



PRECEDENTES E PROTAGONISMO JUDICIAL: NECESSIDADES E RISCOS ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

PRECEDENTS AND JUDICIAL PROTAGONISM: NEEDS AND RISKS ABOUT THE FOUNDATION OF JUDICIAL DECISIONS

Samuel Danilo de Amorim¹

Daniella Pinheiro Lameira²

RESUMO

O presente trabalho tem como assunto o protagonismo judicial correlacionado a aplicação do sistema precedentalista com a nova ordem processual civil brasileira. Observa-se o risco que um sistema jurídico corre em ter um judiciário em que as decisões não são harmônicas, bem como a necessidade

¹ Advogado atuante (OAB-PR nº 93131) formado no Centro Universitário Internacional UNINTER (2018) - Orientador Educacional dos cursos jurídicos no Centro Universitário Internacional UNINTER Curitiba Catedral. Gerente de Polo da UNINTER em Almirante Tamandaré (Instituto Edusol) desde 04/2017. Pós-graduação em Direito Processual Civil (especialização em curso; 2018). Pós-graduação em Formação de Docente em EAD (especialização em curso, 2018). Formado em Coaching Pessoal e Profissional pelo Instituto Coaching de Curitiba (chancela do IOC Institute Of Coaching, órgão afiliado à Universidade de HAVARD Medical School. 2017). Inglês (em formação UNINTER IDIOMAS); Curso de Extensão Advocacia Trabalhista na Prática (Cursos Beta, 2018). Curso de Extensão em Inquérito Policial (em formação, 2018). Curso de Extensão Justice Harvard - EDX (2018). Curso Líder de Polo (UNINTER, formação 2018).

² Graduada em Direito pela Universidade Santa Úrsula (RJ). Especialista em Direito Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ). Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL/PR). Doutoranda em Direito pela PUCPR. Membro do Conselho Editorial da Revista Laboratório de Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro do CERMA - Conselho dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná, representando a OAB/PR. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PR. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito processual. Confreira do Centro Paranaense de Letras. Advogada sócia da Lameira Advocacia. Professora Universitária, com ênfase em Direito Constitucional/Direitos Humanos, Processo Civil e Ética Profissional. Membro do NEADI - Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional. daniellalameira@yahoo.com.br.

de procurar aplicar medidas que possibilitem ao magistrado criar normas através dos precedentes, utilizando os casos concretos nesta construção. Com este entendimento debate-se a necessidade dos juízes em ter a flexibilidade de criar precedentes vinculantes, com maior liberdade de criação, porém se cada magistrado aplicar ao caso concreto seu próprio entendimento, não haverá segurança jurídica e previsibilidade dos posicionamentos do Poder Judiciário. Nesta linha encontra-se relação tríade entre a criação de precedentes obrigatórios, o papel protagonista dos magistrados frente a esta nova perspectiva trazida pelo CPC/2015 e o limite que os juízes devem respeitar em relação a criação do Direito, os quais se encontram no dever de fundamentação conforme art. 489 do CPC/2015. Destaca-se ainda que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual vai na “contramão” do que determina o CPC/2015, bem como a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Precedentes; Fundamentação; Protagonismo Judicial.

ABSTRACT

This research has as its subject the judicial protagonism correlated the application of the precedentialist system with the new civil procedural order. It deals with the construction of the Common Law system and the idea of a judge who, in addition to declaring the law, as in Civil Law, also creates the right through binding precedents. It should be noted that precedents and jurisprudence are not confused with judicial precedents. It is observed the risk that a legal system runs to have a judiciary in which the decisions are not harmonic, as well as the need to seek to apply measures that allow the magistrate to create norms through the precedents using the concrete cases in this construction. This understanding discusses the need for judges to have the flexibility to create binding precedents, with greater freedom of creation, but if each magistrate applies his own understanding to the case, there will be no legal certainty and predictability of Judicial Branch positions. In this line there is a triad relation between the creation of mandatory precedents, the leading role of magistrates in face of this new perspective brought by CPC / 2015 and the limit that the judges must respect in relation to the creation of the right, which are in the duty according to art. 489 of CPC / 2015. It is also worth noting that the recent position of the Superior Court of Justice is in the "counter-hand" of CPC / 2015, since it affirms that it is not necessary to state the reasons for all the arguments raised in the case.

Keywords: Precedents; Rationale; Judicial Protagonism.

1 INTRODUÇÃO

O juiz da Civil Law, com o passar dos tempos assumiu um papel que dentro deste sistema era inconcebível, o de criar normas jurídicas, este fenômeno passou a ser mais recorrente após a criação do controle de

constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da criação de verbetes sumulares, inclusive súmulas vinculantes e jurisprudências. Esta mudança na aplicação do Direito passou a se assemelhar cada vez mais com o sistema *Common Law*, onde a criação do Direito sempre se deu pelas decisões das cortes, sem excluir, no entanto, a lei positivada que até então era quantitativamente inferior a produção normativa judiciária (MARINONI, 2011, p, 23).

Considerando que a produção normativa não é função típica do poder judiciário, ganhou maior importância em nossa sociedade, visto que suas decisões criadas em seus julgados devem ser obedecidas por todos, porém esta criação do direito dependia do seu convencimento, que muitas vezes eram, estritamente pessoais, levando cada magistrado a interpretar e criar norma de acordo com a sua própria consciência.

Deste modo, cada juiz dá a sua opinião sobre a interpretação da norma em relação ao caso concreto criando assim decisões diferentes para o mesmo caso, ocasionando insegurança jurídica e prejudicando as relações sociais, visto a falta de harmonia, previsibilidade e unicidade das decisões dos tribunais brasileiros.

Resta a dúvida de que o protagonismo judicial é prejudicial ao nosso sistema jurídico. Com a adoção dos precedentes obrigatórios no CPC/2015, as semelhanças aos institutos da *Common Law* são ainda mais visíveis e declaradas no novel Código. Desta forma haveria a necessidade de adoção de parâmetros mínimos para a limitação dos poderes dos magistrados em criar os precedentes, que tem a mesma função de normas jurídica?

Observa-se a pertinência do assunto no que se refere a legitimidade de um magistrado em criar uma norma, sendo que para tanto não foi legitimado por um sistema de eleição democrática para tanto, mas adentrando ao poder judiciário através de concurso público.

O art. 489 do CPC/2015 traz a obrigatoriedade para os juízes fundamentarem suas decisões, sob pena de nulidade, ocorre que em

entendimento diverso a este preceito legal, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há necessidade de debater sobre todos os argumentos trazidos pelas partes para chegar a uma decisão.

2 O SURGIMENTO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Controle de constitucionalidade no Brasil

O Supremo Tribunal Federal exerce no Brasil o controle de constitucionalidade na modalidade concentrada, por ser órgão de cúpula e possuir como uma de suas funções a proteção da ordem constitucional. Mas também temos o sistema de controle difuso, oriundo dos Estados Unidos, onde a prerrogativa de exercer o poder de controle é distribuída a todos os órgãos do judiciário³. (THEODORO JR., 2010, p. 383)

Através das súmulas vinculantes, as decisões do Supremo Tribunal Federal também vinculam os demais órgãos judiciários, nos moldes do art. 103 – A da CRFB, bem como, as decisões proferidas pela técnica de recursos repetitivos (art. 1036 da Lei nº 13.105/2015).

Ocorre que, conforme leitura do art. 102, § 2º da CRFB, o efeito vinculante incide sobre a decisão tomada pela Corte Constitucional em controle de constitucionalidade, assim, não vincula as fundamentações tomadas pelo órgão julgador. Sustenta MARINONI que a decisão judicial possui duplo discurso; para o caso concreto e para a ordem jurídica:

Enquanto o primeiro discurso se realiza, o segundo depende de determinados requisitos, para ocorrer. Como se vê é essencial a um

³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

projeto consistente para a Justiça Civil que o processo civil dê tutela aos direitos não apenas na dimensão do caso concreto, mas também na dimensão da ordem jurídica (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016. p. 659).

É necessário a utilização dos efeitos vinculantes na fundamentação das decisões, as quais são imprescindíveis à um sistema de precedentes, o que não ocorre na aplicação das decisões vinculantes do controle direto de constitucionalidade.

Caminhando para um sistema de precedentes, criou-se no Direito alemão a *teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes*, em que se sustenta a aplicação da *ratio decidendi*, que se encontra na decisão em controle de constitucionalidade, vinculando assim a fundamentação utilizada para chegar-se a norma, e não somente a parte dispositiva. Nesta linha, faz-se necessário distinguir as razões de decidir e as decisões de passagem, que se encontram na fundamentação da decisão (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 652), como posteriormente iremos tratar especificamente.

Porém os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por mais que sustentem tal entendimento, não os aplicam na maioria dos julgados proferidos pela Corte.

(Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 18788 SP), em ordem a reconhecer que o alcance da eficácia vinculante pode estender-se para além da parte dispositiva do acórdão, abrangendo, também, os próprios fundamentos subjacentes à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. Também partilho desse mesmo entendimento (Rcl 2.986-MC/SE, Rel. Min. CELSO DE MELLO), vale dizer, o de que é possível reconhecer, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão emanada desta Suprema Corte em processo de fiscalização abstrata, para que se torne viável proclamar, em decorrência dessa orientação, que o efeito vinculante refere-se, igualmente, à própria (*ratio decidendi*), projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento que se proferiu em sede de controle normativo abstrato. Ocorre, no entanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente rejeitado essa tese... todos no sentido da rejeição da tese do efeito vinculante dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (...) Não obstante a minha pessoal convicção em

sentido contrário, devo ajustar o meu entendimento à diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade, o que afasta a possibilidade de reconhecer, com apoio no argumento da eficácia vinculante dos motivos determinantes, ofensa às decisões que esta Corte proferiu nos autos dos julgamentos invocados como padrões de confronto. Sendo assim, e em face das razões expostas, nego seguimento à presente reclamação, inviabilizando-se, em consequência, a análise do pedido de medida liminar. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

Neste sentido a aplicabilidade do efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, segue os preceitos contidos na própria Constituição brasileira, obedecendo o dispositivo do artigo 102 § 2º da Carta Maior, em cumprimento da ordem da separação dos poderes, não há como o Supremo Tribunal Federal conceder efeito vinculante às decisões que o próprio legislador optou por não possuírem (RODRIGO, 2013, p. 182).

2.2 As súmulas e as jurisprudências

As súmulas foram criadas com a finalidade de uniformizar a interpretação dada pelos tribunais nos casos concretos, seu objetivo primário era de facilitar a atividade interna dos tribunais em seus métodos de trabalho, destinados somente para os próprios órgãos do judiciário. (THEODORO JR., 2010, p. 235)

Compreende-se que a súmula é resultado de uma construção jurisprudencial. Trata-se de um verbete que sintetiza o entendimento dos tribunais sobre determinada matéria de direito. ALVES DIAS (SOUZA, 2006, p. 257) conceitua a súmula como “o conjunto de jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados...”.

Observa-se que a ideia na criação das súmulas foi a orientação interna dos tribunais, formando enunciados gerais e abstratos, visando informar os ministros do posicionamento dominante dos tribunais.

o da busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressiva; ii) o da busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressivas e preventivas e; iii) o da busca pela uniformidade do direito por técnicas preventivas e repressivas. Cada um desses momentos teve sua base à uma diferente concepção a respeito da interpretação do direito: i) a uma, uma teoria cognitivista que visava a declaração da norma preexistente correta para a solução do caso concreto; ii) a duas, uma teoria cognitivista que visava a extração da norma preexistente justa para a solução do caso concreto e ; iii) a três, uma teoria adscritivista que visa a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica para a prolação de uma decisão justa e para a promoção da unidade de direito. (MITIDIERO, 2016, p. 82)

Deste modo a criação de súmulas e jurisprudências, tinham a tendência repressiva, ou seja, os recursos que se baseavam nestes dois mecanismos visavam compor divergências ou a controlar a equivocada aplicação do direito.

Não se pode confundir os conceitos de súmula, jurisprudência e precedentes, conforme explica Marinoni.

Além de resinificara a jurisprudência e as súmulas, o novo Código introduz o conceito de precedentes. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais, eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. (...). Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é vinculantes, do contrário poderiam ser confundidos como simples exemplo (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 664).

Tem-se que as súmulas vinculantes possuem peculiaridades para sua criação, bem como para sua finalidade que os precedentes não possuem, como a necessidade de controvérsia atual e multiplicação de processos sobre questão idêntica⁴.

⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2017

As súmulas vinculantes foram criadas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, da qual tinha como escopo pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário, visando diminuir o número de recursos que chegam às instâncias superiores e ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a sua resolução na primeira instância (LOPES FILHO, 2016, p. 57).

Outra sustentação efetuada por DIDIER JR., PAULA S. BRAGA e RAFAEL A. (2016) é a da falta de democratização na criação as súmulas.

O procedimento de edição de um enunciado da súmula não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuram os processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada. Essa presença é muito importante, pois essas partes tendem a prezar para que a tese jurídica não acabe desvirtuada, legitimando-a para casos futuros, ainda que envolvam outros jurisdicionados.

Com a finalidade de evitar essa abstração da súmula, desvinculada de sua teleologia, o art. 926, § 2º do CPC de 2015, traz um novo sentido para os enunciados de súmulas, senão vejamos: “Ao editar enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Incluiu-se então, as circunstâncias fáticas aos enunciados de súmulas, como explica ALVIM WAMBIER:

As súmulas devem conter a essência jurídica dos casos que as antecedem. É um “resumo” da tese jurídica adotada reiteradamente pela jurisprudência de um Tribunal. Portanto, devem ser claras, redigidas em linguagem que não seja vaga e ambígua, curtas – justamente para não gerar (ou gerar o menos possível) problemas interpretativos. Mas a tese jurídica contida na súmula, deve ser compreendida, necessariamente, à luz dos fatos subjacentes aos processos que geraram as tais decisões reiteradas. Os fatos, que não precisam ser necessariamente idênticos, devem guardar, entre si, identidade suficiente para reclamar, do sistema, a mesma solução (WAMBIER, et al, p. 1.458).

Desde que o nosso sistema jurídico *Civil Law*, começou a empregar estes conceitos e aplicabilidades de um Direito criado nos Tribunais que, até então, eram particulares do sistema *Common Law*, passou cada vez mais em pensar a possibilidade de utilização de precedentes judiciais (MARINONI, 2011, p. 83).

2.3 A origem da *Common Law*

A *Common Law*, surgiu no Direito Anglo-saxônico, pela influência da atuação dos Tribunais Reais de Westminster, onde existia a exacerbada⁵ aplicação de formalismos, ao qual posteriormente formavam a jurisprudência local, o Direito comum dos povos locais.

Por ser um fato histórico, não existe um momento exato do surgimento da *Common Law*, sua origem remota entre o período (1066-1485), o início deste período também principiou a centralização do governo na Inglaterra medieval durante o feudalismo (LEMES DA ROSA, 2016. p. 20).

Devido aos problemas que surgiram à época, foi criado um sistema paralelo, chamado *equity*, este instituto foi primordial na criação de regras gerais e princípios do Direito. Logo a *equity* (espécie de Tribunal recursal, exercido pelo Chancellor, “Chancellor”, ou conselheiro real) e a *Common Law*, passaram a coexistirem na Inglaterra, juntamente com o *statutory law*, o qual representava o direito legislado pelo Parlamento⁶.

⁵ O Direito Inglês desenvolve uma espécie de campo processual, m sistema de writs, ações judiciais sob a forma de ordens do Rei. Olitigio deveria se enquadar ao writ, sendo esse mais importante que a própria substância do direito. (BARBOZA, 2014, p. 30).

⁶ “O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da common law, abrindo espaço para o surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da common law, sentida no século XIII, surge sistema rival, a equity, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela common law. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor)”. Sérgio Gilberto Porto, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, common law, civil law e o precedente judicial. 2015. p. 04. Disponível em < www.ibijus.com >. Acesso em: 18 mar 2017.

Surge assim, na Inglaterra duas formas distintas de soluções de conflitos judiciais, que posteriormente eram aplicadas independentemente uma da outra. Esses sistemas foram unificados na segunda metade do século XVIII (BARBOZA, 2014. p. 41).

Destarte a própria história da sociedade inglesa se construiu juridicamente através da jurisprudência, onde a legislação obteve papel secundário. Observa-se, com isso, que a própria Constituição da Inglaterra é um conjunto de decisões judiciais, criada nos tribunais⁷.

Destaca-se, desta forma, a importância das decisões judiciais na aplicação de um sistema de precedentes, como iremos tratar mais adiante.

O direito estadunidense foi formulado a partir das noções advindas da Common Law, a tradição jurídica herdada da Inglaterra. Apesar das modificações havidas com o passar do tempo, manteve um sistema de precedentes obrigatórios que respeita a tradição e o passado. Porém constrói-se com isso um sistema singular de aplicação da Common Law, tendo em vista a existência de uma Constituição escrita (BARBOZA, 2014, p. 40).

Como ensina Barboza, os Estados Unidos criaram um Direito peculiar, baseados em precedentes judiciais e a doutrina dos Direitos Humanos Fundamentais (BARBOZA, 2014, p. 42). Criando peculiaridades próprias na justiça norte americana, que não havia na Inglaterra, questão que se explica pelo próprio desenvolvimento cultural, político e jurídicos desses dois países. Em ambas nações aplicavam um sistema de precedentes, mas por sua vez, o EUA não mantinha a supremacia do Parlamento, mas sim a da Constituição, a qual representava a própria soberania do povo.

Faz-se oportuno citar o marco histórico o caso *Marbury v. Madison*, julgado nos Estados Unidos, pelo então Juiz John Marshall em 1803 (FERREIRA MACIEL, 2017), pois fixou as bases da judicial *review*, ou seja, de

⁷ Assim, pode-se dizer que se trata de um direito jurisprudencial (case law). A fonte primária do direito são as decisões judiciais e as regras criadas pelo Legislativo (statute law) são meramente complementares ao common law, não se aplicando de forma autônoma. Viviane Lemes da Rosa. **O sistema de Precedentes Brasileiro**. (Dissertação de Mestrado). UFPR. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini. 2016. p. 22.

o Judiciário poder rever as leis ou os atos da administração pública. Fixou-se o entendimento da supremacia da Constituição Federal, em detrimento ao poder legislativo e judiciário.

2.3.1 Aproximação da Civil Law e da Common Law

A *Common Law* foi criada através dos costumes estabelecidos nas cortes, os juízes seguiam os precedentes de decisões tomadas por outros juízes. Destarte, o magistrado declarava o direito que, a partir de então, também era criado por ele. As decisões criadas pelos juízes destinavam a desenvolver a *Common Law*, o direito comum (DIAS LUCIANO SOUTO, 2016, p. 39).

O Direito estadunidense, afirmou a obrigatoriedade de os juízes seguirem os precedentes, *stare decisis*, criação judicial do direito, como afirma MARINONI:

Contudo a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é traço peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja o *Common Law*. (MARINONI, 2011, p. 27)

Houve, com isso discussões sobre a função do juiz, se ele cria ou declara o direito. Se o juiz cria o direito em sua decisão, obriga outros juízes a segui-la, caso contrário, se o magistrado só declara o direito, não haveria obrigatoriedade em seguir o precedente. Ocorre que, em caso de erro o juiz que faz decisão diferente, julga contra o precedente, cria-se também o precedente. Contudo se os precedentes podem ser revogados, é evidente que o respeito a eles depende da força de suas razões. Encontramos, assim, a importância da devida fundamentação das decisões judiciais em um sistema de precedentes. (BARBOZA, 2014, p. 185)

Podemos observar com isso, que o sistema da *Common Law*, neste aspecto, assemelha-se ao da *Civil Law*. O que temos atualmente no sistema judiciário com o livre convencimento do juiz é a aplicação do entendimento do magistrado não está ligado à suas decisões passadas, ignora-se o fato de que ele é peça integrante de um sistema.⁸

Aliás, o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o da *Common Law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes. (MARINONI, 2011, p. 41)

Diante deste fenômeno jurídico MARINONI explica:

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *Civil Law* passou a exercer papel que em um só tempo é inconcebível diante dos princípios clássicos do *Civil Law* e tão criativo quanto o *Common Law*. (MARINONI, 2011, p. 69)

Observa-se com isso, que o sistema constitucionalista, possui dificuldade de compreender o papel do juiz, percebe-se que a tarefa do juiz do *Civil Law*, na atualidade, está muito próxima, da exercida pelo juiz da *Common Law*. Assim faz-se necessário também, mesmo em um sistema *Civil Law*, a relevância de seguirmos os precedentes (OLIVEIRA, 2016, p. 192 e 193).

2.3.2 Os precedentes nos Tribunais Superiores no Brasil

As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de Recurso Extraordinário, não possuem como finalidade simplesmente impedir que outros órgãos do Poder Judiciário decidam de forma diferente, tendo em vista a supremacia da Corte Constitucional em dar a última palavra sobre os casos em que são postos à sua análise. Não é o objetivo desta decisão, torna-

⁸ O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa está longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto de uma prática de insanidade. (MARINONI, 2011, p. 65).

la imutável, mais sim, impedir que as outras cortes neguem os motivos determinantes utilizados na referida decisão, ou seja, obedecer ao efeito vinculante da *ratio decidendi* utilizada na fundamentação do Recurso Extraordinário (DIAS, 2016, p. 56).

Diante do exposto, é bem verdade que, até mesmo as razões utilizadas em controle de constitucionalidade na modalidade difusa, onde em regra, produz efeitos inter partes⁹, será considerado como precedente com eficácia vinculante à os demais órgãos do poder judiciário e até administrativos (MARINONI, 2011, p. 187).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 atribuiu-se um pressuposto indispensável para a interposição do Recurso Extraordinário, trata-se da repercussão geral (artigo 102, §3º da Constituição da República), o CPC 2015 regulamentou este significado no artigo 1035 § 1º¹⁰³³. Busca-se assim uma unidade prospectiva e retrospectiva, adequada aos novos problemas sociais, assim garantindo o princípio da efetividade e celeridade, evitando que decisões conflitantes se perpetuem em nosso ordenamento.

Sob a ótica do CPC/2015, no Controle de Constitucionalidade, e nas súmulas procura-se a unidade de direito, por sua vez, decorrentes das razões utilizadas na fundamentação da sentença dos casos analisados, ou seja, o que baseia a eficácia vinculante dos enunciados elucidativos do STF, é a *ratio decidendi* das fundamentações utilizadas para julgar os casos que geraram a própria súmula, inovação esta trazida pelo art. 926 do CPC/2015.

Do exposto, percebe-se que os Tribunais tanto o STF quanto o STJ, possuem papel fundamental na aplicação dos precedentes.

⁹ Nesse sentido: STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017. Abriu-se precedente para vincular a decisão que atribuiu efeito erga omnes em controle de constitucionalidade na modalidade difusa.

¹⁰ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º - Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 19 jul 2017.

Neste sentido leciona MARINONI:

Não há como ver, na incumbência do Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação da lei federal, algo distinto. Cabe-lhe, sem dúvida, decidir para obstar decisões discrepantes sobre uma mesma questão federal. De modo que as suas decisões, quando pacificadas em seu âmbito, constituem precedentes obrigatórios (MARINONI, 2011, p. 494).

Destarte, a função do Superior Tribunal de Justiça é o de dar coerência ao direito, estabilidade à ordem jurídica, previsibilidade e igualdade quando das suas decisões¹¹.

3 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES E O PROTAGONISMO JUDICIAL

3.1 Posicionamento dos juízes no sistema de precedentes

Não obstante a importância dos precedentes no sistema jurídico, o grande desafio da ordem jurídica atual é a sua vinculação, pois o que o caracteriza é a circunstância de que o juiz não pode revogar a decisão, ainda que tenha bons fundamentos para não as respeitar, a não ser pelo *overruling* e o *distinguishing*, ou seja quando os valores que sustentam o precedente são modificados, decisão que deve ser tomada pelo Tribunal que a tomou ou outro superior. (MARINONI, 2011, p. 495).

¹¹ É imperioso mencionar que a PEC 209, que está em trâmite no Congresso Nacional, tem por objetivo, acrescentar ao parágrafo 1º do artigo 105 da Constituição Federal, a redação: “no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”. A Chamada Arguição de relevância tem por objetivo analisar motivos parecidos com a repercussão geral que possui o Recurso Extraordinário. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/> > Acessado em: 30 nov 2017. Trata-se de motivos que os juízes podem utilizar para deixar de seguir um precedente, neste sentido, Barbosa Estefânia: “*Distinguishing* é o que os juízes fazem quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro... a superação de precedente (*overruling*) é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova”. (BARBOZA, 2014, p. 195 a 197).

Com isso celebra-se uma promoção da ordem jurídica, e faz com que se crie um ambiente jurídico seguro, uma aplicação uniforme e uma legitimidade para aplicação do Direito (MARINONI, 2011, p. 21).

Como depreende-se do acima aludido, a segurança jurídica é alicerce imprescindível para a aplicação do Direito, possibilita a previsibilidade do raciocínio jurídico, um meio de promoção da liberdade e da igualdade. Neste sentido, MITIDIERO, afirma que a segurança jurídica pode ser decomposta, analiticamente, em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica¹².

Uma das argumentações levantadas neste sentido, seria a de que o “sistema de precedentes” criado pelo CPC/2015, não se preocupou com uma doutrinariamente em estruturar sua aplicação, mediante a criação de instrumentos de vinculação, que visam a diminuição de litigiosidade, pois a constituição e a legislação vinculam o judiciário antes de tudo e não ao contrário (STRECK, 2016).

Dentro da nova aposta no que tange as decisões judiciais, tornando-as assim mais céleres e efetivas. O art. 489, do CPC/2015, é um mecanismo imprescindível nessa concretização, como ensina AMÓS ARTURO GRAJALES.

En algunas oportunidades las normas dicen mucho más que su contenido normativo. El artículo 489 del CPCB es uno de estos casos.

¹² Nenhuma ordem jurídica pode ser considerada segura se inexistente cognoscibilidade a respeito do que deve reger determinada situação da vida. É necessário que o sistema jurídico viabilize certeza a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber o que exatamente é seguro ou não. Sem cognoscibilidade, não há como existir segurança de orientação, isto é, segurança a respeito daquilo que nos é exigido pela ordem jurídica diante de dada situação jurídica concreta. A segurança jurídica depende igualmente de estabilidade (continuidade, permanência, durabilidade), porque uma ordem jurídica sujeita a variações abruptas não promove condições mínimas para que as pessoas possam se organizar e planejar suas vidas. Uma ordem jurídica segura constitui ainda uma ordem jurídica confiável, isso é, que é capaz de reagir contra surpresas injustas, e proteger a expectativa naquilo que é conhecido como se concretamente planejou. A segurança jurídica depende por fim da capacidade de efetividade da norma. MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1 ed. RJ: Revista dos Tribunais, 2016. (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 22).

Es posible advertir la reforma de diversos Códigos sin que ello implique un cambio radical en el modo de ver y entender el fenómeno jurídico sobre el que se encuentra legislando... Pero ciertas voces como en este caso del CPCB se advierte que el cambio va más allá de una modernización de determinada rama del derecho. El artículo 489 que tomo por caso cambiará más que el mero papel o registro electrónico donde se asiente la sentencia, su forma, cambiará al operador jurídico que la redacte y a los operadores jurídicos que tengan interés directo o indirecto en ella. O mejor dicho: ellos deberán cambiar si pretenden ejercer su profesión o función de acuerdo e la normativa vigente¹³.

Ou seja, trata-se de um instrumento imprescindível para a reforma das decisões judiciais, enfrentar os argumentos trazidos pelas partes para tomar decisões judiciais uma modificação radical do entendimento judiciário.

Para que haja uma correta aplicação dos precedentes, sem que haja injustiça, os precedentes devem ser seguidos, ao menos que evidentemente absurdos ou injustos, pois o precedente jamais poderá ser injusto ou absurdo para aplicá-lo. Isso vale dizer, que o precedente aplicado não era direito, e sim uma decisão judicial equivocada. Considerando que o precedente vinculante é uma norma jurídica, vale independentemente de suas razões, chega-se à conclusão de que a criação do precedente é uma escolha totalmente livre do juiz. Daí a célebre acusação de que o juiz acabaria se tornando um “escravo do passado” e um “déspota do futuro”, impedindo a evolução do próprio Direito (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 34-41).

O que já se percebe é que o judiciário ganha fortemente poderes, que antes, em uma concepção histórica, fora outorgado ao legislativo, fazendo com que o juiz fosse, somente a “boca-fria-da-lei” (BARBOZA, 2014, p. 53), ocorre

¹³ Tradução livre: Em algumas ocasiões, os padrões são mais altos que seu conteúdo normativo. O artigo 489 do CPCB é um desses casos. É possível alertar sobre a reforma de vários Códigos sem implicar uma mudança radical na forma de ver e entender o fenômeno jurídico que está sendo legislado ... Mas, como neste caso do CPCB, percebe-se que a mudança vai além de uma modernização de um certo ramo do direito. O artigo 489 que eu tomo para o caso vai mudar mais do que o mero papel do registro eletrônico de onde se a sentença concordar, sua forma, mudará para o operador jurídico que a escreve e para os operadores legais que tenham interesse direto ou indireto nela. Ou melhor: os cidadãos mudam se pretendem exercer a profissão de acordo com os regulamentos vigentes. (VASCONCELLOS; ALBERTO, 2015, p. 70).

que, da mesma forma que o legislativo ganhou forças ao retirar a autonomia do poder executivo e mitigar a do judiciário, este com o novo sistema de precedentes pode tornar o juiz meramente a boca de qualquer provimento vinculante dos tribunais. Neste sentido STRECK, L. aduz:

Nosso efeito vinculante não tem precedentes (sem trocadilho). Estamos inquietos com a propalada fundação (ou revelação) do sistema-de-precedentes. Conferimos poderes para Tribunais Superiores sem antes eles tenham adquirido uma legitimidade para tanto, estruturando uma jurisprudência minimamente íntegra, estável e coerente, para utilizarmos a nomenclatura do artigo 926 do CPC. Nesse ponto, há um risco de caminhar para estabelecimento de juízes legisladores e, por consequência, para uma juristocracia (STRECK, 2016).

Percebe-se que o legislador brasileiro, pouco se preocupou em estabelecer um senso crítico na individualização e esclarecimento dos institutos consagrados como, súmulas, jurisprudência e precedentes.

3.2 O Protagonismo Judicial e as decisões judiciais

Não é de hoje que o judiciário possui um papel protagonista no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se afirmar que com o sistema de precedentes a atribuição aos tribunais em criá-los dá ao judiciário um poder antes atribuído somente ao legislativo, em obrigar a aplicação da lei, agora, o judiciário obriga a aplicação da *ratio decidendi*, ao ser utilizada em outros casos iguais ou análogos, conforme a interpretação oriunda do caso concreto (MARINONI, 2011, p. 40 a 45).

Com o sistema de precedentes, diante da nova realidade fático jurídico instada, a sociedade passou a perceber que poderia conferir a última palavra, em questões relevantes de cunho moral, econômico, social entre outros, havendo explosão de litigiosidade. O Poder Judiciário passa exercer papel de extrema relevância, visto que o Poder Legislativo não é capaz de alcançar a velocidade dos fenômenos sociais e acompanhar a necessidade prática da sociedade, passa o Poder Judiciário a exercer papel protagonista, decidindo as

questões mais relevantes da sociedade, suprindo a falta e ausência das funções típicas do Poder Legislativo e Executivo (ALVES DE OLIVEIRA, 2017).

Porém, o fenômeno do protagonismo judicial guarda críticas, segundo o Ministro BARROSO (2014), sustenta que há hipóteses de objeção ao protagonismo judicial, um deles revela-se na legitimidade democrática, pois os juízes adentram na carreira através de concursos público, o que não só legitima a criação de leis sem que a sociedade tenha dado este poder tão caro para os magistrados. Neste mesmo sentido o Juiz de Direito Dr. MARCELO SEMER: “Os magistrados não são eleitos, mas recrutados por concursos e indicações que se remetem, sobretudo, ao conhecimento”¹⁴.

No que se refere a produção da norma jurídica pelo magistrado, o CPC de 1973 em seu art. 131, dizia que o Juiz iria julgar o caso indicando na sentença os motivos que o levaram ao entendimento final de sua decisão¹⁵.

Já o CPC de 2015 não encontramos a palavra “livremente” estabelecida no artigo 371, o que não impede de ainda existirem interpretações que afirmam a existência do livre convencimento motivado das decisões judiciais (STRECK, 2013, p. 55).

Para a Teoria do Direito a quantidade de métodos não seria o problema, podendo-se escolher Ronald Dworkin, Herbert L. Hart, Hans Kelsen dentre outros. Nesta linha, afirma Rodrigues que o problema não é a escolha de uma ciência investigativa única na utilização da criação de normas jurídicas feita pelos juízes, mas sim em estabelecer um sistema de fundamentação destas decisões (RODRIGO, 2013, p. 67).

O papel do judiciário, como já determina o art. 926 do CPC/2015 é de unificar o entendimento destas interpretações, seja qual for o meio utilizado pelo magistrado ao chegar em sua decisão, esta deve ser sempre fundamentada, sob pena de nulidade, conforme art. 489 do referido diploma legal.

¹⁴ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/>> O Judiciário na era do protagonismo. 2016. Acesso em: 19 de jul 2017.

¹⁵ Legislação disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 22 de jul 2017.

A medida para solucionar há hipótese de eventuais injustiças está na fundamentação e a argumentação, pois vem como meios de limitar o livre convencimento do magistrado, o qual não deve empregar conceitos e interpretações egoísticas ou não generalizáveis aos casos em julgamento, pois não seria coerente e sistêmico sustentar A e não A ao mesmo tempo.

Em um olhar histórico, nos encontramos em uma nova fase do positivismo pós moderno, da mesma forma que se discutia sobre a aplicabilidade de princípios constitucionais, que devem alcançar e basear o sentido de toda norma jurídica vigente no Estado, o receio a uma subjetividade sem limitações põem em dúvida a segurança jurídica, pois haveria casos em que o magistrado não estaria preso a “letra fria da lei” por observar um critério que diferencia o caso em análise da lei previamente posta, isso levaria à um enfraquecimento do sistema Jurídico? STRECK, L. sustenta que não.

Positivismo exegético (que era forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir o texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, colorário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós revolução francesa e a consequência que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e formulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de uma menor (lembramos aqui de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico deonticas de validade das “normas jurídicas”. (STRECK, 2017, p. 13)

As condições deonticas que sustenta o autor, encontram-se na fundamentação das decisões judiciais, são nelas em que a sociedade passa a fazer parte da criação da norma jurídica, na generalização da decisão judicial que irá alcançar para além das partes que compõem a ação.

O Direito como produto da cultura de um povo, reflete seus próprios elementos constitutivos, como costumes religiosos, éticos, sociais, hábitos políticos de sua sociedade. Para entender melhor o papel do Juiz no Processo

Civil brasileiro, faz-se necessário analisá-lo dentro deste contexto, o que permite verificar as razões históricas que fizeram com que o Juiz se desempenha em vários tipos de papeis, uma vez que as ideias dominantes do Estado afigurassem aptas a influenciar as próprias concepções dos escopos da justiça, para as possíveis soluções processuais (NOVAIS, 2006. p. 34).

O Juiz ganha novos atributos nesta nova ordem jurisdicional, passa o magistrado a dirigir o processo, a trazer para suas convicções as impressões pessoais de cada caso, o que iria compor seu entendimento sobre os fatos e influenciar em sua decisão. A figura das Parte e do Juiz passa a ser cooperativa, pois os interlocutores das demandas passam a integrar de forma dialógica a formação das decisões, dando relevância ao contraditório. O processo passa a ser encarado como produto colaborativo de seus integrantes, seja no âmbito das provas, seja na construção das decisões, compatível com o regime democrático de um Estado de Direito (MITIDIÉRO, 2009. p. 73).

Corroborando este entendimento leciona ALVES DE OLIVEIRA:

O processo legislativo pátrio se revela lento e incapaz de solver problemas e conflitos sociais, sendo que o executivo, muitas vezes, volta-se para o entendimento dos interesses da própria máquina estatal, ocasionando um afastamento dos interesses públicos, bem como um distanciamento entre os representantes e os representados. Destarte, gente à ineficácia da função legislativa e do governo cabe aos juízes, enquanto guardiões das promessas mandamentais, promover a guarda e efetivação das normas constitucionais... acarretando uma ascensão do Poder Judiciário ao posto de protagonista, passando a delimitar e decidir quais o rumo a sociedade tomará, de modo que, metaforicamente, uma parcela das atribuições é transferida dos demais poderes ao judiciário, justamente por inércia daqueles. (ALVES DE OLIVEIRA, 2017).

Com isso, percebemos que o Juiz passa a exercer um papel protagonista em nosso Estado, visto a necessidade de suprir omissões dos demais poderes, bem como possibilitar que a norma seja criada a partir do caso sub análise.

4 PRECEDENTES E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

4.1 Fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015

O CPC de 2015, traz diversas mudanças na ordem jurídica nacional, tendo em vista a crise referente ao grande número de litigiosidade que assombra nossos tribunais, os casos idênticos que são julgados de forma diversa, a morosidade na entrega do direito entre outros problemas que o CPC tenta diminuir (DIAS LUCIANO SOUTO, 2016, p. 150).

A razão de decidir sendo elemento que permite a aplicação de um precedente vinculante, pode se dizer que a fundamentação ocupa papel primordial em um sistema de precedentes. É na fundamentação que se operará a distinção ou aplicação do precedente.

É na fundamentação que se revela o raciocínio lógico e contextual, pois é nela que se encontra o maior ponto de conexão entre o Poder Judiciário e a Sociedade (VASCONCELLOS; ALBERTO, 2015, p. 119 a 128).

Os fundamentos determinantes de um precedente, encontram-se na fundamentação. Como o Juiz da *Civil Law* estava no início limitado a aplicação da lei posta, e posteriormente como o movimento constitucionalista, passou-se a interpretar as leis conforme a Constituição e princípios, pode se dizer que haverá um maior esforço argumentativo do julgador, para que se chegue a um consenso entre os mesmos para a formação de um precedente (DIAS, 2016, p. 218).

Podemos visualizar a importância da fundamentação das decisões na explicação de BORGES G. ROMAN.

A fundamentação de uma decisão judicial representa num primeiro olhar, a própria manifestação da normatividade, posto que, por ela, reconhece-se o elemento legal, o sistema jurídico, e as percepções normativas que o ente aberto à consciência deixa vislumbrar. É nela que se exterioriza o direito enquanto Direito, por força de sua manifestação em situação conflitiva, e procura alcançar a sua

singularização. É nela que a moderna e indissolúvel questão O que é o Direito? Vem a postar-se de modo positivo (DIAS, 2016, p. 30).

Observa-se que é na fundamentação que se expõe o conflito intersubjetivo, pois na fundamentação da sentença manifesta-se o direito.

Destarte, mesmo que o raciocínio do magistrado esteja equivocado, a expressão na fundamentação de suas decisões, oportuniza a publicidade dos meios racionais utilizados para chegar até a cognição exposta. Isso possibilita às partes entenderem o motivo e o raciocínio que o Juiz utilizou para chegar até sua decisão, também permite que os motivos determinantes do caso analisado possam ser utilizados em outros casos iguais.

O CPC/2015 traz em seu art. 489, § 1º, elementos essenciais de qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade, trata-se de compostos de uma decisão que deve abranger os preceitos trazidos de forma negativa há se evitar ao proferir qualquer decisão¹⁶.

A nova ordem processual traz expressamente que o juiz deve dizer o porquê sim ou o porquê não do direito, ou seja, dizer juridicamente porquê não se limita a transcrição de normas, doutrinas e julgados, mas sim de efetivamente fundamentar a decisão judicial, correlacionando as fontes ao caso concreto. O juiz não pode escolher de acordo com sua própria vontade quais argumentos trazidos pelas partes que ele acha mais importantes e dignas de

¹⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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. Lei nº 13.105/2015.

apreciação, deve o juiz dizer porque o vencedor venceu e porque o sucumbente perdeu (CAUDAS DE ARRUDA, 2017).

4.2 O papel do juiz e a fundamentação conforme a Constituição

Narra Tolstói, em um breve texto, sobre a história de um “*Juiz modelo*” em suas técnicas de julgamento, em que sempre encontra o ponto central de deliberação para extrair a verdade dos fatos trazidos para sua análise, utilizando técnicas intrínsecas de sentido e percepção¹⁷.

Saindo da literatura e entrando na história real, na França em 1848 a 1926, viveu um Juiz chamado *Paul Magnaud*, também conhecido como “*o bom juiz*”, pois deixava de seguir os precedentes das cortes supremas e decidia conforme seu entendimento, uma espécie de “jurisprudência sentimental”, a fim de alcançar a justiça, mesmo que de forma contrária aos entendimentos legais e precedentes das cortes superiores¹⁸.

STRECK (2013, p. 110), enfatiza a necessidade de uma harmonia das decisões do judiciário, devendo-se afastar as decisões de cunho pessoal e sentimental de cada juiz, deixar de se basear em um sistema *solipsista* do sujeito da modernidade.

¹⁷ No texto literário, Lev Tolstói, conta a história de um Juiz, inominado, o qual é procurado por Bauakas, Emir de Argel, que ao chegar em uma pequena cidade é surpreendido por um andarilho que afirma ser proprietário do cavalo de Bauakas. Ao ser levado, o caso, para o Juiz (Juiz modelo), este pede para deixar o cavalo que no próximo dia iria dar a decisão, no mesmo dia discutia-se a propriedade de uma mulher e de uma quantia em dinheiro. No dia seguinte, o Juiz coloca o cavalo ao lado de vários outros cavalos parecidos, e pede para o andarilho reconhecê-lo, este vai assertivamente até o cavalo certo. O mesmo acontece com Bauakas. Então o Juiz dá a Sentença: atribui a propriedade do animal à Bauakas, e manda dar cinquenta chicotadas no andarilho. Impressionado com sua assertividade, Bauakas inquiriu o Juiz, perguntando-lhe como chegou a tal decisão. O Juiz explica que a ideia não era que os supostos proprietários conhecessem o cavalo, mais sim, o cavalo reconhecesse seu próprio dono. (GOMIDE, 2004, p. 563).

¹⁸ Em um de seus julgados mais populares, Magnaud absolveu uma mulher acusada de roubar pão, motivou sua decisão em um artigo do Código Penal vigente, que referia-se a coação irresistível, alegando que a filha da ré estava passando fome, e que era dever da sociedade cuidar de seus cidadãos. PASSOS DE FREITA, Vladimir. Conheça o bom juiz que viveu a frente de seu tempo. Revista **Consultor Jurídico**, 8 de março de 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-mar-08/segunda-leitura-paul-magnaud-juiz-viveu-frente-tempo>. Acessado em 23 Nov. 2017.

No pronunciamento sobre o art. 93, inciso IX da Constituição da República o E. Ministro GILMAR MENDES, posicionou-se no sentido de que o magistrado deve fundamentar, mesmo que de forma sucinta, todos os argumentos trazidos pelas partes¹⁹.

Em julgado após o advento do CPC/2015, o STJ posicionou-se em sentido diverso, afirmando que:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/201620.

CALDAS DE ARRUDA, tece críticas quanto ao posicionamento do STJ, afirma que há uma crença de que os juízes não são obrigados a apreciar todos os argumentos trazidos pelo requerente, a contrário senso que já preceitua a Constituição da República de 1988, em seu art. 93, IX, bem como o art. 489 do CPC/2015.

No mesmo sentido NERY JR. (2015, p. 1153), ao afirmar que o juiz deve analisar todos os pedidos do autor e arrolados pelo réu em contestação, ou seja, o juiz deve fundamentar sua decisão não só sobre a tese vencedora, mas também sobre a vencida.

STRECK, L. afirma que, mesmo que a supracitada lei, tenha em seu cerne uma postura participativa, ainda aposta no protagonismo *solipsista*. Tenta resolver, o Novo Código, o problema da litigiosidade repetitiva, como

¹⁹ O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. ” (AI 791.292QORG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral.).

²⁰ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 12 out 2017.

reforça na padronização das decisões, exterminando os litígios após o proferir de uma decisão modelar prolatada por tribunais, sem se preocupar com uma teoria apta para a aplicação dessa padronização²¹.

Corroborando MITIDIERO, sobre a falta de embasamento filosófico doutrinário para uma alusão mais clara sobre a aplicação deste novo sistema de precedentes. Senão vejamos:

Depurado os conceitos de precedente, jurisprudência vinculante e jurisprudência, é possível perceber um equívoco capital no qual recaiu o Novo Código e cuja presença se faz sentir em inúmeros outros institutos: a suposição de que a necessidade que a unidade de direito e o efeito vinculante de determinadas razões tem de algum modo ligação com o número de casos envolvendo determinada questão (MITIDIERO, 2016, p. 110).

Do exposto podemos observar que se faz imperiosa a discussão e reflexão sobre a aplicação dos precedentes e o dever de fundamentação das decisões, visto que ainda não é matéria pacificada os posicionamentos acima relatados.

4.3 Juiz protagonista e a necessidade de fundamentação de suas decisões

É notório o fato de que o papel do juiz vem cada vez mais ganhando novas funções, com a figura do juiz participativo e cooperativo, a criação de precedentes obrigatórios passa o magistrado a assumir fins administrativos e legislativos (MARINONI, 2011, p. 39).

O sistema de criação de leis pelo poder judiciário oriundo do *Common Law*, já estava sendo aplicado no Brasil muito antes do advento do CPC/2015,

²¹ No âmbito, o discurso da grande maioria dos processualistas se cinge a defesa do aumento da produtividade e celeridade processual, esquecendo-se que o processo civil brasileiro não serve somente para a resolução de conflitos provados e patrimoniais, mas também viabiliza o aferimento de direitos fundamentais básicos. Elementar isso. Nestes termos, há de se perceber que ainda não se promoveu a mudança paradigmática necessária. (STRECK, 2013, p. 9).

pois tínhamos um juiz tão criativo quanto no sistema *Common Law*, porém sem a aplicação de critérios limitadores que possui este sistema. Isso fragiliza a segurança jurídica de nosso ordenamento, pois se um magistrado pode não só declarar o direito, mas também criá-lo a partir da interpretação do caso concreto, o mínimo que se exige é uma coerência desta interpretação por todos os tribunais, evitando a chamada “loteria da jurisprudência” (STRECK, 2013, p. 9).

Com o sistema de precedentes e sua aplicabilidade, as decisões dos tribunais superiores passam a vincular os demais órgãos julgadores, trazendo unicidade, efetividade, cognoscibilidade e segurança jurídica ao nosso ordenamento jurídico (MITIDIERO, 2016, p. 135 e 136).

A criação da norma jurídica acontece na fundamentação da decisão judicial, levando em consideração os fatos narrados no relatório, chegando-se nas razões de decidir (CAUDAS DE ARRUDA, 2017), as razões determinantes que levaram o magistrado a entregar o direito conforme conclusão contida na parte dispositiva da decisão (RODRIGO, 2013, p. 57).

Não se trata de utilizar um método único para a conclusão do silogismo empregado, mas sim da exposição exaustiva dos motivos que levaram à esta conclusão.

Ao utilizar estes elementos conforme o art. 489 do CPC/2015, possibilitará às partes, os demais órgãos do judiciário e a sociedade saber de que forma raciocina os juízes, direcionando outros entendimentos em casos parecido, e até mesmo expurgando decisões com motivações pessoais ou de convicções estranhas ao ordenamento jurídico (MARINONI, 2011, p. 148).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema *Common Law* foi praticamente estruturado em decisões judiciais que criavam o direito, complementando o *statutory law* no Direito Anglo-saxônico. Diferente do que ocorreu no sistema Civil Law, onde o Poder Legislativo imperava no que se referia a criação do Direito.

Com o movimento constitucionalista, as normas passaram a ser interpretadas conforme a Constituição, havendo necessidade de o Poder Judiciário dizer se a norma era aplicada ou não ao caso concreto.

Assim, os juízes da Civil Law passaram a exercer o controle de constitucionalidade, e com a interpretação das Leis criadas pelo Legislativo, passaram a protagonizar um papel mais criativo acerca da aplicação das normas.

A aplicação de súmulas e jurisprudência ficaram cada vez mais frequente em nosso ordenamento. Este fenômeno posicionou o juiz em um papel protagonista, em que passa a criar o direito através da análise do caso concreto, visto que a sociedade precisa de uma resposta mais célere, a qual o Poder Legislativo não mais consegue alcançar, bem como a criação do direito tratando do caso concreto visa ser mais democrático, pois leva em consideração peculiaridades práticas não vislumbradas pela criação da norma feita pelo Legislativo.

Em contrapartida mesmo nesta posição protagonista, deve o magistrado decidir de forma fundamentadas e exaustivamente debatida em suas decisões. Pois caso contrário cada juiz julgaria conforme seu entendimento pessoal.

O sistema de precedentes vem para sanar este fenômeno maléfico, na discrepância das decisões judiciais, ou a incerteza das decisões diferentes em casos análogos. Pois a obrigatoriedade de seguir os precedentes garante maior segurança jurídica para toda a sociedade, visto que garante conicidade e previsibilidade das normas criadas pelo Poder Judiciário.

É justamente neste ponto que tange a necessidade da fundamentação das decisões judiciais, pois, o papel protagonista do juiz ao criar o direito deve ter um limitador, não só a necessidade de seguir os preceitos e princípios constitucionais, mas trazer em sua fundamentação qual caminho lógico utilizou para decidir de tal maneira.

Mesmo sabendo de que não existe um só caminho para chegar a uma cognição, e o exaustivo debate sobre quais correntes doutrinárias e filosóficas

devem utilizar para chegar a decisão, o mais importante é a exteriorização destes meios correlacionado com o caso concreto, analisando todos os pedidos trazidos pelas partes, até chegar nas razões de decidir.

Como podemos observar, dentro do que até aqui foi trabalhado, existe o fenômeno do protagonismo judicial, o qual pode ser prejudicial caso os magistrados não sigam a ordem constitucional e não expressem as razões de decidir em sua fundamentação, nos termos do art. 489 do CPC/2015, aplicação fundamental para a sustentação de um sistema de precedentes obrigatórios e o dever dos juízes em assumir este novo papel, mais participativo, cooperativo e protagonista nesta nova ordem que acaba de surgir.

6 REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAUDAS DE ARRUDA, Thomas Ubirajara. **Juízes de Todo o País, Fundamentos Suas Decisões!** Revista Bonijuris n° 638. Janeiro. 2017.

HART, Herbet. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DIAS LUCIANO SOUTO (coord.) **Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2016.

DIREITOS HUMANOS. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**, traduzida. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 26 fev. 2017.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de Uma Teoria da Decisão Judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA MACIEL, Adhemar. **O acaso, John Marshall e o Controle de Constitucionalidade.** Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

GOMIDE, Barreto Bruno. **Da Estepe a Caatinga: Um Romance Russo no Brasil (1897).** Campinas. SP. 2004, p. 563

JÚNIOR, Nelson Nery. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 2015.

JR, F. D. et al. **Novo Código de Processo Civil: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar.** Vol. 2 ed. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 2016.

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

Lopes Filho, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivim, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel Precedentes: **Da Persuasão a Vinculação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito.** Reedição, Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Clayton Barreto de. **A Jurisdição a Partir dos Precedentes: Matriz Constitucional e Desafios de Um Processo Decisório Coerente e Democrático no Brasil.** (Dissertação de Mestrado em Direito). UFRN, 2016

RODRIGO, José Rodrigues. **Como decidem as Cortes.** Para uma Crítica do Direito (Brasileiro). ED FGV. SP, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



STRECK, L. Luiz. **Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista?**, 2017. Disponível em: <www.univali.br/periódicos>. Acesso em 25 de ago 2017.

THEODORO JR., Humberto et al. (Coord.). **Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **O Dever de Fundamentações no Novo CPC: Análise em torno do art 489**. RJ: Lumen Juris, 2015. Paiva, Paulo.

LEMES DA ROSA, Viviane. **O Sistema de Precedentes Brasileiro**. (Dissertação de Mestrado). UFPR. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini. 2016.