenção de suprir uma inércia da parte. A regra referente à apresentação do ônus da prova também precisa ser respeitada na aplicação do livre convencimento do juiz (Alvim, 2005, p.198).

Dessa forma, pelo estudo até aqui apresentado, é que será feita a análise de como que a motivação dada à emanção da decisão de uma tutela jurisdicional é feita, estando em conformidade com o texto constitucional, trazendo o debate se este vem a ser um direito fundamental ou não, devido ao fato de sua previsibilidade na Carta Magna.

Indispensável também a abordagem do livre convencimento motivado na lei com base nas ideias vistas nesse capítulo, buscando trazer uma “descortinação” no tocante ao princípio do livre convencimento sendo aplicado dentro do instituto da motivação, ser ou não um direito fundamental, como será abordado adiante.

2 DA IDEIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO UMA EXIGÊNCIA DA LÓGICA HERMENÊUTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Da conceituação de direito fundamental

Muito é enfrentado pela doutrina sobre a importância da motivação das decisões judiciais como sendo um direito ímpar a que as partes possuem na finalização de um julgado. E dentro desse pensamento, caberia uma indagação a respeito da consideração de ser ou não a fundamentação usada na aplicação do princípio do dispositivo, um direito fundamental exigível pelas partes. Logo, de forma sucinta, é válido elucidar o que pode ser considerado como direito fundamental.

Realizar a busca dessa conceituação na doutrina não é algo simples ou de pronto, objetivo. A gama de direitos que abrangem a conotação de indispensabilidade dada ao homem é vasta e, por vezes, não satisfaz o contexto social que se analisa.

Direitos fundamentais podem ser expressos em direitos sociais, políticos, econômicos, culturais e humanitários numa sociedade e fazem referência a uma vivência decente dos seres humanos.

O respeito a esses direitos tem a obrigação de ser observado acima de qualquer hipótese de modo a evitar tragédias históricas que já foram vistas em um contexto nacional e internacional, precavendo, dessa forma, a ocorrência de um desrespeito à dignidade do homem (Lima, 2004, p.7).

Dentro de um positivismo jurídico de âmbito constitucional, os limites externos do trabalho legislativo dentro do Direito quando exercido numa formatação discricionária, já pode ser percebido que eram impostos pela aplicação dos direitos fundamentais (Mello, 2004, p. 125).

2.2 A ideologia dada à nomenclatura

É passível de controvérsia quando se efetiva a busca de definir o que ou quais seriam os direitos fundamentais. Possuindo referências como *direitos do homem*, *direitos humanos* e até mesmo como *direitos da humanidade*, alguns autores tratam do assunto como sendo um direito distinto a essas referências.

Melina Fachin explica que a identificação pode ser dada através da abrangência geográfica que esses direitos atuam. É nos seus dizeres:

Em geral, a doutrina distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais tendo em consideração o alcance geográfico destes. Ou seja, a expressão *direitos humanos* é geralmente inserida no plano internacional, e *direitos fundamentais* é terminologia predileta no plano constitucional interno. Por sua vez, o emprego da locução *direitos do homem* suscitá, quiçá, menos indagações, uma vez que é refutada tomando em consideração sua base jusnaturalista (FACHIN, 2007, p. 58).

Assim, é comum ver, num primeiro plano, a definição de direitos fundamentais como aqueles considerados basilares a qualquer ser humano, indiferente das características pessoais a que estes se encontrem submetidos. E analisá-los numa sociedade específica torna a identificação mais plausível dentro daquela ordem jurídica, visto a generalização universal induzir o analítico ao erro, pois toma-se de exemplo que a igualdade entre os sexos é considerada, pela Constituição Federal brasileira, como um direito fundamental, o que já não seria possível nos Estados de crença muçulmana.

A idéia de que o direito fundamental é algo nato nos países democráticos tende a ser peculiar no sentido de que o governo, figura essa representante do povo, está intimamente ligado com limitação de poder, sendo este um dos objetivos de um direito fundamental estar previsto em um ordenamento estatal. É o povo elegendo aqueles que irão lhe representar, e estes eleitos, por sua vez, direcionando o desenvolvimento da nação.

Pois bem. Mesmo que todo poder emane do povo através de seus representantes, e em função dele deva ser exercido, não será de forma absoluta. A proteção do cidadão para com o outro cidadão bem como desse cidadão frente ao próprio Estado é indispensável, possuindo os direitos fundamentais um papel de resguardar os direitos e garantias individuais de cada um.

É nos dizeres de Canotilho que consubstancia-se a ideia de que:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a

evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (1993, *apud* MORAES, 2011, p. 33).

Também pode-se considerar que a definição dessa nomenclatura, na verdade, só aumenta através dos tempos, visto não ser possível a correspondência com um comando unitário desse direito. O autor explica que tanto o aumento quanto a mudança que os direitos fundamentais do homem sofrem é o que acaba por ocasionar a dificuldade de se conseguir um conceito padronizado e objetivo sobre esses direitos, visto que na concepção contemporânea dos denominados direitos humanos fundamentais, sua origem foi gerada tendo como ponto de partida várias fontes, desde a harmonia dos ideais filósofo-jurídicos, até os ideais provindos do cristianismo.

A conceituação através da expressão 'direitos individuais', por exemplo, não configura ser de forma satisfatória de modo a considerá-la representante do gênero "direitos fundamentais", pois como a própria expressão indica, a individualidade desse direito iria restringir os demais ao campo da liberdade e direitos civis. Da mesma forma a expressão 'direitos subjetivos públicos' traz uma conotação do uso do direito segundo a percepção de um suposto titular desse direito, o que iria de encontro com o uso inalienável e irrenunciável, característicos desses direitos (Silva, 2009, pp. 175, 176 e 181).

É perceptível que algumas doutrinas estão buscando o fim da diversidade ideológica que o conceito e a identificação possuem, bem como em sua ambigüidade e falta de entendimento em comum no que se refere ao âmbito terminológico e conceitual, evitando a utilização através de expressões genéricas como *direitos individuais*, *direitos subjetivos públicos* ou *liberdades públicas*. E mesmo que essas denominações não consigam suprir o conjunto de ideias que abarcam a busca terminológica desse conceito, elas não excluem, como também não tornam por assim dizer, incompatível a terminologia. O que ocorre é a limitação da aplicação do que se considera como sendo esses direitos devido ao fato da abrangência de sua esfera de alcance.

Assim, também é possível considerar que o *direito fundamental*, de acordo com a doutrina constitucional contemporânea, pode ser identificado como aquele vinculado ao próprio Direito Constitucional de determinado país, sendo o reconhecimento de tais direitos de caráter fundamental, essencial e irrenunciável, o

que o torna pilar primordial no reconhecimento e exigência da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2009a, pp. 28 e 34, 2009b, p. 23).

Já para Marcus Bittencourt (2007, p. 58), essa declaração pura e simplesmente de que esse ou aquele direito poderia ser considerado como fundamental não supre o necessário para sua identificação e confirmação de sua existência, uma vez o conteúdo desse direito poderia ser debatido e ter seu cerne violado. E defende que no ordenamento, a necessidade de se instituir mecanismos que assegurem a aplicação desses direitos, é fator indispensável para a devida aplicação.

O autor defende outra maneira usada pela doutrina para identificação e conceituação dada aos direitos fundamentais é feita através do apontamento do que não é direito fundamental. Tradicionalmente, a doutrina separa esses dois institutos, o que ajuda na identificação de ambos, uma vez que a Constituição brasileira não os filtra em seu artigo 5º.

Assim, uma identificação dada à ideologia de '*direito fundamental*' também é válida quando demonstrado que esses direitos possuem um conteúdo que expressem a possibilidade de se aplicar ou não determinados atos.

Em contrapartida, as garantias fundamentais poderiam ser identificadas como dispositivos legais que, ao serem efetivados, seriam dados a determinados direitos as condições necessárias à proteção de sua efetivação. Porém, não descarta a ideia de que os direitos fundamentais estejam relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual o homem não pode ter abstenção de seu desenvolvimento como ser humano, sempre possuindo condições para essa realização.

2.3 Das gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais

Cabe destacar nessa pesquisa uma relação à conceituação dos direitos humanos e fundamentais existente na doutrina no que tange as fases históricas das quais esse direito passou, e passa até os dias atuais.

Noberto Bobbio desenvolve essa ideologia, em seus dizeres:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de

liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer de novos valores – , como os do bem estar e da igualdade não apenas forma, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou por *meio* do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32).

Assim, o autor fala sobre a teoria dos direitos humanos tendo como ponto de partida as fases do direito na humanidade que denominou de ‘geração’.

Aqueles denominados direitos fundamentais do homem, então, foram classificados como sendo os direitos de primeira geração, originando-se do combate contra a arbitrariedade e o absolutismo dos governos. Esses direitos buscavam coibir a atuação que o Estado tinha face aos seus cidadãos quando houvesse o risco de agredir a integridade à vida, igualdade ou a liberdade.

A luta travada pela classe operária no século XIX trouxe grande conquista que tornou possível o surgimento da exigência ao chamado por Bobbio de direito de segunda geração. A ideia era de que o Estado não deveria ficar mais limitado a inércia e abstenção de atos lesivos aos direitos humanos de seus cidadãos. Aqui, o Estado também teria a obrigação de proteger e criar oportunidade da efetividade dos direitos humanos fundamentais na vida das pessoas de forma digna, através do trabalho, moradia, educação e saúde, por exemplo.

Dessa forma, de início pode-se perceber que os direitos de primeira geração são identificados através daqueles que impõe um limite ao Estado (denominados como direitos negativos) e já os direitos de segunda geração são perceptíveis quando estes proclamam uma pró-atividade estatal para que os mesmos sejam garantidos na sua aplicação (direito positivo).

Uma terceira geração de direitos fundamentais, declarados de forma universal, ocorre em meados do século XX, buscando a manutenção da vida social bem como a qualidade do meio ambiente da sociedade. A harmonia da vida em conjunto torna-se uma necessidade de atenção por esses direitos. Relações consumeristas e de preservação do meio ambiente tornam-se pauta de debates e busca pela sua efetivação.

Assim, é iniciado o desenvolvimento de uma teoria em volta da historicidade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos na ideia de que as gerações de

direitos percebidas nesse contexto possuem uma origem sucessiva um do outro, numa simetria de complementação contínua. À medida que exista um avanço moral e social, os cidadãos ficam inseridos num conjunto de ordenamentos incessantes que aderem a uma característica de crescente desenvolvimento. E as notórias revoluções históricas podem ser vistas como ponto de partida dos desafios e mudanças ocorridas para aquilo que é considerado como componente formador do conceito de dignidade da pessoa humana, ocasionando, assim, a possibilidade da consideração de novas gerações de direitos com o intuito de resguardar diversas dimensões do que se considera como sendo dignidade da pessoa humana (Bobbio, p.35).

E uma quarta geração de direitos fundamentais é posta em evidência quando ocorre a defesa de que o elemento político é colocado em ligação com a vida, como, por exemplo, a discussão a respeito da bioética e a conservação e aprimoramento da genética considerada como um elemento patrimonial (Bobbio, p.36).

Assim, a doutrina acompanha em um primeiro momento o pensamento de Bobbio no sentido de elencar os direitos fundamentais em gerações tendo, então, a primeira geração o rol dos direitos à liberdade, à expressão, à locomoção e a vida, que ganharam destaque de reivindicação a partir do séc. XII e foram requisitados até meados do séc. XIX.

A segunda geração percebe-se que sua constituição é composta pelos direitos sociais, culturais, econômicos e algumas ramificações do direito à igualdade, inspirados na Revolução Industrial que ocorrera na Europa (através da Constituição de Weimar e o Tratado de Versalhes).

A terceira geração seria além dos direitos elencados através de uma harmonia social promovendo a paz ou a proteção do consumidor, também a qualidade de vida saudável e a proteção ao meio ambiente.

A quarta geração, abrangendo numa ampla concepção, como dito, direitos ao patrimônio genético, consideração esta levada em conta pela globalização política e o movimento evolutivo da informação.

Já Paulo Bonavides (Bonavides, 2008, p.85), atribuindo a Karel Vazak o pioneirismo da apresentação doutrinária ao assunto que diz respeito às gerações dos direitos fundamentais, já defende uma quinta geração desses direitos, sendo este uma ramificação de um direito específico provindo da terceira geração.

Dessa forma explica que, ao Vazak classificá-lo dentro dos direitos de terceira geração, este se soma aos demais direitos desta classe, se sobrepondo na busca pelo desenvolvimento entre todos. Isso colocaria o direito a paz em um patamar de destaque, o que o tornaria detentor de uma maior relevância perante os demais direitos da terceira geração. E traz sua justificativa por ser o direito a paz um elemento idôneo dentro de sua geração tanto quanto fora o direito a liberdade dentro da primeira geração ou tanto quanto fora o direito a igualdade, na concepção de segunda geração, por exemplo. Logo, devido a esse destaque e importância, o autor considera e classifica o direito a paz como sendo uma quinta geração dos direitos fundamentais (Bonavides, 2008, p.85).

Logo, cria-se uma tentativa de superar uma suposta obscuridade em volta de um direito que seria basilar da aplicação dos demais direitos (ora seja, o direito a paz) elencando-o a um nível superior para que possa servir de vanguarda na busca pelos demais direitos.

O espírito de humanismo encontrado na justificativa da consideração de uma quinta geração de direitos fundamentais faz parte da composição de um novo Estado de Direito e engloba todas as regiões sociais através de sua positivação. Levar em consideração jurídica o direito a paz seria reconhecer de forma universal que este é um pressuposto da qualidade de vida do ser humano, o que possuiria até mesmo a característica sublime da conservação da espécie. E para que assim seja alcançada, a elevação do direito a paz a uma consideração autônoma de sua geração, torna-se indispensável que seja feito em um nível constitucional.

Como percebe-se, a CF/88 traz em seu artigo 4º, inciso VI a percepção do direito a paz. A ideia então seria uma conscientização dentro do ordenamento jurídico de uma didática constitucional na prática dessa positivação a partir do momento que se toma o conhecimento de sua imprescindibilidade, estabelecendo normas e leis de uma maneira hierarquicamente ascendente a partir da construção desse direito.

A ideia central logo toma forma nos dizeres de Paulo Bonavides, quando afirma:

Colocando-o nas declarações de direitos, nas cláusulas da Constituição (qual se fez no artigo 4º, VI da Lei Maior de 1988), na didática constitucional, até torná-lo, sem vacilação, positivo, e normativo e, uma vez elaborada a consciência de sua imprescindibilidade, estabelecê-lo por

norma das normas dentre as que garantem a conservação do gênero humano sobre a face do planeta.

Epicentro, portanto, dos direitos da mais recente dimensão, a paz se levanta desse modo a uma culminância jurídica que a investe no mesmo grau de importância e ascendência que teve e tem o desenvolvimento enquanto direito da terceira geração.

Ambos, legitimados sobreposse pela força e virtude e nobreza da respectiva titularidade: no desenvolvimento, o povo; na paz, a humanidade.

Com este vasto círculo de abrangência dos direitos fundamentais, ainda há espaço para erguer a quinta geração, que se afigura ser aquele onde cabe o direito à paz, objeto das presentes reflexões (BONAVIDES, 2008, P.86).

Pelo assim visto, percebe-se a conotação dada pela doutrina a direitos primordiais no tocante a um marco histórico, por exemplo, onde tal direito foi tido como pioneiro na conquista de outros direitos, de forma a abarcar uma série de acontecimentos que, por fim, possuem o intuito de consolidar principalmente o respeito à evolução social do homem.

2.3.1 Dimensão ou Geração de direitos fundamentais?

Um debate acadêmico contemporâneo visa sobre o respeito do uso da terminologia das gerações dos direitos fundamentais, em 'dimensões' de direitos fundamentais.

Mesmo que delicada a questão da realização de divisão desses direitos, uma vez que tais direitos deveriam ser garantidos no seu todo ao invés de ser dada a conotação de uma subdivisão, os defensores da denominação de 'dimensões dos direitos fundamentais' buscam elucidar justamente a valorização em alguns momentos históricos de determinados direitos.

Esses momentos históricos são, na verdade, o patamar que irá fundamentar as divisões encontradas pelos doutrinadores, realizando a substituição de 'dimensão' por 'geração'.

Isso ocorre, pois a terminologia 'dimensão' estaria relacionada à ideia de sucessão de um direito pelo outro, como se a próxima geração viesse a substituir a sua antecessora. Defende a doutrina que tal substituição seria inaplicável, pois esses direitos são uma conquista fixa e imutável, realizada através da evolução dada feita no consentimento de direitos inegáveis ao ser humano.

Assim, a divisão realizada para identificar a distinção dos direitos fundamentais de acordo com marcos históricos aponta diferentes momentos em que esses direitos agem como reivindicadores na ordem jurídica.

Marcelo Novelino defende a terminologia variada entre *dimensão* e *geração* para identificar o acontecimento da evolução histórica dos direitos fundamentais, baseado nessas duas expressões. É nos seus dizeres, que se tem:

Percebe-se que os direitos fundamentais não tiveram uma origem simultânea no tocante a sua divisão em gerações, mas em diferentes épocas de acordo com a necessidade social vigente. E isso se refletiu nos textos constitucionais de cada tempo, de acordo com sua sociedade de origem e dada a classificação de sua geração. E, como cada geração que surgira, ainda restou de validade e aplicabilidade, não possuindo o sentido de que um anularia o de geração anterior, há quem prefira o termo 'dimensão' justamente pela coexistência entre eles, sem acarretar uma anulação subsequente (Novelino, 2009, p.362).

Nesse sentido, Ingo Sarlet segue essa linha de raciocínio ao dizer que a terminologia 'dimensão dos direitos fundamentais' não sugere apenas que o processo da evolução desses direitos tenha um caráter de complementação que abrange todos os direitos fundamentais. A visão do autor busca além do que se sugere tradicionalmente, apresentando uma unicidade no contexto constitucional de cada Estado. Conforme seu pensamento, entende-se ser sua opção quando diz que:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto às transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos. (SARLET, 2007, p. 55).

Logo, inegável a percepção doutrinária de que hoje existem os direitos de primeira, segunda, terceira geração (dimensão) de forma unânime nos estudos

jurídicos, existindo também doutrinadores que defendem a existência dos direitos de quarta e quinta geração, para uma melhor compreensão acadêmica, visto ser inviável que a humanidade tenha seus direitos primordiais divididos em sua efetividade e aplicação histórica. Porém, válida é a divisão dos direitos fundamentais no intuito de um reconhecimento a partir de um marco teórico para melhor compreensão de sua evolução, conforme apresentado.

2.4 Da conceituação e da incumbência funcional exercida pela atividade do princípio da motivação das decisões judiciais

A superficial análise histórica apresentada nessa pesquisa auxilia para uma dinâmica expressão apontada para a garantia da motivação das decisões judiciais.

A obrigação de fundamentar as decisões judiciais não possui origem recente. Percebe-se que bem antes do texto constitucional de 1988 o Brasil já contava com certa obrigatoriedade na fundamentação das decisões jurídicas através da regulamentação por normas infraconstitucionais, com base nas leis portuguesas de outrora (Nojiri, 2000, p.28).

Esse apontamento demonstra a função que a obrigação de fundamentação das decisões judiciais possui no contexto brasileiro. Com base no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal/88, o princípio do livre convencimento motivado das decisões emanadas pelo magistrado encontra respaldo para sua formulação e conceituação, estipulando que toda decisão emanadas dos órgãos do Poder Judiciário deverão ser devidamente motivadas, sob pena de nulidade da mesma.

Assim, percebe ser um sistema intermediário entre os requisitos regulares das provas apresentadas, juntamente com a conclusão íntima do magistrado, porém, obrigatoriamente vinculado ao que esteja nos autos do processo.

Várias razões podem ser justificadas para a aplicação do princípio da motivação nos dispositivos sentenciais que os juízes emitem, sendo uma delas, a de que não seja a decisão tomada pelo magistrado uma forma arbitrária de sanção estatal.

Explica Wambier que mesmo não ignorando o que vem estipulado pelo artigo 131 do CPC/73, onde é garantido ao juiz da causa o uso do livre convencimento para decidir a respeito da causa, o uso dessa liberdade deve ser feita dentro de uma maneira motivada. Logo, o julgador deverá levar em consideração as provas produzidas nos autos do processo, decidindo o litígio de acordo com os critérios de

seu entendimento, baseado na lógica e no raciocínio desenvolvido a partir dessa análise, desde que tenha por base os itens trazidos no processo para fundamentar sua decisão, sempre com base na lei bem como na Constituição Federal (Wambier, 2005, p. 35).

Antônio Cláudio da Costa Machado (Machado, 2004, p.605), em ensinamentos a respeito do artigo 458, II do CPC/73, segue a mesma linha de raciocínio ao defender a ideia de que, o fundamento ou a motivação da sentença, analisada como requisito essencial da decisão e ligado diretamente ao princípio do livre convencimento do juiz estipulado pelo artigo 131, possuía sua exigência pelo sistema processual por três principais razões.

A primeira seria pelo fato da sentença ser um ato de vontade do Estado que deve, por sua natureza funcional, traduzir uma conotação de aplicação da justiça, e não possuir um sentido arbitrário dentro das suas razões de ser, de maneira a convencer não só as partes litigantes, como também, a toda sociedade dentro do contexto a que está inserida, através da opinião pública;

Uma segunda razão seria a de que a exigência da motivação, por ela mesma, garantiria a análise fiel do direito e dos fatos pelo juiz, que fora apresentado pelas partes;

Uma terceira razão apresenta o autor que poderia ser pelo fato de que, somente através da motivação exposta é que se conseguiria ter como base para o Tribunal analisar se esta teve uma conotação justa ou injusta, correta ou incorreta, através da interposição de um provável recurso impetrado pela parte vencida (Machado, 2004, p. 605).

Assim, conforme colocado anteriormente, a motivação das decisões vem acompanhada de argumentos suficientemente convincentes para as partes tomarem conhecimento das razões que levaram o magistrado a decidir daquela ou dessa maneira, apresentando o motivo de seu convencimento que o levou a uma certa conclusão. A Exposição de suas razões deve ser feita de maneira clara e objetiva, apresentando o porquê decidiu em favor ou contra os argumentos de uma parte, não permitindo a lei, por exemplo, que seja uma sentença prolatada apenas sob a argumentação de que o pedido seria procedente pelo fato do autor ter razão na demanda segundo as provas apresentadas.

Nelson Nery Jr. também entende que:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação (NERY JÚNIOR, 1999, p. 175).

Logo, fica clara a ideia de que o juiz ao elaborar o relatório da sentença precisa explicar os fatos que tornaram seu pensamento convincente sobre o litígio e que, dessa maneira, influenciaram no seu convencimento.

Desnecessário seria o relato dos atos processuais realizados até a prolação da sentença, devido não ser este o objetivo traçado pela lei no intuito de trazer a motivação da decisão. Assim, a motivação deverá possuir uma curta ligação com o relatório da sentença, mas, principalmente, com os dispositivos legais que a mesma traz. As razões de fato e de direito que as partes trouxeram a júízo devem ser analisadas pelo magistrado e apresentadas no relatório. E ao analisá-las, o juiz deverá extrair de forma coerente, sua conclusão a respeito do que fora apresentado (Gonçalves, 2010, p. 4).

2.4.1 Da relação endoprocessual e extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais

Deixando perceptíveis algumas observações sobre os controles endo e extraprocessual das decisões motivadas, fica nítido que, na sua fonte, a obrigatoriedade de justificar os pronunciamentos de cunho decisório dos juízes provinha, inevitavelmente, em favor não só dos juízes (controle endoprocessual), como também das próprias partes. Ocorre, conforme dito, que a observação dessa gradação da obrigatoriedade de uma justificação nas decisões não seria apresentada de uma maneira apropriada e inquestionável.

Buscou-se, então, justificar sobre o controle realizado pela população, através do Estado, convencionado-se que adequado seria também ao poder jurisdicional essa interação de relação hierárquica também com a população.

Assim, ficaria demonstrado o caráter de Estado Democrático de Direito agindo dentro do processo, deixando claro que o povo somente tem a chance de agir incisivamente nas funções exercidas pelo juiz quando as emanações de suas

decisões forem feitas através da motivação (controle extraprocessual), bem como do princípio da publicidade.

Fredie Didier Jr. segue esse pensamento quando defende que o fato da motivação ter cunho obrigatório dentro das sentenças, acarreta uma dupla função. Explica o autor ser indispensável que as partes tomem pleno conhecimento das razões que constituíram a conclusão do magistrado de maneira a se certificar se uma análise completa dos fatos e do direito fora realizada. Por assim, fica claro nos seus dizeres:

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite, que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. (...) Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo (DIDIER, 2010, p. 290).

Nesse sentido, a ausência da motivação nas sentenças ocasionaria graves entraves jurídicos, como a ofensa ao princípio do contraditório, pois a parte derrotada na demanda não possuiria embasamento em suas justificativas para uma instância superior devido ao fato de não conhecer os elementos argumentativos que pairariam sobre a decisão. Além do mais, impossibilitado estaria o exercício do princípio da publicidade uma vez que a ofensa ao princípio da motivação seria presente.

A partir do momento em que exista um controle endoprocessual direcionado ao juiz bem como às partes de um processo, este terá atividades explícitas com considerações relevantes. Logo, a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial funcionaria como uma espécie de requisito técnico da sentença, o que possibilitaria a capacidade de impugnar as justificativas explanadas na emanção da decisão.

Em um Estado em que exista uma democracia participativa, ali seria o palco ideal para o desenvolvimento do contexto extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais, pois teria como destinatário das sentenças não apenas as partes,

mas também, os advogados, tribunais superiores e a opinião pública. Já que o poder é exercido em nome do povo, da sociedade, esta tem o direito de tomar conhecimento de controlar de forma democrática a administração da justiça (Greco, 2007, p. 327).

É nos dizeres de Ricardo Torres que percebe-se esse pensamento, quando ele diz:

A falta de obrigatoriedade da justificativa externa como desdobramento do dever de motivar a decisão pode ensejar todos os perigos que já levantamento ao tratar da teoria do silogismo. Ora, principalmente nos dias de hoje, em que haja uma avalanche de normas indeterminadas e principiológicas, é possível que o magistrado ao decidir um litígio utilize essas normas sem sua devida justificação e concretização para encobrir um ato arbitrário, afinal, essas normas podem dar suporte a qualquer tipo de decisão. Por isso, defendemos a necessidade da justificação externa, ou seja, o juiz deve concretizar tais normas demonstrando por meios técnicos argumentativos qual o entendimento jurídico dado a elas, caso contrário, não é dizer que a simples menção normativa (simples transcrição da premissa maior) é suficiente para cumprir o dever de motivar (TORRES, 2011, p.849)

No que concerne ao objetivo da motivação das decisões judiciais levadas às partes, é passível de ser levada em consideração a observação de um caminho dado pelo o que o juiz oferece como fundamentação. A *ratio decidendi* aplicada numa questão teria o objetivo de apresentar explicitamente para aquele que não obteve sucesso na demanda, a imparcialidade e justiça da decisão emanada, coibindo futura impugnação da pronúncia dada pelo juiz.

Dessa forma, apresentaria de maneira incisiva para a parte os fundamentos de sua decisão, de modo que esta fique conformada que as razões que trouxeram o magistrado a decidir desse ou daquele pensamento estaria em acordo com a questão apresentada.

Porém, essa observação se mostra plausível se observada na prática de cada caso analisado. Válido lembrar que prescindiriam de fundamentação as decisões judiciais que não coubessem mais recurso, como no caso das emanadas pelas Cortes Superiores, sendo assim consideradas como a *ultima ratio* da necessidade de justificação.

Nessa linha de pensamento, existe a ideia de que, no que diz respeito às partes, o juiz expor os motivos de sua decisão teria a função de facilitar o enaltecimento do que seja pertinente para impugnar, além de facilitar a identificação de prováveis vícios que possam acompanhar as justificativas.

Nesse sentido, a decisão emanada através da motivação atua de uma maneira racional, justamente por possibilitar um controle amplo e de maior qualidade pelas partes do julgado. Tal função da motivação poderia não atingir sua plenitude caso o motivo de uma provável impugnação viesse sanar um vício da decisão em que esta estivesse erroneamente proferida em aspectos processuais, identificados pela terminologia de *errores in procedendo*. Assim, uma crítica do aspecto falível de aplicação do exercício da motivação pode ser feita.

Atividade diversa também aplicada pela motivação e que está relacionada com a garantia dada as partes no processo tem haver com a declaração da existência ou inexistência do direito que o juiz profere na sua decisão, bem como a abrangência dos efeitos.

Logo, a partir do momento em que o magistrado individualiza em sua decisão a análise das questões apontadas numa demanda pelas partes, fica plausível identificar se todo o conteúdo fora julgado, em acordo com o que autor e réu levaram a juízo. Impossibilita-se, assim, que o juiz fuja da baia processual e do direito requerido, precavendo também, uma possível sentença de teor diferente do que fora pleiteado, caracterizando assim, um controle de legalidade da decisão. Vale lembrar que esta função da motivação não está diretamente ligada à impugnação da decisão, uma vez ter esta o fim que fora determinado diretamente pelo julgado proferido.

Mas não só para as partes que litigam se tem como válida o endereçamento da motivação. O magistrado a que se impugna a decisão também se valerá desse dispositivo visto ser ele o revisor da sentença emanada pelo juízo *a quo*. Em suma, os objetivos da fundamentação dada na motivação da decisão que guarda estreita relação com as partes litigantes são todos direcionados aos juízes aos quais o julgamento esteja vinculado em grau recursal.

Dessa maneira, a função de persuasão atinge aos magistrados, verificando-se eventuais vícios da motivação, não obstante também se tenha a observação pontual do direito que esteja sendo pleiteado (Taruffo, 2015, pp. 336-339).

Trilhando essa linha de raciocínio, a motivação é utilizada não apenas nas decisões de mérito, como também, para qualquer tipo de decisão que profira um magistrado. Por esse sentido, é nos dizeres de Misael Montenegro a constatação de que:

A nulidade da decisão judicial, pela falta ou pela deficiência de fundamentação, não se confunde com a decisão judicial equivocadamente fundamentada, que não é marcada pela nulidade, devendo ser apenas corrigida, adequando-se aos fatos e aos argumentos jurídicos invocados pelas partes. Essa consideração é importante, já que a existência de fundamentação, embora equivocada, não dá cabimento a interposição do recurso extraordinário, a míngua de infração a dispositivo da CF.

Numa leitura precipitada do CPC, poder-se-ia argumentar que a necessidade da fundamentação seria própria e exclusiva das sentenças judiciais, não se estendendo para atingir as decisões de natureza interlocutória, já que o inciso II do art. 458, ao se referir à necessidade da fundamentação, apenas alude a sentença, não fazendo referência a decisão interlocutória.

Esse raciocínio não pode prevalecer, já que a CF, fonte primária do direito processual, ao exigir a fundamentação como requisito de validade das decisões judiciais, refere-se ao gênero (decisão), não a qualquer das espécies. Em complemento, a parte final do art. 165 do CPC dispõe que “as demais decisões judiciais serão fundamentadas, ainda que de modo conciso” (MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 37).

Cabe frisar a observação a respeito do juiz da impugnação que, obviamente, são as partes que se sentirem lesadas que irão até o juízo reclamar contra a decisão que por ventura, fora equivocadamente emitida. Por isso, o próprio magistrado é que ficará a cargo da análise de verificação da adequação que a parte elencou para a observação da decisão.

Assim sendo, sabe-se que no ordenamento processual civil brasileiro de 1973, era cabível o uso dessa ferramenta contra decisão interlocutória ou o agravo de instrumento ou o agravo retido. Notório que ambos os recursos possuem hipóteses de interposição completamente diferentes, bem como trâmites de processamento que divergem entre si. Uma vez diante de situação desigual, ocasionando uma controvérsia entre o assunto discutido e o recurso interposto, ficará a cargo do magistrado realizar uma averiguação adequada do recurso escolhido pela parte, tendo a possibilidade de negar a interposição recursal realizada, justamente por não se enquadrar nos trâmites legais.

Válido lembrar que a finalidade a que a motivação se presta possui estreita relação com o juiz da impugnação apenas tendo sua razão de ser quando uma sentença possa ser questionada. Óbvio que, diante de decisões que não caibam mais recurso, como por exemplo, as que o pleno do STF emana, não haveria o que se discutir. Além do mais, só caberia argumentar a respeito da decisão caso a parte levante a crítica sobre a decisão proferida. Logo, aceitando tanto o autor quanto o réu sobre o que fora decidido, conseqüentemente não haveria do que recorrer,

tornando, aparentemente, desnecessária invocar uma motivação exercida pelo juiz para uma causa recursal. Perceptível fica nessa situação também que a cobrança de uma regulamentação mais ampla a respeito da fundamentação das decisões é observada através dessa atividade.

Dentro dessa linha de pensamento pode-se concluir que, já que a fundamentação das decisões judiciais se presta como embasamento de uma função para análise recursal, em uma última instância jurisdicional, como não há mais a quem recorrer, não justificaria uma fundamentação motivada da decisão proferida pelas Cortes Superiores. Assim, seria questionável qual a razão de ser para que a motivação fundamentada fosse aplicada nesses acórdãos.

Aqui surge uma conotação para que se possa entrar na justificativa da existência da prática de um controle externo de se buscar os pronunciamentos jurisdicionais. Em uma análise extraprocessual, seria obrigatória a motivação das decisões por justificativa de ser, além de parte integrante da sentença ou do acórdão, também integrante originada do exame do problema jurídico apresentado, percebendo que, na decisão do magistrado, a conclusão a que este chega e que tem conotação de decisão, diferencia-se da argumentação que se justifica através da fundamentação.

Assim, pelo menos três justificativas para que a motivação seja presente em decisões de última instância podem ser apresentadas nessa pesquisa. A primeira seria devido ao caráter instrumental que a regulamentação da norma apresenta. Conforme visto, é através da fundamentação do que fora decidido que pode ser constatado se as garantias e os direitos processuais do autor e do réu tiveram sua observância no julgamento.

No Brasil, a observância de um rol de garantias processuais fundamentais já começa a ser observada e respeitada com fundamento constitucional e a busca por essa prevalência tem se tornado uma constância. Dessa forma, é na observância da *ratio decidendi* que se constata o respeito ao princípio do devido processo legal, além de todos os princípios que fazem parte do processo.

A segunda justificativa estipula que, com a aplicação da motivação os magistrados possuem a possibilidade de deixar claro que as suas razões de julgar são plausíveis com as normas válidas e estão em coerência com uma justificativa jurídica. Aqui, o cerne da questão julgada é destacado, indo além do cunho satisfatório das partes no processo, exercendo uma função determinante no objetivo

do julgado, pois é apresentada a definição precisa do contexto da decisão. Por isso, com as razões de decidir, proporcionando que a sentença responda a critérios que direcionam ao ordenamento e orienta a atividade do juiz, um diapasão da legitimação da decisão é constatado.

E uma terceira justificativa que o controle externo da motivação busca razão de ser é apresentada com embasamento na racionalização da jurisprudência. Em países de prevalência do *common Law*, a inexistência de normas que estipulem a aplicação da motivação dos magistrados nas decisões é praticamente inexistente. Porém, essa inexistência não acarretava (e não acarreta) uma justificativa pelos juízes para não aplicar uma motivação fundamentada nas decisões. Ao invés da ocorrência desse fato, a *ratio decidendi* sempre se faz presente nas sentenças e acórdãos proferidos. E assim não poderia deixar de ser, visto esses países terem como base a vinculação ao precedente judicial, sendo a própria *ratio decidendi* uma fornecedora da possibilidade dessa função.

Com isso, fortifica-se a unificação e a racionalização da jurisprudência desses países, com a realização desse controle externo. Logo, a *ratio decidendi* utilizada, principalmente pelos tribunais que fazem análise em uma segunda instância ou pelos Tribunais Superiores, possuem a finalidade objetiva de convencer os demais juízes e seguirem um pensamento padronizado de um julgado a respeito de determinada questão quando assim possuírem semelhanças coerentes de fundamentação (Taruffo, 2015, pp. 515-519).

Seguindo essa ideologia, há também em outros dizeres a ideia de que a fundamentação das decisões judiciais possui força de princípio 'jurídico-organizatório' e funcional da teoria do Constitucionalismo. Um trinômio para sua justificativa seria plausível na formação dos alicerces desse pensamento na fundamentação de que a motivação teria sua atividade voltada para controlar a justiça, para ter uma racionalidade objetiva e delimitar o objeto a ser eventualmente impugnado.

Exigir a motivação fundamentada das decisões judiciais previne um controle da administração da justiça, exclui qualquer caráter pessoal no exercício da atividade jurisdicional, abrindo o conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos magistrados, e também, possibilitando uma melhor estruturação para eventuais recursos e visualizando possíveis vícios das decisões judiciais recorridas (Canotilho, 1997, p. 816).

As justificativas acima elencadas são plausíveis de relevância doutrinária e buscam demonstrar uma exigência dentro de um contexto geral para a motivação das decisões judiciais. Pode-se destacar, além do que fora abordado, que os argumentos que formam o pilar de embasamento na matéria dentro do pronunciamento judicial, em suma, possua uma outra conotação: possibilitar que a sociedade em geral, tenha a oportunidade de averiguar se a tutela fora conferida corretamente.

Esse seria a expectativa da idealização do papel da democracia no processo contemporâneo frente ao Estado, sendo inviável imaginar o Estado Democrático de Direito sem conter a obrigação geral de motivar a oferta da tutela jurisdicional prestada de forma fundamentada, de maneira que todos os cidadãos que o compõe possam controlar seus pronunciamentos.

É dentro da síntese apresentada por José Carlos Barbosa Moreira que existe tal pensamento, quando o mesmo diz que:

A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como 'privilégio' dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de duvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade de *motivação obrigatória e pública*. O controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições (MOREIRA, 1988, p. 90).

E o raciocínio que acompanha essa justificativa provém do fato que, caso surja em determinado caso uma prestação jurisdicional equivocada no tocante a sua motivação, a ausência de suporte do direito não atingiria apenas as partes envolvidas no litígio, mas possuiria forças de frustrar um direito que envolveria a todas aquelas pessoas inseridas na sociedade.

Dentro dessa concepção, pode-se buscar o entendimento de uma interpretação da motivação estando incluída num contexto de garantia fundamental constitucional, uma vez esta influenciar diretamente no devido processo legal,

estipulado pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LIV, do qual apresenta a obrigatoriedade das garantias processuais constitucionais em todos os julgados.

2.5 A harmonia da motivação fundamentada com o devido processo legal

O marco de nascimento do princípio do devido processo legal pode ser considerado como oficializado a partir da Constituição Federal de 1988, apesar de aparecer indiretamente em antigos textos constitucionais. Dispõe o artigo 5º da CF/88, em seu inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Brasil, 2014, p.30)”. Assim, o devido processo legal aparece como uma garantia de liberdade, bem como um direito fundamental do homem, elencado no Tratado Internacional de Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 8º, quando estipula que:

Art. 8º – “Garantias judiciais:

1.Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (último acesso em 02 de outubro de 2015 Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>).

O princípio do devido processo legal pode ser identificado como aquele que obedece a lei para se obter um julgamento adequado, justo e equo, dentro do que estipula os princípios constitucionais, que atuam concorrentemente e não de forma singular, a todos os indivíduos, protegendo-os de qualquer discriminação (Laspro, 1995, p.88).

Esse princípio seria basilar dentro do processo, sendo considerado o *due process of Law* a fonte da qual todos os demais princípios processuais derivariam. Basta a norma constitucional adotar essa principiologia para, a partir de então, as conseqüências da ocorrência dos trâmites processuais garantir aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa (Nery Junior, 1997, p. 27).

Sob a ótica do livre convencimento motivado dentro de uma perspectiva de direito fundamental vale ressaltar estudos que defendem a prevalência de direitos fundamentais processuais, exemplificando, entre outros, o direito fundamental a um

devido processo legal; direito fundamental à tutela executiva (através da efetividade); direito fundamental a um trâmite processual sem um retardo indevido no tempo da análise questionada em juízo pela parte; direito fundamental à igualdade; direito fundamental do contraditório e da ampla defesa sob pena de nulidade; direito fundamental a tornar público os atos do processo (Didier Jr. 2006, p.33-74).

O processo em si, serve de mecanismo para a aplicação valorativa, como também, para que seja possível aplicar uma concretização dos direitos da sociedade. Não se trata apenas de uma forma legal em que o Estado aplica suas normas de forma justa e igualitária. O processo também faz parte do sistema democrático onde o Estado de Direito precisa se fazer presente no momento em que deve garantir aos seus, a efetivação de determinados direitos. Conforme elucida Antônio Pereira Gaio Jr nesse entendimento, é perceptível que:

Como instrumento para a efetivação dos valores bem como a realização das liberdades e direitos supracitados, estar-se-á compreender que o processo leva consigo toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser e respeitadas em sintonia com o Estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço (GAIO jr, 2012 p.29).

Por outro lado, é notório na Constituição Federal, em paralelo aos direitos fundamentais processuais, ver algumas garantias constitucionais que a Carta Magna traz e que não são justificadas como direitos fundamentais. Alguns órgãos do judiciário ou como as atribuições dadas a certas competências, a vitaliciedade, inamovibilidade ou a irredutibilidade de vencimentos dos juízes e membros do MP, não são incluídos como esses direitos fundamentais (Lima, 1999, p. 67).

Muito fora alvoraçado em cima do devido processo legal, sendo este uma das garantias constitucionais de maior destaque na doutrina, pois dele pode ser emanado uma série de outros princípios e garantias constitucionais. Este é tido pela doutrina como base legal para outros princípios de cunho constitucional, não importando o direcionamento que tenha tido no direito processual, inclusive em contexto do direito material ou administrativo.

Por isso, é considerado pela doutrina que o devido processo legal traz em sua baila interpretativa vários outros postulados como o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o do próprio princípio da motivação, mesmo que todos esses sejam independentes e autônomos entre si, garantindo a postulação de direitos individuais, coletivos e difusos por possuírem integração não só com o inciso LIV, como também com o inciso LV, ambos do artigo 5º da CF/88.

O princípio do devido processo legal também é considerado um garantidor da eficácia dos direitos do cidadão pela CF/88, pois todas as demais garantias seriam insuficientes se um processo regular não fosse sempre observado com normas para a prática dos atos administrativos bem como para os processuais.

Assim, este princípio torna possível um maior e mais amplo controle dos atos que o Estado produz juridicamente (e que também inclui os atos administrativos), o que cria uma vasta aplicação do princípio do Estado Democrático de Direito, onde é perceptível a participação popular nas decisões governamentais das mais diversas maneiras.

Para que se tenha a conservação do Estado Democrático de Direito e a efetiva aplicação do princípio da igualdade, o próprio Estado deve trabalhar sempre em favor de seu povo, efetivando um processo justo e seguro através da coibição de decisões arbitrárias. É nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon que se confirma a ideia acima quando o autor diz que:

A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (LUCON, 1999, p.27)

E continua:

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar *in concreto* se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal (LUCON, 1999, p.29).

Isso é o que pode ser verificado no sistema jurídico do Brasil, onde os tribunais corroboram que a aplicação das garantias constitucionais vem a ser necessária para que o sujeito tenha efetividade em seus direitos. Assim, o devido processo legal passa a representar a efetividade das normas processuais elencadas pela legislação, preservando aos seus, um julgado dentro de um patamar de justiça e igualdade, precavendo às partes de atos arbitrários dentro do devido processo legal.

Assim, fica constatado que a motivação forma a base do sistema de persuasão racional, pois, dessa forma, pelo fato do juiz possuir racionalidade e legitimidade em sua independência de julgamento na apreciação das provas, a existência da motivação se faz presente. Por assim dizer que se tem a terminologia do livre convencimento motivado.

E pode ser perceptível o livre convencimento motivado não apenas pelo exposto no artigo 93, IX da CF/88. O mesmo é visto como direito fundamental concretizado e provindo do artigo 5º LIV da Constituição. Não apregoa-se aqui o tratamento de uma garantia para o julgador, mas sim, conforme explanado, é visto como uma garantia para a sociedade, composta de um Estado Democrático de Direito justamente por se encontrar previsto no conteúdo do devido processo legal (Pessoa, 2007, acesso em 05/09/2015).

Logo, ao se coibir a aplicação do princípio do livre convencimento motivado, além de ir de encontro ao disposto pelo artigo 93, inciso IX da CF/88, também estaria afrontando o princípio do devido processo legal exposto pelo artigo 5º LIV e, conseqüentemente, a estrutura do Estado Democrático de Direito, sendo assim tratado como um direito fundamental irrenunciável pelo cidadão.

A consideração de um direito fundamental de se ter uma obrigação de motivar as decisões judiciais está intimamente ligada às raias democráticas do contemporâneo modelo de Estado de Direito a que se tem hoje. O fato de a sociedade participar da atividade jurisdicional, realizada através do controle externo dos motivos que compõe as decisões dos magistrados passa a ter, assim, uma natureza política de considerada relevância.

Tal posicionamento é justificado pelo fato de a jurisdição ser uma atividade essencialmente do Estado com a função de atestar, interpretar e aplicar as normas jurídicas aos sujeitos componentes da sociedade, e não apenas dentro de um

processo de elaboração de leis, como também, a efetiva participação na aplicação e controle dessas normas realizadas pelo Judiciário.

Portanto, o que pode ser percebido não é somente uma interação do povo dentro do processo legislativo, mas também, uma participação guiada a possuir um controle das decisões judiciais que também possuem o caráter de regulamentação normativa que, em várias situações, regulam toda a sociedade, conforme decisões que sejam proferidas com caráter *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

Controlar atos que geram efeitos de decisão deve ser possível em qualquer esfera jurídica, dando a conotação que as esferas judiciais possuem o dever inderrogável de motivar de forma fundamentada seus pronunciamentos. Este direito fundamental do cidadão pode ser observado em grande parte das Constituições e espelha uma obrigação geral do Estado, somente sendo passível de concretização caso consiga colocar em prática as funções para a qual fora criada.

Por fim, percebe-se na doutrina várias defesas da ideologia de que, devido ao fato de ser a motivação fundamentada baseada praticamente em um juízo de verossimilhança, com a busca da maior proximidade possível de uma verdade real dos fatos, o juiz profere sua decisão baseado em seu convencimento pelo que fora apresentado no processo através da legitimidade que a Constituição lhe propicia, originando, assim, um direito constitucional fundamental inerente às partes, bem como à sociedade como um todo.

É nas palavras de Barbosa Moreira que finaliza esse pensamento ao perceber que:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas¹⁰. Ainda, porém, que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito (Moreira, 2004, p.107).

Percebe-se então, que o dever de obrigação de motivar as decisões judiciais funciona como uma garantia aos cidadãos, possuindo uma larga escala de

funcionabilidade, dentre um dos diversos direitos fundamentais, o que possibilita, conforme enaltecido, um amplo controle da população sobre a atividade estatal jurisdicional, sendo uma atividade indispensável em qualquer Estado Democrático de Direito.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O AUXÍLIO DA ISONOMIA DECISÓRIA

3.1 Introdução

Em toda sociedade organizada, a busca incansável pelo aprimoramento no atendimento e prestação de serviço pelos órgãos públicos é uma constância provinda pela própria natureza do serviço. Numa visão do Judiciário e, especialmente, do processo, também não o é diferente. A sintonia do Código de Processo Civil do país com os preceitos sociais, contemporâneos, bem como com o que se espera pelos anseios constitucionais, pode-se considerar uma busca incessável dentro de uma prestação de serviço público, porém, sempre longe de uma finalização satisfatória.

Dentro desse contexto, várias experiências jurídicas observadas em outros países e que se pode considerar como bem sucedidas são trazidas para o ordenamento brasileiro, como o questionamento e observância de precedentes judiciais na ordem jurídica. E no intuito de elucidar alguns pensamentos e discussões doutrinárias a respeito dos precedentes judiciais no ordenamento pátrio, é cabível destacar brevemente um pouco de seu conceito, sua origem bem como a intenção de aplicabilidade pela legislação brasileira.

3.2 Conceituação de precedente judicial

Dentro de uma visão contemporânea no estudo do direito, é plausível considerar que o Brasil passa por transformações na maneira e na forma em que seus aplicadores movem a máquina judiciária. Sem destacar discussões terminológicas, difícil seria ignorar a validade de um modo diferente de se ver a aplicação do direito, que hoje tende a superar o paradigma positivista que é cultural no país, e visa introduzir diversas formas de se aplicar e de se pensar o direito.

Essa visão pode ser entendida tanto em um plano universal, já que pensamentos dessa teoria partem de autores do mundo inteiro através de suas reflexões, tendo cada qual sua visão analítica, mas também, dentro de um contexto local, onde podem ser percebidos diversos estudos que apresentam um entendimento praticamente uno, a respeito das mudanças e transformações que são vistas no direito.

O uso dos precedentes judiciais é considerado como uma dessas inovações do ordenamento brasileiro nos últimos anos. Mas cabe elucidar o que pode ser considerado como precedente para uso do Poder Judiciário nos julgamentos realizados.

Vários conceitos estabelecidos pela doutrina possuem ponto em comum quando busca identificar o que é um precedente. Assim, de uma maneira geral, um julgamento do Poder Judiciário que é tomado como paradigma para que outros casos posteriores a ele sejam decididos conforme este primeiro, pode ser considerado como um precedente judicial. Logo, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (Didier Jr., 2015, p. 385).

Ocorre que nem toda decisão judicial, obviamente, pode ser considerada que irá servir como função de precedente, sendo levada em consideração apenas as que possuem cunho de prestarem como referência posterior em uma orientação a um juiz. O fundamento de um precedente então estaria em criar uma norma jurídica com capacidade de que a mesma fosse aplicada em casos semelhantes e posteriores, na tentativa de garantir uma melhor previsibilidade na efetividade do direito, buscando tratar esses casos iguais, de forma isonômica (Viveiros, 2009, p. 135).

Essa conceituação atribuída ao precedente judicial é contemplada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, sendo que a forma que será aplicada é que disporá as margens da eficácia de sua efetividade, se apresentando de forma persuasiva ou com um caráter obrigatório.

3.3 Da origem histórica do precedente

Tendo uma visão externa, percebe-se que na Inglaterra, berço do uso desse instituto, há muitos anos o mesmo é aplicado de forma qualitativa para a sociedade, possuindo um retorno de resultado positivo (Mello, 2008, p. 11). Tanto na esfera da celeridade processual (pois o mesmo traz adiantamento de uma decisão que em última instância seria prolatada) quanto na homogeneidade do pensamento frente aos julgados. E isso, em geral, formula as regras a serem aplicadas no ordenamento desse país de forma análoga ao caso que originou tal precedente, auxiliando assim, no desenvolvimento do direito. Portanto, na Inglaterra, por exemplo, a “criação” do direito se daria na medida em que o uso de um quadro comparativo entre os casos

idênticos julgados fossem sendo efetivados, acarretando, assim, o surgimento de um precedente vinculante.

Logo, o direito aqui se forma através do que seja decidido pelos Tribunais, não estando restrito ao respeito a um ordenamento codificado por uma assembléia legislativa ou outro tipo de regimento normativo.

Assim, forma-se o instituto conhecido por *common law*, modelo este comum aos países de colonização inglesa que tratam as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo a lei papel secundário.

É nos dizeres de Patrícia Mello que segue esse entendimento ao afirmar a autora que:

Segundo entendimento convencional, o *common Law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as *decisões judiciais* como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, *por indução*, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que *associações* e *distinções* entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Já nos ordenamentos de origem romano-germânica, caberia a Lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da *subsunção* das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da *atividade interpretativa*.

A primazia conferida à jurisprudência, o raciocínio por indução e a metodologia da associação e distinção entre casos, adotados pelo *common Law*, se oporiam, portanto, ao predomínio da lei, à dedução e ao método interpretativo do *civil Law*, diferenciando os dois modelos (MELLO, 2008, p.12).

Ocorre que em outros países com base da confecção de seus ordenamentos pelo antigo sistema romano, a regra positivada possui grande percepção, bem como aplicação e acatamento da mesma. O uso do código textual como referência é predominante, tendo uma lei a característica de ser a mais importante fonte do direito. Esta denominação do ordenamento é conhecida por *civil law*, sendo a predominante no Brasil desde a sua constituição como Estado independente, aonde a origem das leis, via de regra, provinha do ato de uma casa do Legislativo, sendo esta uma codificadora do ordenamento.

O *civil law*, possui sua origem e influência do antigo direito romano, que teve como ponto de partida o reinado do imperador Justiniano que, durante seu governo, como forma de padronizar o entendimento do regulamento legal da região, reuniu as leis do continente europeu de modo a formar um único ordenamento que ficou conhecido como 'Corpus Juris Civilis', sendo esta terminologia a originária do que hoje é chamado de sistema 'Civil Law'.

Provindo pela organização das leis realizada pelo imperador Justiniano, algumas das principais obras que regulamentavam o Império Romano foram unificadas. No ano de 528 d.C., Justiniano reúne vários juristas da época no intuito de identificar repetições e contradições legais, surgindo assim, o chamado *Codex* (Código). Outras obras dos antigos jurisconsultos também foram pesquisadas, até mesmo com autorização de modificações ou acréscimos, adaptando os textos às realidades da época também. Essas compilações receberam o nome de *Digesto* (ou *Pandectas*). Uma terceira junção de leis pesquisadas na época formou um compêndio jurídico que ficou conhecido por *Institutas*, palavra derivada do verbo latino 'ensinar'. E um quarto compêndio jurídico conhecido por *Novelas*, trouxe melhoramentos na legislação na medida em que fossem surgindo necessidade nos institutos.

A reunião dessas obras realizadas por Justiniano ficou conhecido por *Juris Civilis Iuris*, como tentativa de organizar o Império Bizantino e manter a expansão provinda desde o auge do Império Romano (Pinheiro, 2006, p.60). Assim, surge o embasamento da estrutura do *Civil Law*, sendo este fonte inspiradora de diversos ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, este tipo de formação do direito é identificado pela sua positivação textual, onde hoje, feita pela casa Legislativa, possui a fixação da norma escrita com o objetivo de traçar fronteiras prévias no limite dos cidadãos bem como no da administração pública (incluindo os magistrados), tentando assim, gerar critérios quanto à conduta a ser observada por todos.

3.3.1 Da origem histórica do uso do *common law* no sistema inglês e no norte americano

Mesmo possuindo o mundo uma característica de codificação das leis, a Inglaterra sempre se caracterizou por ser um Estado de Constituição ou Códigos

escritos inexistentes. Suas leis constitucionais são baseadas nos costumes e nos precedentes judiciais. O que pode ser percebido são alguns textos legais de relevância histórica, como a Carta de 1215 ou outras Cartas mais recentes, como a que em 1707 uniu a Escócia com a própria Inglaterra, ou, posteriormente, com a Irlanda. Porém, dizer que existiu (ou existe) um texto codificado que reúna informações de cunho Constitucional regulamentando o país através de uma aglomeração de regras positivadas, como se vê no Brasil ou mesmo nos Estados Unidos e em outros países do continente europeu, seria um equívoco.

Não só em nível Constitucional. A inexistência de uma união de regras regulamentando os atos da vida civil ou penal, por exemplo, ou a um outro ramo do direito também é perceptível. Poucas foram as ideias de codificação surgidas. Houve compilações de algumas leis nos idos de 1850 sobre alguns assuntos restritos, porém, insuficientes para caracterizar uma codificação referente a regras impostas ao país.

Mesmo possuindo a Escócia um direito fundamentado no romano e sofrendo forte pressão dos ingleses para aderência ao sistema vinculado aos precedentes, a Inglaterra e suas colônias mantiveram a inspiração de suas leis no *common Law*. Já os Estados Unidos, apesar de preservar a *common law* como base do seu sistema jurídico, alavancou características personalizadas no seu sistema, mantendo o foco em sua Constituição escrita e suas leis.

John Gilissen bem explica que:

Nas Ilhas Britânicas, o *common Law* impôs-se no País de Gales e na Irlanda (mesmo ainda atualmente no Eire, a República da Irlanda); mas não foi admitido na Escócia que conservou um direito romanista, embora sofrendo uma pressão cada vez mais forte do direito da Inglaterra no decurso do último século.

Os Estados Unidos da América são países do *common Law*. A Inglaterra só tinha no entanto colonizado uma parte da costa atlântica; quando as 13 colônias inglesas se tornaram, 1776, os 13 primeiro Estados federados, estes conservam o *common Law* como base do seu sistema jurídico; e impõe-no aos outros Estados à medida que se vão incorporando na federação. E isto, apesar da longa influência do direito espanhol em algumas regiões e do direito francês noutras; só o Estado da Luisiana conservou um sistema mais ou menos romanista de direito. Separados da Inglaterra desde há dois séculos, os Estados Unidos conheceram uma evolução diferente do seu sistema jurídico nos séculos XIX e XX, sobretudo devido a um grande respeito pelas suas constituições escritas e suas leis.

O direito americano rompeu com as formas obsoletas do *common Law*; conheceu uma evolução mais rápida que a Inglaterra para a liberdade e a igualdade. Mas permanece relativamente diversificado, possuindo cada um dos 50 Estados o seu direito próprio (GILISSEN, 2003, pp. 216-217).

3.4 Da doutrina e do uso dos precedentes no sistema norte americano

Em um primeiro momento, é perceptível uma estreita ligação do *stare decicis* com o Estado Democrático de Direito, pois a mesma proporciona uma padronização de um mesmo direito discutido em vários processos, fechando a possibilidade de se ter no país, decisões diferentes referentes ao mesmo direito. O *Stare decisis* norte americano pode ser considerado o dispositivo legal em que as Cortes necessariamente devem seguir aplicando um sopesamento valorativo, onde um julgamento já pacificado de entendimento deverá ser observado sem outra análise. É o respeito pelos Tribunais e pelos outros órgãos do Judiciário aos seus próprios precedentes.

Essa doutrina que se caracteriza por aplicar os precedentes dos Tribunais regulamenta que, a partir do momento que este tenha decidido uma questão legal, todas as ações que provierem desse precedente e que formularem situações análogas com as anteriormente já julgadas, devem ser sentenciados de forma harmônica com aquelas. Enquanto o pensamento firmado pelo precedente não for modificado, a regra criada para aplicação daquele direito deverá ser seguido.

O *stare decisis* do sistema americano possui a postura de conservar o precedente e não alterá-lo diante dos casos semelhantes que surgirem posteriormente, bem como não alterar o que já tivera sido decidido de forma diferente em casos anteriores.

O objetivo do uso do precedente judicial na Corte americana é embasado no fato de que um Tribunal possui a função peculiar de instituir um conjunto de leis e que estejam acima das decisões de primeira instância que, em verdade, estão sujeitas a diversos tipos de decisões sobre o mesmo direito. Logo, o que é emanado pelo Tribunal não fica sujeito a ter o direito alterado por cada casa do Judiciário.

Esse posicionamento do Poder Judiciário, além de segurança jurídica dada àqueles que o procuram, busca também alcançar o intuito de que, seguindo a orientação dos precedentes, os cidadãos podem ter uma melhor organização. Na proporção em que a sociedade sabe o que o judiciário entende dentro de um ordenamento em questão, a mesma pode moldar seu comportamento já em acordo com a postura que lhe é exigida.

Toni Fine explica que:

A doutrina do *stare decisis* repousa no princípio de que um tribunal é uma instituição requisitada a aplicar um corpo de leis, e não um mero grupo de Juízes proferindo decisões isoladas nos casos a eles submetidos. Assim sendo, as regras de direito não devem mudar caso a caso ou de Juiz a Juiz. Tal doutrina também manifesta o reconhecimento de que aqueles que se encontram engajados em transações baseadas nas regras de direito que estão prevalecendo podem confiar em tal estabilidade. Em suma, o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais; fomenta confiança nas decisões judiciais; e contribui para a real integridade do processo judicial (FINE, 2000, p. 95).

Ao examinar o papel do precedente nos Estados Unidos deve-se ressaltar que a Suprema Corte de cada estado estabelece a súmula vinculante para os casos que envolvem a lei do estado. Em essência, o tribunal de última instância de cada país estabelece a construção adequada para ser dada à sua Constituição e dos estatutos do Estado para que, enquanto a lei em questão não entra em conflito com a Constituição Federal ou com as leis federais aprovadas em aplicação da Constituição e tratados por exemplo.

O tribunal estadual geralmente possui a competência concorrente com o Tribunal Federal para decidir casos que envolvem outras questões que a dos federais, desde quando o Congresso dos Estados Unidos deu jurisdição exclusiva para o sistema federal para decidir os casos especiais.

Assim, os tribunais estaduais podem decidir questões que não sejam exclusivas do âmbito federais além daquelas de cunho estadual; no entanto, as decisões relacionadas a questões federais estão sujeitas a recurso de apelação pela Suprema Corte, enquanto que as questões que envolvem a lei do Estado apenas estão sujeitas a revisão pelo Tribunal do Estado dentro do respectivo sistema.

É preciso lembrar, no entanto, que ao visualizar as esferas do poder judicial nos Estados Unidos, que o Judiciário Federal do país é um judiciário do poder meramente enumerado. O poder judicial dos Estados Unidos é estendido para casos limitados, possuindo um tipo de sistema operacional para controvérsias decorrentes da Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados.

Julgamentos federais, envolvendo questões federais, ocorrem geralmente quando o caso foi decidido pelo tribunal de última instância no sistema de Estado, com as interpretações judiciais desse Estado dos questionamentos federais, sendo sujeitas a uma revisão de apelação pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Por outro lado, quando o caso começa no tribunal distrital federal, onde existe uma análise preliminar para a competência federal, o caso depois passa para o tribunal federal de apelação que atende o tribunal distrital em particular, tendo a função basilar de um tribunal de apelação, realizando o ato de revisar o assunto pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

A decisão de um tribunal distrital não é vinculativa de um precedente. A decisão de um tribunal de recurso do Estado é precedente dentro do sistema estadual para as questões que um determinado Estado decidiu e, quando o caso começa no tribunal distrital federal, a decisão do tribunal federal de apelação é precedente para os que antecedem. O precedente para o sistema estadual é, no entanto, sujeito a ser anulado por decisão emanada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que estabelece precedente em um âmbito nacional.

A decisão da Suprema Corte é vinculativa para todos os tribunais, tanto estadual e federal bem como para as leis aprovadas nos termos da Constituição ou tratados, de modo a trazer uma complementação e interpretação aplicável à Constituição Federal.

Por isso, a lei federal, quando interpretada de uma decisão da maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos, constitui precedente sobre uma questão futura e decidirá dali por diante quando se tratada por questões estreitamente análogas.

Assim, quando a Suprema Corte decide uma questão relativa à construção da Constituição, esta se torna, como dito, lei promulgada nos termos da Constituição, porque é um julgamento do que a lei federal significa, acarretando uma adjudicação à súmula vinculante.

O mesmo conceito é verdadeiro no sistema dos estados federados, quando o tribunal do estado de último recurso decide uma questão de direito. Obviamente, no entanto, pode-se reconhecer as esferas separadas de influência dos dois sistemas de justiça nos Estados Unidos, com as normas nacionais a serem decididas pela Suprema Corte americana, tornando as decisões que definem o que a Constituição, leis e tratados e, por assim dizer, vinculam com a construção estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal todas as pessoas e entidades governamentais sujeitas à jurisdição dos Estados Unidos. O tribunal do Estado de último recurso, decidindo matéria de lei estadual, que não seja incompatível com a legislação federal, constitui assim, precedente para casos análogos no sistema estatal (Cole, 2005, p. 93).

3.4.1 A natureza jurídica do precedente americano

Não só no direito americano como também no inglês a natureza jurídica do precedente judicial não é tão questionada como no Brasil. Essa preocupação em identificar a natureza das coisas é típica dos Estados que tiveram sua formação romano-canônica devido às suas características de cientificidade que sempre busca classificar ou apontar conceitos, tornando o sistema jurídico uma ferramenta sistematizada (Macêdo, 2015, p.96).

A responsabilidade natural dos juízes é interpretar a lei que o Poder Legislativo promulgou, não para "fazer" a lei. Mesmo assim, na cultura jurídica americana, as interpretações e determinações de um tribunal de apelação em um Estado, envolvendo a lei estadual, ou um tribunal recursal americano, como um tribunal federal de apelações, ou a Suprema Corte dos Estados Unidos, podem vir a gerar ordenamentos através da criação de um precedente.

Envolvendo a lei federal, constituirá súmulas vinculantes se o parecer do tribunal é processado por uma maioria desse respectivo tribunal. Assim, em essência, uma decisão do tribunal que é precedente será "lei" e obrigará os tribunais subordinados ao tribunal de apelação de último recurso em questão até que tal precedente seja anulado ou modificado por um precedente subsequente.

Logo, os juízes de primeira ou segunda instância precisam estar cientes, no entanto, se se sabe como definir o precedente de um caso a ser aplicado. Também precisam estar atentos na forma de limitar corretamente a aplicação desse precedente para os fatos relevantes sobre a qual se baseia, podendo, em muitos casos, distinguir o precedente em análise. Essa distinção seria feita de tal maneira que a realização formal de um caso de precedente discutido, não seria obrigatório em um caso posterior perante o tribunal, porque é distinto em seus fatos.

Em essência, um precedente da Suprema Corte, durante a validade de tal precedente, seria como uma lei, porque o precedente determina o que a Constituição significa até que a Suprema Corte altere o mesmo num caso subsequente.

Os julgados em segunda instância de qualquer Estado-Membro das Cortes norte americanas, exercendo seu papel nos limites que lhe são pertinentes, possuem a liberdade de atuarem com diversos tipos de afirmação jurídica, tendo como base os argumentos trazidos nos autos de um processo, pois onde exista um

pensamento que direcione para a concretização de um precedente, por conseqüência, existiria previamente um caso sendo examinado pelo Tribunal para que o novo precedente obtenha seu surgimento.

3.5 O precedente judicial no Brasil

O principal fundamento do *common law* tem seu embasamento no *stare decisis*. Este vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa ‘mantenha a decisão e não altere o que fora decidido’, e deve ser aplicado em futuros casos que apresentem semelhanças com aquele a que esteja sendo julgado (Tucci, 2004, p. 160).

A função das decisões judiciais sempre fora alvo de estudos em todas as escolas que procuravam as pesquisas jurídicas. Por isso é que os jusnaturalistas enxergavam na atividade jurisdicional a obrigação de reconhecer o que por ventura já fosse existente, uma vez que o direito já antevia a um fato, como o direito natural, e a atividade do magistrado seria a de reconhecer a sentença proferida com o conteúdo normativo (Souza, 2006, p.24).

A preocupação do positivismo jurídico somente com o fato de se a regra jurídica esteja válida, reconhecia na função jurídica a evidência da aplicação do direito ao fato concreto, ou seja, a subsunção ao caso controverso com a norma jurídica que já exista. Não se fala num simples conformismo da norma existente, conforme ocorria no jusnaturalismo, porém, ao invés de se aplicar ao caso existente da regra vigente no ordenamento, averiguando-se, para isso, os critérios passíveis de garantirem sua validade.

Mesmo sendo Kelsen um dos percursores da escola positivista, ele enxergava a sentença não como uma simples declaração pessoal da análise do magistrado, mas também, a consideração do direito existente que deveria estar sendo aplicado ao que fora analisado no julgamento, afirmando que:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou ‘jurisdição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo (KELSEN, 1991, p. 255).

Tendo a escola histórica do direito abandonado a ideia de um direito preexistente e ainda indo de encontro, de certa forma, com a afirmativa de normas sempre existentes aos casos julgados (característica essa do positivismo), Souza (Souza, 2006, p. 28) afirma que os casos do judiciário que são julgados originam-se do passado e dos costumes da população, e em decorrência, de acordo com a escola histórica, caberia ao magistrado, no momento de interpretação da lei, adaptá-la em conformidade com as necessidades da época.

Mesmo que seja perceptível no sistema *common Law* o fato das decisões judiciais possuírem um valor de criação das normas, não se pode dizer que o mesmo ocorre nos sistemas de origem romano-germânica, por prestígio do que Montesquieu denominou como a separação de poderes, sendo o magistrado a ‘voz da lei’, possuindo as amarras de apenas reproduzir o que já estivera posto por escrito, o que ajudou na negativa das sentenças como fonte do direito.

É em seus dizeres a defesa da ideia de que, ao elaborar conceitos sobre o exercício da autoridade, a lei é ao mesmo tempo clarividente e cega em certas vezes. Porém, os juízes de uma nação são bocas que pronunciam as sentenças da lei, seres inanimados, sem terem a capacidade de mensurar sua força ou seu rigor (Montesquieu, 1973, p. 157).

Com as mudanças que ocorreram no sistema jurídico do Brasil, onde as decisões judiciais pretéritas começam a ter um peso de observância nas decisões futuras e, avançando, com a adoção do sistema que vincula as decisões de primeira instância ao que seja precedente pelo tribunal superior, caberá aos operadores do direito a clareza a cerca das técnicas que serão precisas para uma melhor interpretação da função exercida pelo *common law*. Para essa compreensão, uma breve análise do que se interpreta pela *ratio decidendi* será necessário.

Os pesquisadores do *common Law* em seus Estados de origem colocam em voga que a possibilidade de efetivar uma vinculação em casos posteriores com o que já fora decidido anteriormente, fica adstrito a chamada *ratio decidendi*, que significa que perceber qual seja as razões que levaram um magistrado a decidir e tomar uma decisão. Esta colocaria exposto os reais motivos que o juiz teve para chegar a uma determinada decisão.

Dentro dessa linha de justificativa, Goodhart explica que:

Num certo caso, a corte considera que os fatos A, B e C existem. Então, excluem o fato A como irrelevante, e a partir dos fatos B e C chega à conclusão X. Qual é a *ratio decidendi* deste caso? Há dois princípios: (1) Em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X, e (2) em qualquer caso em que os fatos sejam B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X. No segundo caso, a falta do fato A não afeta o resultado, pois o fato A foi considerado irrelevante. O tribunal, portanto, cria um princípio quando determina quais são os fatos fundamentais e quais são os fatos irrelevantes nos quais baseia sua conclusão (SOUZA, *apud*, GOODHART, 2006, p.132).

Logo, fica visível que a *ratio decidendi* é a fundamentação que o Poder Judiciário usa, através do julgador que o levou a uma conclusão a ser tomada, sendo considerado como um precedente a ser utilizado em decisões posteriores. Ela também possui em sua composição três objetos peculiares, sendo, o indicador dos fatos relevantes, o raciocínio lógico-jurídico da sentença e o juízo decisório. Na verdade, o órgão julgador que emana a decisão com base em seus fundamentos não a faz de forma pontuada. O magistrado sim, que em momento posterior, ao dar a *ratio decidendi* o foco como um precedente, é que irá retirar-la como norma jurídica, e que irá caber ou não ao caso concreto (Tucci, 2004, p.175).

Também ocorre que alguns fatos ou fundamentos que, mesmo possuindo no caso analisado uma relevância de observação, não chegam a ter uma carga de fundamental importância para integrarem a *ratio decidendi*, e são chamados de *dictum* ou *obiter dictum*. Mesmo não possuindo influência na composição da *ratio decidendi*, um *dictum* é passível de consideração dentro da matéria que será julgada. O *obiter dictum*, por sua vez, possui o fundamento jurídico que estreita uma relação sutil com a composição da decisão da matéria.

Sendo assim, os fundamentos jurídicos, através de seu conteúdo persuasivo, realiza a vinculação do precedente ao caso que fora julgado. É a observância da hierarquia dos argumentos jurídicos que o magistrado utiliza na decisão que será tomada. O núcleo da decisão compõe os fundamentos e a razão de decidir, que passam a ter efeito vinculante nos casos análogos futuros. Os outros, mesmo que possuam uma persuasão em seus conteúdos, não atingem a capacidade de constituir a *ratio decidendi* do caso em análise.

E mesmo que a cultura jurídica do *stare decisis* defenda como atitude a ser seguida a observância dos julgados anteriores, o sistema legal possui técnicas dirigidas para que o precedente não seja observado, quando possível. A primeira

maneira de não se aplicar o que o *common law* exige como regra de vinculação ao precedente, está na observância do *distinguishing*. Peculiar da observância do *stare decisis*, o *distinguishing* é a exigência de que o fato analisado pelo judiciário para julgamento tenha semelhanças com a causa que deu origem ao precedente vinculativo.

Assim, aqueles fatos considerados como fundamentais do caso em análise, dentro de uma margem de generalidade, deve casar com a igualdade daqueles casos apresentados pelo caso precedente a que se espelha. Cabe ressaltar que essa identificação não deve necessariamente ser absoluta de igualdade, porém, no mínimo, dentro dos aspectos fundamentais.

Além do *distinguishing*, existe a possibilidade do Tribunal reformular a conotação jurídica que é dada por um precedente, dentro de um contexto de atualização. Aqui, a necessidade de adaptar o direito a uma nova realidade coloca-o em acordo com as necessidades vigentes, reformulando seu sentido de maneira que o precedente a que se refere não seja revogado. Como afirma Antônio Pereira Gaio Jr., "*além do distinguishing, a Corte pode realizar ainda, a transformation, que é a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo. É a adaptação do direito às novas necessidades, uma nova atribuição de sentido ao direito*" (Gaio Jr., 2016, no prelo).

Não há uma regra exata para se decidir em aplicar ou não o precedente. Essa determinação provém da análise profunda a ser feita do caso concreto e sempre com o devido cuidado do magistrado no intuito de não abandonar os princípios do sistema ou de cair em erro, aplicando o precedente vinculativo a um caso sem sincronia com o que o instituto prevê.

Outra possibilidade de não observar o precedente seria quando os fatos sociais do precedente vinculante, à sua época, tornaram-se diferentes daquele em julgamento. Tendo isso constatado, pode o juiz também deixar de aplicar o precedente judicial com a devida fundamentação.

E outro controle na escolha pela aplicação ou não do precedente está na possibilidade que o chamado *overruling* dispõe. O *overruling* possibilita que o precedente seja revogado quando ficar constatado que a lei fora interpretada de maneira equivocada. Ocorre que a delicadeza da aplicação do *overruling* importa em afirmar que as decisões já proferidas com fundamento naquele precedente que passou a ser considerado como uma interpretação equivocada, gerando a

conseqüência de se considerar que todas as decisões emanadas com base nesse precedente, tiveram uma interpretação diferente do que o Direito realmente condiz.

Cabe enaltecer que o *overruling* diferencia-se do chamado *reversal*. O primeiro atenta-se para revogar o precedente por interpretar que este possui uma leitura errônea, equivocada da lei. Já o *reversal* vem a ser uma revisão, por um Tribunal Superior, quando em um determinado caso uma Corte inferior adotou um precedente. Mesmo com conotações parecidas, a conseqüência das duas análises feitas, são diferentes. No *overruling*, a sua efetivação traz a possibilidade de não mais se aplicar o precedente em casos posteriores, porém, mantém o que fora decidido até ali. Na aplicação do *reversal* apenas outra análise é feita do precedente vigente, acarretando aos casos uma decisão renovada.

Por fim, vale enaltecer que os precedentes judiciais são observados como sendo de aplicação compulsória ou de cunho apenas persuasivo, em Tribunal de hierarquia superior ao outro, ou até mesmo, entre eles. Quando a observância de um caso julgado não direciona para a obrigatoriedade do julgador em seguir aqueles fundamentos, afirma-se ser o precedente, apenas persuasivo. Aqui, poderá o juiz, dentro da sua convicção, decidir pela aplicabilidade do precedente ao caso ou não. Já na aplicação compulsória, a decisão do magistrado estará atrelada ao caso analisado, estando o precedente na obrigatoriedade de ser aplicado, possuindo a *ratio decidendi* do precedente uma vinculação de justificação.

Aquele precedente que é aplicado de forma horizontal pode ser considerado como o que é feito apenas dentro do Tribunal que o criou, não chegando a ter aplicação aos outros órgãos do judiciário. A aplicação de forma vertical do precedente, já leva sua aplicação aos demais órgãos do judiciário, não estando restrito apenas a uma Corte (Souza, 2006, pp. 140-150).

3.5.1 A aplicação do precedente judicial no CPC de 1973

O ordenamento brasileiro há tempos procura efetivar a aplicação do precedente judicial no país. Através da lei 8038/90, em seu artigo 38, já estipulava que o relator do STF ou STJ poderia negar seguimento a recurso que contrariasse, nas questões de direito, súmula do respectivo Tribunal.

Na lógica, tratava-se de uma aplicação horizontal do precedente, possibilitando que o relator negasse a possibilidade do recurso prosseguir. Em

seguida, o CPC/73 fora alterado em seu artigo 557 pela lei 9139/95, tornando possível que os relatores dos Tribunais tivessem a possibilidade de negar seguimento a recursos que viessem de encontro a súmulas de seus Tribunais ou relativas a Tribunais superiores. Após três anos, a lei 9756/98, foi dado ao relator dos Tribunais a possibilidade, não só de negar seguimento ao recurso que contrariasse súmula, como também, a possibilidade de julgar, através de decisão monocrática, sempre que o caso fosse de encontro a súmula ou jurisprudência do STF ou de outro Tribunal Superior (Brasil, 2004, p.634).

Mesmo que a conotação dada pela lei seja de um precedente persuasivo, pois o relator poderia optar em dar prosseguimento ao recurso ou não, a tendência para que o precedente vinculativo ocorresse já era perceptível.

E tratava-se não apenas das súmulas dos Tribunais, pois as decisões dominantes desses Tribunais Superiores também eram observadas, através das jurisprudências, por exemplo.

Em análise a ao artigo 285-A, modificado pela lei 11.277/06, percebe-se:

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada (BRASIL, 2014, p.588).

Sem enaltecer a respeito dos motivos da alteração do artigo, percebe-se uma maneira atípica de aplicação do precedente, pois os motivos que levaram o juiz a decidir pela improcedência, poderá conduzi-lo para extinguir o feito quando seja idêntico aos casos passados.

Desse modo, a caracterização idêntica ao *common law* aplicado nos Estados Unidos, da *ratio decidendi*, resta por negada, prevalecendo apenas uma observância em requisitos legais que a legislação brasileira estipula, para que o magistrado emane sua decisão, mesmo que o réu não tome ciência do processo.

3.5.2 A súmula vinculante como precedente

No ordenamento brasileiro, a grande força dada ao uso dos precedentes judiciais foi perceptível a partir da emenda constitucional nº45/2004. Essa emenda

trouxe a inserção do precedente no texto constitucional como um mecanismo peculiar, pois tornou possível uma estreita relação da Administração Pública direta e indireta unificada pela confecção de Súmulas emanadas pelo STF. Tal inserção buscou efetivar a celeridade processual (sendo esta uma garantia constitucional), tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, de acordo com o artigo 5º, inciso LXXVIII, que garante uma razoável duração do processo a todos os cidadãos que compõe essas esferas (Brasil, 2014, p.32). Através da aplicação de súmula vinculante com fundamentação no inciso em questão, pode-se verificar nesse instituto a influência trazida pelo *stare decisis*, como fora visto no tópico anterior.

Assim, a súmula vinculante especificada pela Constituição tem funcionalidade de precedente judicial com caráter vinculante e, portanto, seu seguimento é de cunho obrigatório nos casos posteriores a sua criação e que tenham semelhanças às demandas anteriormente decididas, que deram origem ao precedente.

Interessante destacar que apesar da origem de uma súmula vinculante ser proveniente de repetidas decisões de maneira a se ter uma linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, esta não surge a partir de uma determinada quantidade de decisões a respeito do assunto. A lei não estipula um *quantum* decisório para que se chegue à conclusão de que o assunto já é pertinente ou que o mesmo já possua um peso valorativo para que se configure como sendo uma súmula vinculante. A percepção de que a matéria discutida vem a ser um problema de cunho nacional, ao ponto de se ter a necessidade de criação da vinculação de uma súmula, também caberia à Casa Suprema, de modo que esteja constatado a iminência de uma insegurança jurídica.

Antônio Pereira Gaio Junior ensina que:

Nota-se que, nos textos normativos que envolvem a Súmula Vinculante, ou seja, CF/88 ou a já aludida Lei, não se tem previsto um número mínimo de decisões reiteradas antecedentes a edição da súmula, a fim de atestar a maturidade da matéria a ser sumulada, portanto, cabendo, inegavelmente ao Supremo Tribunal Federal a rotina e experiência no trato com a questão controvertida ou mesmo já sazoadada e que, certamente, se atente a matéria de que trata de um problema jurídico-político atinente a todo povo brasileiro (em cujo nome o poder é exercido – CF, art. 1º, par. Ún.) e não somente de uma singela questão processual inter-partes (GAIO Jr., 2013, p.371).

Assim fica claro, que a súmula vinculante busca superar divergência de pensamento na interpretação normativa entre os tribunais ou mesmo dentro da administração pública com o próprio judiciário, no que diz respeito à validade, interpretação e a eficácia do ordenamento legal, desde que a percepção de uma insegurança jurídica seja constatada por conta de decisões divergentes em incontáveis processos.

3.5.3 A jurisprudência como precedente

No Brasil tem-se a percepção de que a jurisprudência é embasada em sucessivas decisões judiciais que confirmam uma tese jurídica, podendo ser provinda do juiz monocrático através de suas sentenças, ou pelos Tribunais quando seus acórdãos decidem matéria de competência originária ou recursal. Athos Gusmão Carneiro explica que a jurisprudência possui peculiar valoração na criação do direito por fazer referência a um conjunto de decisões judiciais que, conseqüentemente, representam a interpretação do magistrado em relação à norma, aplicando a lei dentro de uma mesma linha de pensamento, o que não chega a caracterizar um tipo de fonte formal do direito, mesmo que venha a suprir as lacunas existentes em um caso concreto (Carneiro, 2005, p.327).

Segundo o autor, a concretização da jurisprudência também auxiliaria quando a inércia do legislador fosse constatada pois a mesma renovaria vagarosamente a interpretação que as normas legais poderiam receber (Carneiro, 2005, p.328).

De forma contemporânea o que se observa no país é um sistema mesclado, que busca não colidir os preceitos do *common law* com os do *civil law*. No Brasil, a ideia do respeito ao posicionamento das Cortes Superiores pelos julgados em instâncias inferiores, já há muito é discutida. Porém, a forma desse respeito e acatamento bem como a decisão de padronização a ser feita da controvérsia em questão, é o que pode ser observado em discussão atual pela doutrina.

Dentro da análise aqui apresentada, o estudo ainda buscará caracterizar os dois institutos, bem como sua origem e aplicabilidade nos dias atuais no país, destacando de forma breve a tendência do Judiciário no tocante ao ordenamento brasileiro, observando a conceituação do princípio do livre convencimento do juiz nas situações em que os precedentes vinculantes se fizerem presentes e coercitivos.

3.6 O debate da limitação do precedente ao livre convencimento do juiz

Não é perceptível uma pacificação doutrinária entre os grandes sistemas jurídicos no país, pela interpretação que a doutrina faz. O que se vê são autores calorosamente a favor ou outros contra a adoção da vinculação do precedente judicial.

Aqueles que defendem a ideia contrária a aplicação do precedente de forma vinculativa possuem sua fundamentação na teoria da separação dos Poderes, idealizada por Montesquieu, que direcionava a impossibilidade do judiciário 'criar' norma jurídica, na ideia de estar sendo eliminado o livre convencimento do juiz, ocasionando uma rigidez nos julgamentos. Aqui o que se prega é que o advento dos precedentes vinculantes traria um engessamento na interpretação da norma jurídica e, conseqüentemente, uma maior mora para atingir um fim ideal de sua aplicação perante aquilo a que a lei tenha sido realmente criada.

Outros então aplicam a ideologia de que a vinculação do precedente não abalaria sua persuasão racional, não ficando restrito seu julgamento, podendo decidir se o que fora apresentado pelo caso em vigor estará em acordo ou não com aquele sumulado. E, principalmente, se o que fora apresentado possui ou não fatos que possam ser enquadrados na *ratio decidendi* do paradigma vinculante conforme elucidado.

Tanto uma linha de pensamento quanto outra precisa de uma análise com ponderação parcial, visto que onde a lei prevalece como única fonte do direito, a rigidez e a morosidade também seria perceptível. Argumentos em que fosse possível a previsibilidade, segurança jurídica e igualdade nos julgados seriam as principais defesas que a doutrina apresentaria. Pacífico também é o entendimento de que seja possível através da própria evolução do direito, se cobrar da sociedade aquilo que realmente se entende por direito.

Numa ideia de que na observância do precedente judicial exista a possibilidade de se poder auxiliar na efetividade e celeridade do processo, ainda inclui-se a redução de dinheiro com custas, além do tempo gasto nos julgados. Seria aqui uma primeira etapa se o precedente fosse utilizado de maneira experimental, para posteriormente aplicar o instituto a outros Tribunais.

Calmon Passos afirma que “*falar-se em decisão de Tribunal Superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa via crucis imposta aos litigantes para nada*” (apud Oliveira, 2005, p. 597).

Em análise divergente, existe a defesa da ideologia onde é observado que, desde quando o Executivo postou-se a promover a reforma do Judiciário dentro do período de evolução social, fora questionado o posicionamento de se dar efeito vinculante a certas decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, poderia incorrer no fato do Poder Público estar cerceado da possibilidade de impetrar novas ações judiciais, em qualquer instância, fundamentando essa ideia na inconstitucionalidade de uma lei ou de um fato, mesmo que a revogação formal dessa lei ainda não tivesse ocorrido.

Assim, quando comparado as justificativas do *common law* ao que se pode aplicar no ordenamento brasileiro, Dalmo Dallari elucida que:

Apesar de todos os aspectos negativos aqui apontados, inclusive a ofensa a preceitos fundamentais da Constituição, e não obstante as manifestações contrárias de entidades e pessoas ligadas às lides judiciais, a súmula de efeito vinculante foi introduzida no sistema jurídico brasileiro. Por meio da Emenda Constitucional nº45, de 08 de dezembro de 2004, foi acrescentado ao texto constitucional o artigo 103-A, dispondo exclusivamente sobre a súmula vinculante. É fácil prever que em muitas situações concretas, a súmula terá o significado de uma camisa de força, impedindo soluções justas, devendo surgir situações em que o bom senso e o compromisso com a justiça tornarão praticamente impossível a estrita obediência a súmula. Prevendo isso, os autores da Emenda acrescentaram ao art. 103-A um parágrafo terceiro, dispondo que o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que poderá, inclusive, decidir que não se aplique a súmula. (DALLARI, 2010, p.74)

O autor traz a tona a ideia de que, em nenhum momento nas leis brasileiras, a orientação ao precedente vinculante se tornou obrigatório ou que tenha ficado autorizado tal suposição jurídica ou mesmo que ela será vinculante para outras Cortes. Destaca, na verdade, que o precedente pode vir a ser de suma importância para algum caso ocorrido nos Estados Unidos e, dessa forma, somente para o tribunal desse país, não possuindo sua influência a imposição de uma lei que o torne obrigatório.

Ainda não estaria sanado esse impasse apresentado pelo autor, se não fosse à regulamentação trazida pela lei 13.105/15 para a aplicação do precedente no país.

Porém, o mesmo dá continuidade de seu pensamento doutrinário na negativa pelo modo de aplicação do precedente ao afirmar que:

Não é preciso mais para se verificar com segurança o equívoco da afirmação de que no sistema judicial norte-americano já existe a força vinculante que se pretende estabelecer para decisões do Supremo Tribunal brasileiro. A par disso, e mais do que isso, o que importa é que tal regulação reduziria gravemente a independência de juízes e tribunais, o que não convém ao direito e a justiça. Precisamente, por esse motivo, advogados reunidos em Brasília, em 1995, num encontro promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, para conhecimento e discussão das propostas da reforma constitucional já formuladas ou anunciadas, tomaram posição firme e unânime contra a pretensão, externada pelo Ministro da Justiça, de atribuir efeito vinculante a decisões do Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, e sem qualquer divergência, opuseram-se também a ideia do incidente de inconstitucionalidade, que não seria mais do que a reencarnação da malfadada advocatária, usada em períodos de trevas jurídicas. (DALLARI, 2010, p.76)

Antes mesmo de ser ter críticas a respeito da Emenda Constitucional nº45, já havia autores que questionavam a aplicabilidade do precedente vinculante. Uma vez concebida a ideia de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são indicações do Poder Executivo, o perigo da formação de precedentes segundo interesses desse órgão administrativo seria iminente. A partir do momento que se tenha aplicada a vinculação ao precedente jurídico, passaria a contar com esse elemento do judiciário, sopesando na indicação segundo a convicção pessoal de quem indica, em prol ou contra a adoção da súmula, circunstância que acabaria por ir a favor de interesses do governo que estivesse no poder (Silva, 1998, p.26).

José Anchieta explica que a ideia de que o descumprimento por parte do magistrado da aplicação de uma súmula vinculante, por exemplo, poderia ser considerado como o chamado de 'crime de hermenêutica'. Explica o autor que esse eufemismo oriundo de Ruy Barbosa, datado de 1893 quando um juiz do Rio Grande do Sul deixou de aplicar certo precedente considerado como vinculante, veio a sofrer um processo por crime de prevaricação, sendo condenado pelo tribunal gaúcho a 9 meses de suspensão de suas atividades magistradas. Relata assim, que Ruy Barbosa, ao defender o juiz, justificou que tivesse a ocorrência de algum crime ali, seria do 'crime de hermenêutica' já que o mesmo fora caracterizado pelo fato de a interpretação dada pelo juiz ao caso julgado divergiu do entendimento do tribunal, o que levou ao processo em questão. E conclui seu pensamento quando defende que:

A admissão da súmula de efeito vinculante amplo impõe admitir-se o inadmissível. Corresponde ela o admitir que todos os juízes terão que pensar e que concordar, previamente, com todas as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, no que vier a ser estabelecido como súmula de efeito vinculante. É o engessamento prévio de todo o Judiciário sobre o que compreendido na súmula.

Aqueles que se colocam contra a adoção da medida entendem, e com razão, que, partindo-se de tal argumentação sedimentada numa realidade que não pode ser negada, se está atacando os efeitos de uma crise instaurada mas não se está atacando a causa. A adoção no texto constitucional, da súmula de efeito vinculante amplo será um ponto descolorido sobre os termos de uma constituição alvissareiramente chamada de constituição cidadã. Violenta-se assim a consciência e a individualidade do julgador togado, pois ao juiz não se poder impor um alinhamento definitivo com o pensamento da Suprema Corte, sem que tal se dê, nos limites da lide, observando o alcance da relatividade e da individualidade de cada processo. (SILVA, 1998, p.29)

Dentro de uma linha de raciocínio defensora da aplicação do precedente vinculante, está a de Benjamin Cardozo, que desde o século passado já questionava sobre a abolição ou não do precedente vinculante. O jurista defendia que a adesão ao precedente deveria ser tomada como regra, e não como exceção. O fato de os juízes terem que reabrir discussão já pacificada por tribunais superiores, acarretaria em um comprometimento no trabalho realizado. Tratando-se de questões similares, estaria o tribunal sujeito a ter numa semana um caso decidido de uma maneira, quando que em outra semana, a mesma discussão poderia ser decidida de forma diferente.

Intolerável seria, para o Judiciário, se o que fosse mudado em curto espaço de tempo tivesse mudança nas próprias decisões, tornando-as divergentes. Nada teria a se fazer, a não ser acatar aos erros dos magistrados de outrora passada, estando de acordo ou não. Por isso, na maioria das causas em que se caiba algum precedente, o que aflora seria um efeito retroativo criado pelos juízes, sem causar qualquer tipo de contratempo. O sistema de criar o direito por meio de decisões judiciais que fornecem a norma para transações realizadas antes do pronunciamento da sentença seria de fato intolerável, caso o direito natural não providenciasse ao juiz a principal regra de julgamento quando o precedente faltasse ou estivesse em desordem (Benjamin, 2004, p. 105).

Em debate as críticas em desfavor do precedente, Antônio Álvares também argumenta que não se pode dizer que o mesmo cria um direito, visto este não ser lei. É nesse sentido a ideia, quando afirma:

A súmula não é lei, porque lhe falta a novidade: não cria, modifica ou extingue direitos e deveres. Apenas interpreta.

Basta essa colocação para se negar o argumento de que os tribunais superiores se transformam em legisladores, usurpam o Poder Legislativo, violam a convicção dos juízes inferiores, arrogam-se em tiranos de interpretação, etc.

São visões falsas que se baseiam no poder de criação das súmulas e não em sua função secundária e anciliar da lei.

Enquanto os tribunais superiores existirem, seus julgamentos terão efeito naturalmente normativo, pois serão seguidos de alguma forma pelos tribunais inferiores. Se estas decisões vinculam a própria cúpula, por que não hão de vincular o juiz inferior?

Quem nega o fato de que a jurisprudência dos tribunais superiores não é seguida pelos inferiores? São raros os casos das Varas e TRTs que julgam contra enunciados e precedentes. A razão se baseia no bom senso: por que insistir numa tese, que vai ser rejeitada na instância máxima, que explicitamente já a rejeitou?

Se, entretanto, se julga contra jurisprudência majoritária ou sumulada, quem vai pagar pela demora é a parte. O processo rolará vários anos até chegar instância máxima, que manterá a orientação anterior. Quem vai pagar ao autor ou ao réu a longa espera? Qual a imagem que fará de um judiciário tão demorado e inútil? Será que o juiz não é capaz de deixar de lado sua vaidade e seguir a orientação jurisprudencial de tribunais superiores? (SILVA, 2004, p. 98).

Observando a análise trazida até aqui, fica perceptível que no país, não há como afirmar, por enquanto, que o precedente da *common law* nos Estados Unidos vem a ser o mesmo aplicado pelo ordenamento brasileiro.

Mesmo estando no novo Código de Processo Civil, através da Lei 13.105/15 e em voga o assunto nos dias atuais, o mesmo não é de todo novo no ordenamento, conforme visto.

As chamadas súmulas recorrentes ao controle de constitucionalidade, por exemplo, sempre tiveram cunho obrigatório de seu seguimento pelos juízes de primeira instância. A criação de súmula vinculante que funcionava através do antigo Tribunal Federal de Recurso no Brasil, também possui cunho de observância obrigatória.

Ao ser analisado o novo Código Processual, fica constatado no artigo 927 uma relação de observações que os juízes e Tribunais precisarão ter, como os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas bem como os enunciados das súmulas do STF. E é onde a legislação brasileira leva a questionar o que seria, dentre os enunciados, o considerável como um precedente vinculante.

Constata-se que, em nosso ordenamento, ‘precedente vinculante’ pode ser considerado todos esses elementos. Precedente, no Brasil, é gênero jurídico, que engloba várias estipulações obrigatórias dentro do ordenamento. Logo, no país fica constatado a percepção de precedentes vinculantes, do tipo, “precedente-súmula”, “precedente-jurisprudência”, “precedente-acórdão”, tendo o legislador nomeado o que, para ele, seria um precedente.

Diferentemente dos Estados Unidos, aonde o precedente provém do *case law* e, com base nesse julgado, uma interpretação é levada a nível de precedente, no Brasil a diversidade de demandas repetitivas geram a formação do entendimento do STF e STJ a ser seguido pelos tribunais monocráticos e de segunda instância.

Visto ser a criação de um precedente relacionado a interpretação do sistema normativo, é conclusivo que o mesmo seja criado a partir da resolução dentro da matéria de direito do caso, nunca a respeito da matéria de fato discutida no processo.

Assim, busca-se a aplicação de um dos princípios basilares no país, através do princípio da isonomia, no intuito de ser ter uma coerência de pensamento a respeito de determinado assunto no tocante a interpretação de uma lei, de forma que o mesmo direito seja aplicado a todos.

A busca da racionalidade se torna imprescindível. Mesmo que sujeito ao risco de se formar um precedente irracional, o debate a respeito dessa congruência é plausível, visto existir meios de alteração desses precedentes, desde que presentes os requisitos para tanto.

Dessa forma, inegável a constatação de que o uso dos precedentes vinculantes, possuidor que é dessa força coercitiva, demonstra um passo no processo evolutivo no ordenamento brasileiro, parecendo possuir desvantagens mais aparentes do que reais, tendo pontos positivos de quantidade suficiente para convencer da necessidade de sua aplicação.

4 NOVO CPC/2015: elementos para motivação das decisões, livre convencimento e precedentes judiciais

4.1 Da decisão não fundamentada de acordo com o CPC/2015

O comando estabelecido pela Constituição Federal que regulamenta que as decisões judiciais sejam fundamentadas, conforme visto, orienta que essa regra seja observada em todas as instâncias do Poder Judiciário dentro dos processos. Assim também estabelece que a publicidade dos julgados sejam preservados (bem como a fundamentação) sob pena de nulidade (artigo 93, IX, CF/88).

Percebe-se o caráter de regulamento que garante o aspecto democrático da jurisdição, pois só através do conhecimento dos motivos da decisão que se torna possível concretizar, com nitidez, o controle da atividade dos juízes, quando o julgado estiver em nível de recurso, por exemplo. Porém, mesmo a constituição estabelecendo a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, não existe uma regulamentação da maneira específica que o magistrado deverá efetivar esse procedimento.

O CPC/73 dispunha no artigo 458, inciso II, o estabelecimento como requisito essencial da sentença (e que era prolongado para qualquer outra decisão de mérito ou não) a apresentação da decisão com “*os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito*” (Brasil, 2014, p.611). Porém, não ia além dessa estipulação. Logo, inevitável ter a percepção de que existia a possibilidade do magistrado executar tal obrigação de forma subjetiva dentro de certa liberdade.

Frisa-se: o magistrado não possuía a possibilidade de escolher se realizaria ou não a fundamentação quando emanasse sua decisão. Este vem a ser um dever inerente à própria validade da jurisdição estipulado por regulamentação da Carta Magna. A liberdade destacada anteriormente pela Carta Magna faz referência apenas na maneira em que essa fundamentação deva ser realizada.

Dessa forma, a observação trazida pelo artigo 489, § 1º e seus incisos do novo Código de Processo Civil traz a percepção de que uma inovação na maneira do magistrado proferir sua decisão é levada em conta. Mesmo que a Lei ainda não estipule o que é considerada uma decisão fundamentada, ela traz em seu bojo a enumeração do que é considerada uma decisão ‘não fundamentada’. Começa, então, a observância de uma maior rigidez de modo a não permitir que os julgadores

decidam aleatoriamente e de forma desconectada com os argumentos trazidos pelas partes.

Segundo o artigo do CPC/2015, 489, §1º e seus incisos, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, quando:

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 - II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 - III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 - IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 - V – 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;
 - VI – 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.
- (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 08 de outubro de 2015).

Dessa forma, fica nítido que o NCPC estabeleceu as hipóteses das quais uma decisão do magistrado será considerada não motivada, tornando possível a consideração de sua integralização, anulação ou reforma. Essa substancial inovação do ordenamento deixa nítida uma série de posturas diferenciadas que deverão ser observadas pelo Poder Judiciário a partir de então, pois decisões que apenas citarem os dispositivos legais a que se referem ou suas respectivas ementas de precedentes, sem realizarem o ponto em comum com o caso concreto, não serão consideradas como fundamentadas.

Não mais será possível o magistrado publicar uma decisão onde a fundamentação encontra-se implícita, onde a norma esteja justificada como relativa ao caso julgado de maneira subjetiva ou que seja a citação do precedente judicial usado como auto explicativo, falando por si.

Assim também passa a valer para o uso dos conceitos jurídicos indeterminados que não mais poderão ser empregados com seu conteúdo indefinido na relação com o caso concreto, deixando de ser uma solução ao magistrado para tangenciar com o mérito da causa, sem que o enfrente explicitamente. Aqui, evita-se a partir de então, a utilização de decisões judiciais que trazem argumentos submetidos em várias outras decisões proferidas pelo mesmo juízo e que são

agrupadas naquela a que agora se refere, porém, sem possuir efetiva relação com a mesma decisão.

Além dessa observação, percebe-se que a decisão que não utilizar o precedente invocado pela parte sem estar devidamente distinto em sua ideia, também será considerada como sem fundamentação (inciso VI) deixando evidente o artifício de o Brasil mudar sua concepção dos julgados, aderindo aos precedentes.

Ao levar em consideração o supracitado artigo e seus incisos, a *incidência* volta à tona como categoria jurídica a ser levada em consideração desde que se observa a revalorização do direito, em âmbito constitucional, bem como as processualísticas atitudes emanadas do Poder Judiciário. A inestimável relevância para as decisões dos magistrados passam a contar com uma inovada argumentação judicial, trazendo a seriedade nos argumentos trazidos pelas partes bem como a explicação dos motivos de não se aplicar as normas que as partes alegaram possuir seus direitos.

Resta perceber que o artigo também coloca uma categoria jurídica (*incidência*) como foco principal dos argumentos na decisão do magistrado, esteja este aplicando precedentes, ou aplicando enunciados legais, o que também traz uma diferente forma de o magistrado alegar ser suficiente a adequada fundamentação de sua decisão proferida.

O trabalho de interpretação realizado pela jurisdição é integrado por funções colocadas de modo a criar o juízo sobre a incidência ou não incidência de uma regulamentação legal de um denominado ocorrido. Essas funções pressupõem um recolhimento analítico das provas que forem apresentadas, realizando uma criação normativa a partir da matéria proposta nos autos para, posteriormente, prestar a veracidade do resultado jurídico dessa incidência (ou negar a sua incidência).

Logo, o estudo realizado sobre as normas e os fatos pode ser considerado como análise realizada nos fatos jurídicos da incidência. Dessa forma, a doutrina demonstra a ideia de que toda decisão possui elementos declaratórios sendo também toda norma que seja aplicada, possuidora de um enunciado de incidência.

Por fim, é plausível observar que um controle racionalizado das decisões judiciais consiste em uma avaliação sobre seu juízo de incidência da própria norma jurídica, ou até mesmo, dentro de uma análise onde a incidência pode ser observada em sentido contraposto a aplicação do próprio fato. É imprescindível no discurso judicial a justificação a respeito da *incidência*, seja por qual embasamento for.

Assim explica Ataíde Jr., ao dizer que:

Ao ver desse articulista, o supracitado enunciado legal, resgata a categoria jurídica da *incidência*, tão esquecida em tempos de neoconstitucionalismo, neoprocessualismo etc., mas que é de importância inestimável para a adequação da argumentação judicial, ou melhor, para impor ao discurso judicial a consideração séria e detida das razões deduzidas pelas partes, o que exige a justificação da não incidência das normas invocadas, caso não se as aplique, bem como a justificação da incidência das normas aplicadas na solução do caso.

O artigo 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, conforme restará demonstrado logo a seguir, põe a incidência no centro do discurso judicial, seja na aplicação de enunciados legais, seja na aplicação de *precedentes* e, assim, certamente, revolucionará o tema da adequada fundamentação das decisões, no Brasil.

É que a função jurisdicional cognitiva é composta por atividades destinadas a formular juízo acerca da incidência ou não de norma jurídica sobre determinado fato. Tais atividades consistem, primordialmente, em coletar e examinar as provas sobre o ato ou fato em questão; construir a partir do ordenamento jurídico a norma de regência da matéria e, por fim, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não houve incidência; que inexistiu fato jurídico e, conseqüentemente, relação jurídica ou que esta não se deu da forma e na extensão pretendida.

Assim, trabalhar sobre as normas e os fatos é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência. Daí, pode-se concluir que toda sentença tem um conteúdo declaratório e que toda aplicação da norma é um enunciado de incidência (ATAÍDE JR., 2015, p. 692)

Portanto, a racionalidade do controle das sentenças emanadas pelos magistrados pode ser vista numa análise sobre o juízo de incidência da própria norma jurídica, em acordo com a Constituição. É dada a observância de o fato da aplicação ter se dado ou não em sentido contrário a incidência.

4.2 Inovações trazidas pelo NCPC ao magistrado no ato decisório

Das várias mudanças jurídicas trazidas pelo NCPC, uma que merece destaque é a elencada pelo art. 489, §1º, inciso IV, que estipula que o magistrado deverá enfrentar os argumentos trazidos pelas partes que possam infirmar a conclusão do julgador, conforme destacado anteriormente. Tal propósito mudará significativamente a maneira dos magistrados no país de atuarem, pois os mesmos deverão responder a todos os argumentos que forem apresentados pelas partes que, em tese, poderão ser capazes de dar outra conotação ao entendimento adotado pelo julgador.

Vale destacar que, de acordo com o CPC/73, não vigorava a necessidade de justificar a não aplicação dos argumentos que as partes apresentassem. Antes de ser aprovada a Lei 13.105/2015, não havia qualquer norma prevendo tal hipótese, como também não tinha a Corte Superior entendimento nesse sentido, como fica perceptível na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao declarar que:

Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010.5. O artigo 93, IX, da Constituição Federal, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, máxime o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, quando já tiver fundamentado sua decisão de maneira suficiente e fornecido a prestação jurisdicional nos limites da lide proposta. Precedentes desta Corte: AI 688410 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe- 30/03/2011; AI 748648 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe- 19/11/2010. (STF – ARE: 644845 SP, Relator: Min. Luiz Fux, data de julgamento: 15 de agosto de 2011, data da publicação: DJe – 164 Divulg 25/08/2011, public 26/08/2011).

Assim, é notório o posicionamento de que o magistrado não estava vinculado a rebater, um a um, as argumentações que as partes apresentassem no processo, a partir do momento que entenda que existia fundamentação suficiente para a manutenção do posicionamento adotado, de acordo com o CPC/73. Plausível concluir que ocorrerão mudanças por esse entendimento jurisprudencial no país.

Pelo o que fora proposto no novo CPC, o juiz precisará enfrentar quando emanar suas decisões, todas as justificativas trazidas pelas partes, e não mais apenas aqueles fatos que lhe for de interesse para a formação de seu convencimento. Dessa forma, ficará o juiz incumbido no compromisso processual de dizer quais provas e por quais motivos das que foram produzidas pelo autor, por exemplo, que são melhores e de maior poder de convencimento ao seu entender, em comparação pelas que foram trazidas pelo réu. Dizer o magistrado que ficou convencido por certa prova e não argumentar o porquê que as outras provas apresentadas não lhe serviram para o convencimento, não mais será suficiente.

Percebe-se sutilmente, que o NCPC regulamenta ao já de outrora previsto pelo contido no artigo 93, inc. IX da Constituição de 1988, ao analisar a maneira que as decisões são fundamentadas, tornou-se uma ideia coercitiva de se ter uma adequação efetiva para a referida cláusula constitucional, inclusive com a proteção através de uma legislação que trouxesse efetividade a esse ordenamento.

É o que explica Dierle Nunes (Porto Alegre, p.27) quando afirma que “*tais preceitos ofertam concretude para um processualismo constitucional democrático*”, e assim, com o novo CPC, fica perceptível que o sistema normativo dá efetividade ao ordenamento constitucional não mais tendo este um aspecto de orientação ou de ideia formal a respeito do procedimento a ser seguido nas tomadas de decisões.

Isso conseqüentemente traz uma acomodação para as partes e seus procuradores judiciais em um âmbito jurídico para qual o conteúdo legítimo e democrático da decisão seria suprimido a partir dos pré conceitos contra bloqueios na forma de julgar, segundo o autor.

Por fim, percebe-se que o novo Código de Processo Civil, ao esclarecer, no parágrafo 1º do artigo 489 o que é considerada uma decisão não fundamentada, acaba por estipular parâmetros para que a atividade judicial seja norteada. A busca por um combate às fundamentações genéricas das decisões torna-se perceptível, bem como pela aplicação inadequada de precedentes, uso de conceitos jurídicos indeterminados que não estejam concretizados no caso exposto, entre outras hipóteses que possam surgir.

A sentença, portanto, vincula-se a um núcleo mínimo de conteúdo ao qual torna-se obrigatório a sua observância a partir do momento em que o artigo 489 prescreve o que não é uma decisão fundamentada. Surge, então, a possibilidade de um aprimoramento no plano legislativo, da fundamentação através de uma qualificação do direito fundamental da motivação dos atos judiciais, que a Constituição Federal traz no artigo 93, inc IX, conforme visto anteriormente. A exigência da motivação traduz-se no dever constitucional, imposto aos órgãos judiciais, de fundamentar, de justificar, racionalmente, o sentido tomado pelo pronunciamento jurisdicional.

Possui a fundamentação então, a função de controlar a participação efetiva das partes no processo, funcionando como um reflexo da prática do contraditório no momento do juiz decidir. É na motivação da decisão que será perceptível a

constatação da exata medida em que as argumentações trazidas pelas partes em juízo tiveram sua consideração realizada pelo magistrado.

E, com isso, tendo o juiz emanado sua decisão de forma racional e precisa, além deste concluir o debate judicial, estará auxiliando na compreensão pela sociedade do direito e da justiça ali empregada, fortificando a sensibilidade de confiança esperada pela prestação da tutela jurisdicional.

Além dessa concepção, o artigo 927 traz de forma persuasiva o que era tido como demonstrativo. Segue pelo NCPC que os juízes deverão tomar conhecimento, por exemplo, de acordo com o previsto no inciso IV, do que for tido por entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Com isso, ganha no ordenamento pátrio um afunilamento das possibilidades de uma segunda análise de um caso concreto, visto esse poder ser referente a certo entendimento já pacificado por uma Corte.

É o que nota-se nos dizeres de Antonio Pereira Gaio Jr., quando afirma que:

Nota-se que a vinculação aos precedentes arrolados no artigo 927 se junta, verdadeiramente, ao rol dos filtros recursais, de modo que a força do comando “devem” traduz no estabelecimento vertical da uniformidade racional realizadora do *decisum*, o que sem exercício empírico para com a certeza no funcionamento do sistema, ainda que pese as virtudes da estabilização dos julgados e previsibilidade das razões e decisões, catalisadores neste âmbito, dos princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia, além do princípio da duração razoável do processo, há de se prever ainda uma série de aperfeiçoamentos pragmáticos nos âmbito dos Tribunais a fim de favorecer o cumprimento exato e reiterado do comportamento dos órgãos judiciais envolvidos, desde aquele responsável pela edição do precedente, passando pelos tribunais hierarquicamente inferiores, até chegar aos juízes monocráticos de 1º grau (GAIO Jr., 2016, no prelo).

Fica nítido, conforme dito, que o NCPC apenas reflete, incorpora e deixa explícito o que já existia. O dispositivo transborda o que naturalmente seria um direito fundamental à motivação das decisões judiciais, buscando reafirmar uma garantia constitucional já existente. A decisão estando corretamente fundamentada além de concretizar as similitudes da atuação das partes com a atividade jurisdicional traz para o Poder Judiciário um fortalecimento do seu controle de atuação, seja através dos recursos ou de qualquer outra forma, corroborando a prestação jurisdicional bem como a segurança jurídica.

4.3 Da justificação de aplicação do precedente no Brasil

A maneira como a tutela jurisdicional é prestada no Brasil pode ser considerada por integrante de um momento de reflexão a respeito de sua forma de aplicação. Sua evolução temporal, a maneira democrática de se ter acesso ao Poder Judiciário, o grande número de demandas em litígio, o mundo globalizado, a criação de novos ordenamentos jurídicos bem como a consideração de outros ordenamentos tidos como ultrapassados têm sido motivação para reformular o pensamento a respeito da aplicação da tutela jurisdicional que é prestada no país.

Milhares de processos judiciais estão em tramitação, acarretando um congestionamento da máquina judiciária. Mesmo tendo o país apresentado certa evolução na produtividade do trabalho dos magistrados, ainda sim, é em nível de tensão o número de processos que são julgados por cada um, o que inevitavelmente acaba por acarretar um aumento dos custos que o Poder Judiciário precisa ter para sustentar os trâmites necessários.

Por isso, a sobrecarga do trabalho forçou naturalmente a busca por alternativa que justificasse uma maior racionalização na maneira de se prestar a jurisdição. Mas inevitável não pairar a incógnita de como realizar julgamentos com a qualidade e credibilidade que se espera do Estado, dentro de um número de demanda judiciária tão expressiva. E também, qual maneira seria ideal para que a produção nos trabalhos do Poder Judiciário fosse aumentada com o intuito de se abaixar o congestionamento judicial sem que esse ato acarretasse uma queda na qualidade dos julgados em questão?

É perceptível que quando se tenta alcançar um aumento na racionalidade da maneira de se prestar o serviço do judiciário, a observação aos precedentes são considerados como uma alternativa plausível para tornar o sistema processual mais íntegro, trazendo uma maior segurança jurídica bem como uma maior igualdade para àqueles que o procuram. Um sistema jurídico que presta observância ao sistema de precedente bem estruturado passa a contar com uma maior eficácia na busca da racionalização a que se almeja, o que traz como consequência uma perspectiva futura de diminuição dos processos instaurados no país.

Um sistema judicial que traz uma forma íntegra de decidir aumenta sua capacidade analítica dos precedentes, acarretando um aumento da previsibilidade nas decisões que seguirão, e em contrapartida, ajuda a evitar a propositura de

ações sem fundamentação ou que acarretariam uma insegurança jurídica pelo o que viesse a ser nelas decidido.

Eduardo Cambi justifica essa situação jurídica na expressão apresentada através do fenômeno da *“jurisprudência lotérica, isto é, diante da falta de observância dos precedentes, em que cada julgador decide apenas conforme sua consciência* (Cambi e Hellman, *apud* Cambi, 2015, p.635), acarretando a protelação da solução definitiva da causa, pois abre a possibilidade da parte vencida recorrer do que fora decidido.

Em conseqüência, a não observância da jurisprudência deixaria comprometido o Poder Judiciário e sua credibilidade bem como frustrado a expectativa provinda da parte no intuito da obtenção de sua tutela. Por isso, ainda necessário se faz não descartar a individualidade conceitual que se tem no país no tocantes a definição de precedente, súmula e jurisprudência, conforme enaltecido anteriormente, pois, de fato, não serão todas as decisões emanadas pelo Poder Judiciário que serão consideradas como precedente. Logo, o valor transcendental do julgado é que precisará ser observado.

Enaltece o entendimento deste sub item Renê Hellman quando explica que:

A evolução histórica, a necessidade de democratização do acesso à justiça, o excesso de litigiosidade, a globalização, o surgimento de novos direitos, a falência de determinados institutos jurídicos e o nascimento de outros são motivos para repensar a forma como a tutela jurisdicional vem sendo prestada no Brasil.

Em relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir do programa Justiça em Números, verifica-se que, no ano de 2012, tramitavam no país cerca de 92,2 milhões de ações judiciais. Havia nesta época, uma taxa de congestionamento de 70%. Em 2013, tramitaram cerca de 95,14 milhões de ações, sendo que a taxa de congestionamento atingiu o patamar de 71%.

Apesar desta taxa de congestionamento, o relatório datado de 2013 demonstra ter havido, de 2011 para 2012, crescimento de produtividade, na ordem de 1,4%. Cada magistrado brasileiro, em média, julgou 1450 processos em 2012. Estimando-se que se tenha cerca de 180 dias úteis no ano (excluindo-se fins de semana, 60 dias de férias e recessos), cada juiz julgou, destarte, pela média, oito processos por dia. No relatório publicado em 2014, que diz respeito aos dados de 2013, a produtividade dos magistrados apresentou queda de 1,7% com relação ao ano anterior, apesar de ter havido incremento do número de magistrados no país (1,8%) o que importou no aumento dos gastos do Judiciário em 1,5%.

Os números trazidos pelo CNJ revelam a sobrecarga de trabalho e devem justificar a construção de alternativas para a maior racionalização e prestação jurisdicional. A questão que se coloca é: como julgar com a qualidade que se espera do Judiciário um volume tão considerável de processos? E mais: de que forma aumentar a produtividade judicial para diminuir o percentual de congestionamento do Judiciário sem que isto implique a diminuição da qualidade das decisões?

Ao se buscar maior racionalidade na prestação judicial, os precedentes têm sido apontados como um meio hábil a conferir integridade ao sistema processual e promover mais igualdade e segurança jurídica. Não há como negar que um sistema de precedentes corretamente estruturado pode ser um dos meios eficazes da racionalização pretendida e tem a perspectiva de, no futuro, mostrar-se como um dos fatores de diminuição desse excesso de litigiosidade que se observa no país. (CAMBI e HELLMAN, 2015, p. 634 e p.635).

Portanto, a adoção do sistema de precedente vinculante demonstra ser ao jurisdicionado uma garantia do efetivo respeito aos trâmites de um processo justo e célere, sendo mais uma opção de agilidade na prestação do serviço judicial.

4.4 A atualização ideológica do precedente já superado

Conforme visto, a prática reiterada de decisões divergentes gera uma insegurança jurídica que pode vir a estimular aventuras processuais e até um abuso no exercício desse direito, além de representar um quesito que vem a tornar tímido a possibilidade de um cumprimento automático daquilo que seja certo e obrigatório no campo do direito material.

Em contrapartida, um sistema jurídico estável contribui para todo o conjunto de ser um Poder Judiciário dentro de uma segurança jurídica para que se garanta um mínimo de preservação de um Estado Democrático de Direito, garantindo o funcionamento eficaz aos cidadãos de uma ordem jurídica na sociedade.

Ocorre que a ideia de estabilidade pode ir de encontro ao que se entende como o magistrado julgar de maneira independente, prerrogativa essa, até então, usadas como forma de justificar as decisões emanadas em discordância com o entendimento das Cortes Superiores se fosse o caso. Porém, a convicção pessoal dos juízos de primeira instância, por exemplo, não podem prevalecer acima de uma decisão íntegra do Tribunal. Pelo CPC/73, a inexistência de uma maneira concreta de revisão da decisão não permitia que o magistrado escolhesse a opção que melhor lhe adequasse, acarretando inevitavelmente à discricionariedade judicial e a diminuição do direito por um comando de autoridade.

A necessidade da estabilidade jurídica provém do fato de ser a sentença um ato de poder do magistrado gerando comprometimento com aquele que a proferiu, acarretando a inviabilidade de que as decisões acabassem por desconsideradas.

Mas o entendimento a respeito de um processo em questão, ainda sim, pode ser preservado em acordo com a análise do juízo monocrático, mesmo que em desfavor do entendimento de um Tribunal Superior. Existindo a possibilidade de o magistrado fazer prevalecer seu entendimento frente ao que já se considera como precedente no ordenamento, o mesmo estará auxiliando na reforma desse precedente, pois a insistência do seu posicionamento poderá demonstrar a superação da situação fática que criou o precedente, fazendo com que os Tribunais Superiores tomem conhecimento da nova realidade.

Assim conclui Hellman quando afirma que:

É possível que se preserve o entendimento pessoal a respeito dos temas a ele submetidos para apreciação, inclusive, possibilitando-lhe que se manifeste contrariamente à orientação dos Tribunais, na decisão, sem que isso venha a significar contradição decisória. Há de se destacar, ainda, sem que, dada a possibilidade de o julgador ressaltar seu entendimento pessoal na decisão e curvar-se à orientação dos tribunais, pode contribuir para a reconstrução do precedente, pois tal conduta pode indicar a necessidade de superação e sinalizar aos tribunais eventual revisão do entendimento (HELLMAN, 2015, p.640).

Conforme enaltecido no terceiro capítulo dessa pesquisa, a ocorrência de *overruling* pode ser dada de uma forma instantânea, quando a mudança da jurisprudência ocorre rapidamente, ou através de uma mudança moderada, dada através da transformação da *ratio decidendi* que irá inevitavelmente transformar totalmente o entendimento jurisprudencial após um tempo.

Válido destacar que a possibilidade de mudança é exceção ao sistema de maneira a não se ter essa possibilidade como regra, pois acabaria por acarretar resultados provindos da contramão da via que o próprio precedente fora objetivado, estando sujeito, até mesmo, a gerar novamente uma insegurança jurídica.

A argumentação trazida como forma de justificação para que o precedente seja destacado como superado cria uma obrigação para o magistrado de que este fundamente a mesma de forma específica. É regradada pelo CPC/2015 a orientação de que:

Artigo 927 - Os juízes e os tribunais observarão:
§4º- A modificação de enunciado e súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os

princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 de outubro de 2015).

Logo, fica nítido que além da fundamentação inerente das decisões proferidas, que passam pelo novo Código Processual a contar com a obrigatoriedade de uma fundamentação melhor argumentada nos detalhes apresentados no processo de acordo com o estipulado no artigo 489 do NCPD conforme visto anteriormente, existe ainda uma expectativa de maior argumentação quando a decisão recair em questionar a respeito de um precedente.

A argumentação a respeito da aplicabilidade de um precedente pode ter sua origem pelo próprio Tribunal ou por força doutrinária. Tratando-se a incorreção por erro interpretativo do magistrado, a cautela em se superar um precedente deverá ser observada visto o país possuir constantes transformações jurisprudenciais. Mas não deve, de todo, ser descartada essa possibilidade.

É plausível de o precedente sofrer influência normativa pela manutenção do seu entendimento primitivo. A análise do impacto no sistema jurídico provinda pela supressão de um precedente não pode ser descartada antes que o mesmo ocorra, bem como o estudo do que acarretará se o Tribunal for negligente ao manter entendimento evidentemente errôneo.

Nesse sentido, Ravi Peixoto explica que:

A demonstração da incorreção pode partir tanto do próprio Tribunal, como da doutrina. De fato, a possibilidade da superação por erro evidente de interpretação deve ser admitida com parcimônia, principalmente em um país marcado por viradas jurisprudenciais constantes, a exemplo do Brasil. No entanto, essa possibilidade não pode simplesmente ser descartada. Naturalmente, permanece sempre a pressão normativa de que o precedente deve ser mantido, em especial se continuar a ser aplicado pelo Poder Judiciário, e também a necessidade de ponderação entre os danos causados à estabilidade do sistema e os perigos trazidos pela manutenção de entendimentos claramente errados, mas o ônus da manutenção é menor, ou a demonstração de que essas razões também apontam para a superação do precedente. A adoção de uma “teoria forte” do *stare decisis*, que inadmita a superação pela demonstração de evidente erro, por outro lado, pode trazer problemas, como a realização de distinções inconsistentes pelas Cortes, visto não existirem outras razões para a superação do precedente. (PEIXOTO, 2015, p.561).

Assim, fica brevemente enaltecida a possibilidade de alguns requisitos serem levados em consideração, de forma geral, para que a superação seja realizada.

Percepções pelo julgador da ausência de congruência aos padrões sociais ou quando houver efetivo erro da decisão originária deverão ser apontadas. Também deverão ser indicadas quando a superação do precedente for percebida de maneira sutil. Neste caso, a argumentação de que o dispositivo jurídico que mantém a estabilidade do precedente, como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a aplicação da superação do que pela manutenção do próprio precedente. E caso a superação de um precedente surja de uma maneira instantânea a mudança deve ser prospectada pelos motivos da isonomia e da segurança jurídica (Peixoto, 2015, p.563).

Plausível estabelecer que a proposta que o NCPC apresenta prevê a possibilidade da ocorrência de incidente de resolução de demandas repetitivas através de grandes debates, na tentativa de assegurar que o precedente seja estabelecido com grande participação das partes e de mais a quem interessar na sua criação, entre órgãos e entidades com interesse no litígio. E, uma vez criado o precedente, nada impossibilita que, através de uma fundamentação legal, seja realizado a superação do mesmo de forma que comece a vigorar novo pensamento.

4.5 O magistrado como um ser humano 'político-legislador'

Realizando uma observação nos votos emanados dos ministros em diversas decisões, fica nítida a diversidade de ideologias e formas diferentes de pensar que norteiam os Tribunais Superiores no país. Com o passar do tempo uma das ideias que predominaram em contrapartida ao formalismo e ao positivismo do século passado é a de que o STF, por exemplo, possui uma atribuição política na sua forma de atuação.

Poderia o Poder Judiciário estar em um patamar que representasse uma ótica social da moralidade coletiva de maneira a efetivar uma ordem concreta de valores, através da Constituição Federal.

O descontentamento pelo Positivismo ter abandonado o conceito básico de Justiça a que a sociedade clama, em favor da superavaliação da formalização processual e pela perseverança ao que a lei diz, diferentes sugestões da jurisprudência no Brasil entrelaçados a um direito alternativo, surgiram defendendo um aumento da capacidade julgadora dos magistrados.

É nesse sentido que Posner segue ao afirmar:

La ideología no es El único recurso al que acceden los jueces cuando han de tomar decisiones en aquellas cuestiones que caen en la zona abierta. Pero tal y como sugiere la literatura actitudinal , és uno de los más importantes, de modo que habremos de reflexionar sobre lãs fuentes de la ideología judicial, tema fascinante donde los haya y, sin embargo, poco estudiado. Los valores religiosos y Morales están entre tales fuentes y son a su vez producto de cómo crecimos, de qué educación recibimos, de cuáles son nuestras principales experiencias vitales, nuestras experiencias laborales, y características personales que pueden, a su vez, traer aparejadas el tipo de experiencias que un individuo trata de tener (POSNER, 2015, p.112)

Em desfavor da axiologia que pode ser denominada de 'teologia constitucional', aparece o legado formalista e liberal da cultura jurídica do Brasil que denomina a Constituição como um documento que institucionaliza direitos fundamentais no âmbito da liberdade nos processos políticos e sociais. Com base no legado do 'Estado Liberal' a função do Poder Judiciário é diminuída se possuir uma conotação de ser apenas um reprodutor da Lei, devendo, na dúvida, buscar qual fora a vontade do legislador. Assim, o juiz-legislador conseguirá manter os direitos inscritos na Constituição através da competência jurídica que lhe é peculiar (Maus, 2000, p.198).

CONCLUSÃO

Pelo que fora constatado, já por algum tempo, o Brasil passa por transformações no Direito Processual que traz a tona o papel paradigmático dos órgãos jurisdicionais, principalmente no que se refere aos Tribunais Superiores. E esse comportamento inovador parece buscar melhorias na segurança jurídica, na isonomia e na coerência para os assuntos em comum com uma grande massa de cidadãos e que tais assuntos vão além do que possa interessar apenas àquelas partes.

Com um olhar superficial, tem-se uma primeira impressão que os precedentes no ordenamento brasileiro possuem sua origem na Emenda Constitucional nº45/2004. Porém, essa regulamentação que trouxe os enunciados da súmula vinculante pela atuação exclusiva do STF já era observada na prática mesmo sem previsão expressa, pois o relator do STF ou do STJ usavam de praxe a possibilidade de decidir o pedido de um recurso que tivesse perdido seu objeto, como também, negar seguimento a recurso intempestivo por exemplo.

Dessa maneira, a aplicação da súmula vinculante que a Emenda propôs já funcionara como precedente judicial, possuindo um caráter persuasivo nas demandas em que a mesma caiba, seguindo uma linha de raciocínio a ser aplicada de acordo com o Supremo Tribunal Federal. E diante da incerteza do *quantum* de número de decisões plausíveis para se passar a considerar algum assunto como base de um precedente, o STF também arcará com a responsabilidade de sopesar a necessidade da criação do precedente. A partir da constatação de existência de uma insegurança jurídica referente a alguma matéria julgada, já seria plausível uma consideração em prol da mesma.

Com base no sistema jurídico de países como a Inglaterra e Estados Unidos, o Brasil tende a adotar uma inovadora forma de julgar de acordo com o novo Código de Processo Civil, principalmente ao que se refere quanto à observância desses precedentes. Possuindo um sistema jurídico fundamentado no *civil Law*, a legislação brasileira tem sua criação no direito escrito (codificado), de forma que a jurisdição seja estruturada com a predominância de atuação de um direito objetivo aplicado. É a atuação do magistrado como 'boca da Lei', que visa argumentar o exercício de sua atividade como provinda por força de lei.

Já em países de origem anglo-saxão, a predominância do *common Law*, que se fundamenta no direito costumeiro, apresentam outras características. Esse direito, tendo sua aplicação através da jurisprudência do país, tende a buscar uma predominância de pacificação entre os litigantes. Enquanto na *civil law* a segurança jurídica parece estar em um ápice privilegiado de observação aplicativa, no *common law* a pacificação entre as partes visa não observar como prioridade se a mesma vai ser dada com vinculação a uma lei escrita ou através de outro critério. O que importa é a harmonização entre as partes, seja esta realizada pelo o que está codificado, seja pelo o que a fundamentação na vida cotidiana pode trazer na realização do justo. É a efetividade da justiça paritária, com fonte na própria comunidade.

No país, as transformações que valorizam os precedentes judiciais e, por conseqüência, o rápido andamento dos trâmites processuais não possuem a intenção de protelar o trabalho e atuação dos juízes. O processo continua sujeito aos debates e troca de experiências. Não é plausível defender a existência de um Estado Democrático de Direito que seja efetivado sem os ditames de um ordenamento coerente. E isso pode ser dado através da realização da função de ser dos Tribunais, que proferem decisões para que elas escoem aos demais Tribunais, servindo de bússola aos outros órgãos que integram o Poder Judiciário.

Porém, o impasse se um posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores estaria ou não colidindo com princípios constitucionais garantidos à prática processual pelos juízes monocráticos, galga por ganhar destaque. O livre convencimento motivado aparenta ser muito mais que um dever do Estado-juiz. É um fator garantidor do cidadão que busca os auspícios judiciais na certeza do posicionamento imparcial do magistrado, dentro de uma convicção que a contradita na apuração dos fatos também será realizada, garantindo assim, a efetivação do contraditório.

Dessa forma, adotar a forma de julgar com base de observância em precedentes também não quer dizer que as decisões judiciais tornaram-se imutáveis. O magistrado deverá dar continuidade ao seu livre convencimento de acordo com sua consciência jurídica, deixando de aplicar determinada norma quando esta não for suficiente na solução prática do caso concreto. A resolução dependerá de sua motivação. Será através da motivação que a análise do exercício da função jurisdicional acontecerá e, conseqüentemente, a observação se estará sendo eficaz a prática do sistema do uso dos precedentes no novo CPC.

Vislumbra-se, conforme elucidado, um princípio consuetudinário pelo devido processo legal, reflexo do exercício regular da democracia. O princípio do livre convencimento deixa exposta a legitimidade na prestação jurisdicional que o Estado oferece, quando praticado em um âmbito que esteja assegurado um julgado motivado de forma racional por um olhar dos componentes probatórios ou não, integrantes do sistema jurídico em validade aplicado dentro de um processo.

É certo que o magistrado possui soberania no olhar investigativo e analítico quanto às provas produzidas. A ausência de fundamentação iria de encontro a princípios constitucionais, de certo. Porém, não há como ignorar que surge uma pauta de discussão se a autonomia judicial estaria sendo violada. De um lado, uma linha do horizonte vislumbra um aliado pela busca da celeridade processual bem como na isonomia das decisões jurídicas e, conseqüentemente, uma elevação no patamar da segurança jurídica através do uso de instrumentos que realizem uma igualdade substancial na aplicação das leis; por outro lado, a obrigatoriedade na observação pelos magistrados dos enunciados das súmulas vinculantes dos Tribunais Superiores, sem que isso seja considerado um tolhimento em sua liberdade analítica dentro do julgado.

A adaptação aos precedentes judiciais também não representa, assim, que as decisões das Cortes Superiores serão eternizadas no ordenamento. O juiz pode e deve continuar a aplicar o seu livre convencimento motivado e a trabalhar de acordo com a sua consciência, eliminando determinada norma do cunho interpretativo quando a mesma não possuir a possibilidade de ser efetivada ao caso em questionamento. A análise norteará os fundamentos do princípio da motivação que possibilitará a avaliação do exercício da função jurisdicional, que inevitavelmente apresentará a eficiência do que o novo Código de Processo Civil trouxe como sistema de precedente judicial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALTAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues; Cunha, Leonardo C. da; Macedo, Lucas Buril de. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** (Coord. Didier Jr., Fredie). Salvador: Juspodvm, 2015.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. **Conflito entre normas constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AMORIN, Letícia Balsamão; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi; Flavio Galdino Kataoka. (Org) Silvia Faber Torres, supervisora. **Motivação das decisões judiciais** Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forum, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Luis Roberto Barroso, Jane Reis Gonçalves Pereira, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas** limites e possibilidades da Constituição brasileira / Luís Roberto Barroso (org), 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO. Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (org) 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Correa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos** (tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer), Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça 3. HS Editora: Porto Alegre, 2008.

BRASIL, **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, processual civil e empresarial /** organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da editora Revista dos Tribunais. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**: vol.1. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNEIRO, A. G. **O papel da jurisprudência no Brasil**: a súmula e os precedentes jurisprudenciais. Doutrina do STJ: Edição Comemorativa de 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005.

Cintra, Antonio Carlos de Araujo; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COLE, D. Charles. Nomos, **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. V.1-1979- Edições Universidade Federal do Ceará. Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005.

Convenção Americana dos Direitos Humanos. Disponível em [http://www.pge.sp.gov.br / centrodeestudos / bibliotecavirtual / instrumentos / sanjose . htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm). último acesso em 02 de outubro de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECRETO-LEI nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br / ccivil _ 03 / Decreto - Lei / 1937 -1946 / Del1608 . htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)> Acesso em 25 de agosto de 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Direito processual civil**. 6ª ed. vol.1 - Salvador: jus podivm, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 5.ed. Salvador: Podivm, 2010.

_____. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, **Curso de Direito processual Civil**. 10ª Ed. Podivm. Salvador: 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e fundamentais** do discurso a prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de direito processual civil**, vol. 1 – 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v.1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte americano**. 2ª ed. vol. 782, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Guttemberg. **A teoria processual do livre convencimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

GAIO Jr, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016 (no prelo)

_____. **Tutela específica das obrigações de fazer**. 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 2012

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 4ª Ed. Lisboa: Oficina de A. Coelho Dias, 2003.

GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo. **La motivazione della sentenza civile**. (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in Revista de Processo, ano 32, nº 144. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2 - 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio**, os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LEI nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm
Acesso em: 02 de outubro de 2015.

LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 10 de outubro de 2015.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri: Manole, 2004.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio do dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**, in *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4.ed. São Paulo: Manole, 2004.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e direitos fundamentais** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Patrícia Perroni Campos. **Precedentes**, o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual, 2ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.

_____. “Prueba y motivación de la sentencia”, in **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NERY Jr, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. Cit. Francisco José Borges Motta; Adalberto Narciso Hommerding. Revista do Ministério Público do RS: Porto Alegre, 2013.

NUNES, Luiz A. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A (in)efetividade da súmula vinculante**: a necessidade de medidas paralelas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.*(coord.) Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **O livre convencimento motivado das decisões judiciais como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito**. Evocati Revista: Aracaju, 2007.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Thex, 2006.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.

150, 3 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4570>>. Acesso em : 30 nov. 2015 Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/4570/o-papel-politico-do-supremo-tribunal-federal-e-a-hermeneutica-constitucional#ixzz3szyiBVga>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009a.

_____. (Org.). **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Anchieta. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial a súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TARUFFO, Michele, **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Revista Ciências Sociais**, Universidade Gama Filho. Vol. 16, Rio de Janeiro: Gama Filho, 2010.

VIVEIROS, Mauro. **O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano**. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso: Cuiabá, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Medina. **Breves comentários à nova sistemática do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.